



<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>

*2006/1*

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: 701.000.06/1)

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>

2006/1

*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.

April/avril/aprile 2006

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

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

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

*Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice*

2006/1

<b>A</b>	<b><i>Tätigkeitsberichte</i></b> <b><i>Rapports d'activité</i></b> <b><i>Rapporti d'attività</i></b>	
A 1	<b><i>Wettbewerbskommission</i></b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2005 der Wettbewerbskommission	1
	2. Rapport annuel 2005 de la Commission de la concurrence	13
	3. Rapporto annuale 2005 della Commissione della concorrenza	24
	4. Annual Report of the Competition Commission 2005	36
<b>B</b>	<b><i>Verwaltungsrechtliche Praxis</i></b> <b><i>Pratique administrative</i></b> <b><i>Prassi amministrativa</i></b>	
B 1	<b><i>Sekretariat der Wettbewerbskommission</i></b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b><i>Vorabklärungen</i></b> <b><i>Enquêtes préalables</i></b> <b><i>Inchieste preliminari</i></b>	
	1. Profilierung von Bauvisieren	47
	2. Lieferung von Nivarox-Assortiments	51
B 2	<b><i>Wettbewerbskommission</i></b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
1.	<b><i>Vorsorgliche Massnahmen</i></b> <b><i>Mesures provisionnelles</i></b> <b><i>Misure cautelari</i></b>	
	1. Teleclub AG	58
2.	<b><i>Untersuchungen</i></b> <b><i>Enquêtes</i></b> <b><i>Inchieste</i></b>	
	1. Kreditkarten - Interchange Fee	65
3.	<b><i>Unternehmenszusammenschlüsse</i></b> <b><i>Concentrations d'entreprises</i></b> <b><i>Concentrazioni di imprese</i></b>	
	1. Denner/Pick Pay	131
4.	<b><i>Sanktionen</i></b> <b><i>Sanctions</i></b> <b><i>Sanzioni</i></b>	
	1. Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking	141
6.	<b><i>Empfehlungen</i></b> <b><i>Recommandations</i></b> <b><i>Raccomandazioni</i></b>	
	1. Wettbewerbsverzerrungen in der Nachführung der Amtlichen Vermessung	183
	2. Distorsions de la concurrence dans la mise à jour de la mensuration officielle	189
7.	<b><i>Stellungnahmen</i></b> <b><i>Préavis</i></b> <b><i>Preavvisi</i></b>	
	1. Entwurf zur Teilrevision der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV)	195
B 3	<b><i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i></b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission	199

---

B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	204
2.	Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	208
D	<b>Entwicklungen</b> <i>Développements</i> <i>Sviluppi</i>	
D 1	<b>Erlasse, Bekanntmachungen</b> Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
1.	Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)	209
2.	Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME)	212
3.	Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI)	214
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia	216
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	217
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	219

---



# A *Tätigkeitsberichte* *Rapports d'activité* *Rapporti d'attività*

## A 1 *Wettbewerbskommission* *Commission de la concurrence* *Commissione della concorrenza*

A 1	<b>1. <i>Jahresbericht 2005 der Wettbewerbskommission</i></b>
-----	---

### A *Einleitung*

Im Jahr 2005 konzentrierten sich die Tätigkeiten der Wettbewerbskommission (Weko) und ihres Sekretariates einerseits auf stark regulierte Märkte. Andererseits wurden in stark kartellisierten Branchen Verfahren durchgeführt, um im Kampf gegen die Hochpreisinsel Schweiz voranzukommen.

Diesbezüglich sind in Sachen Telekommunikation drei Untersuchungen betreffend eines möglichen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 KG gegen Swisscom hängig (vgl. B.2.b nachfolgend).

Im Energiebereich haben die Wettbewerbsbehörden zahlreiche Meldungen behandelt und die Untersuchung bezüglich den Vertriebspartnerschaften der Axpo abgeschlossen. Die durch die wichtigsten Elektrizitätsunternehmen im Hinblick auf die Öffnung der Elektrizitätsmärkte gegründete Netzgesellschaft musste einer vertieften Prüfung unterzogen werden. Diese ergab, dass das Vorhaben nur mit diversen Auflagen zugelassen werden konnte (vgl. B.2.d nachfolgend).

Im Gesundheitswesen haben die Wettbewerbsbehörden zahlreiche Meldungen betreffend bestehender Tarifverträge zwischen den Krankenversicherungen und Spitälern behandelt (vgl. B.1.e nachfolgend).

Ausserdem haben sich die Wettbewerbsbehörden im Rahmen diverser Stellungnahmen betreffend Gesetzesänderungen zur Gesundheits- und Landwirtschaftspolitik geäussert (vgl. B.1.c und B.2.e nachfolgend).

Im Bereich der privaten Wettbewerbsbeschränkungen hatten die Wettbewerbsbehörden zum Ziel, den Kampf gegen die Hochpreisinsel in der Schweiz voranzutreiben. Dabei wurde das Augenmerk auf die gemeldeten Zusammenschlüsse im Detailhandelsmarkt gerichtet (vgl. B.3.a nachfolgend). Dieser Sektor ist vom hohen Preisniveau in der Schweiz stark betroffen. Jedoch konnte in den letzten Monaten ein Preisrückgang wegen Markteintritten neuer Unternehmen festgestellt werden.

Der Entscheid im Kreditkartenbereich von Ende letzten Jahres (vgl. B.1.a nachfolgend) führt gleichermaßen in die Richtung eines Preisrückganges in der Schweiz.

Zudem war für die Weko das Jahr 2005 kennzeichnend für das Ende der einjährigen Übergangsphase nach dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes. Das Sekretariat der Weko hat sich namentlich durch die Bildung des Kompetenzzentrums "Hausdurchsuchungen" und die Ausbildung der Mitarbeiter für die praktische Anwendung des revidierten Kartellgesetzes vorbereitet (vgl. B.4 nachfolgend).

Kurz vor Ablauf der Übergangsfrist hat die Weko zahlreiche Meldungen nach Übergangsbestimmung erhalten. Die Meldungen wurden im Verlauf des letzten Jahres bearbeitet. Parallel dazu haben die verschiedenen Dienste jeweils ihre Arbeit in den zahlreichen hängigen oder neuen Verfahren weiterverfolgt. Die Weko hat mehrere Untersuchungsverfahren von grosser Bedeutung abgeschlossen (vgl. B nachfolgend).

Der Jahresbericht enthält auch Angaben über die Organisation der Weko und deren Sekretariat, eine Statistik der Fälle, sowie eine Liste der Ende 2005 noch hängigen Untersuchungen (vgl. C nachfolgend). Ebenso weist der Bericht auf die aufgetretenen Schwierigkeiten hin, die sowohl auf einer Personalreduktion im Sekretariat beruhen als auch durch die Einführung von neuen Aufgaben auftreten.

Zudem hat das Kompetenzzentrum "Binnenmarkt" des Sekretariats im Hinblick auf die Revision des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.03) durch das Parlament während des Jahres grosse Vorarbeit geleistet. Das revidierte Gesetz wurde im Parlament am 16. Dezember 2005 angenommen. Ein Grossteil des Jahresberichtes steht im Zeichen dieser Revision, welche durch den Abbau von Hemmnissen auf kantonaler und Gemeindeebene die Belegung des Binnenmarktes ermöglichen soll (vgl. D nachfolgend).

### B *Tätigkeiten in den einzelnen Wirtschaftsreichen*

#### 1. *Dienstleistungen*

##### a. *Finanzdienstleistungen*

Im Bereich Finanzdienstleistungen hat die Weko die Untersuchung im Bereich der *Kreditkarten* abgeschlossen und die von den betroffenen Instituten unterzeichnete einvernehmliche Regelung genehmigt. Gegenstand der Untersuchung war ein zwischen den

Herausgebern von Kreditkarten (sog. Issuer; dazu gehören UBS AG, Credit Suisse, Cornèr Banca SA und die Visa Card Services SA) und den Anbietern von Akzeptanzverträgen (sog. Acquirer; dazu gehören heute die Telekurs Multipay AG und die Aduno SA) vereinbartes Entgelt für inländische Zahlungstransaktionen (sog. *Domestic Multilateral Interchange Fee*; DMIF) in den beiden Kreditkartensystemen Visa und MasterCard. Dieses multilateral vereinbarte Entgelt wird prozentual auf dem zugrunde liegenden Transaktionsbetrag (Preis für den Kauf einer Ware oder einer Dienstleistung) erhoben und vom Acquirer an den Issuer bezahlt.

Die Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard sind als so genannte Vierparteiensysteme organisiert. Auf der einen Seite stehen sich die Finanzinstitute als Herausgeber von Kreditkarten und die Karteninhaber gegenüber (Markt für Kreditkarten-Issuing). Der Bezug einer Kreditkarte und der Gebrauch der damit verbundenen Dienstleistungen werden durch die Jahresgebühr und durch diverse andere Gebühren (Kommissionen, Zinsen, Umrechnungskurse etc.) abgegolten. Auf der anderen Seite werben die Acquirer bei den Händlern für die Akzeptanz von Visa- und MasterCard-Kreditkarten (Markt für Kreditkarten-Acquiring). Hierfür zahlt der Händler dem Acquirer eine Händlerkommission, welche ebenfalls vom Transaktionsbetrag abhängt. Die DMIF wird von den Acquirern als Kostenkomponente zur Händlerkommission geschlagen und damit auf die Händler überwältzt.

In der Schweiz wird die DMIF in zwei separaten Gremien festgelegt, nämlich dem Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und dem Card Committee MasterCard (CC). Da sämtliche Kreditkarteninstitute sowohl Visa als auch MasterCard-Produkte vertreiben (so genanntes "Dual Branding"), sind in den beiden Gremien die gleichen Parteien vertreten. Entsprechend umfasste die Abrede ca. [85%-95%] des gesamten schweizerischen Kreditkartenmarktes.

Die Weko qualifizierte die Festlegung der DMIF in diesen Gremien als Preisabrede, welche zwar den Wettbewerb auf dem Issuing- und dem Acquiring-Markt nicht gänzlich beseitigt, aber dennoch erheblich beschränkt. Demgegenüber anerkannte sie, dass bei komplexen Systemen wie dem Vierparteiensystem ein solches multilaterales Verfahren Effizienzvorteile (Erleichterung des Markteintritts für ausländische Acquirer, Einsparung von Transaktionskosten) haben kann. Diese Vorteile überwiegen nach Ansicht der Weko in den Kreditkartensystemen von Visa und MasterCard aber nur dann, wenn die multilaterale Festlegung der DMIF objektiv auf Kostenelemente der Issuer beschränkt wird, welche mit dem Netzwerk funktionsnotwendig verbunden sind.

Die Parteien hatten sich deshalb im Rahmen einer Verpflichtungserklärung (einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG) einem objektivierte Kostenraster unterzogen, welches nur netzwerkinhärente Kostenelemente enthielt. Ausserdem hatten sich die Parteien verpflichtet, die so errechnete DMIF nicht nur gegenüber der Wettbewerbsbehörde, sondern auch auf Anfrage gegenüber den einzelnen Händlern offen zu

legen. Schliesslich verpflichteten sich die Parteien, auf die Nichtdiskriminierungsklausel in den Händlerverträgen zu verzichten.

Die Weko befand, dass diese Verpflichtungen geeignet sind, den wettbewerbsrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen. Sie erlauben es, die Effizienzvorteile des multilateralen Systems auszuschöpfen, ohne dass der Wettbewerb über ein koordiniertes Verhalten der Parteien beeinträchtigt wird. Die durch Offenlegung der DMIF geschaffene Transparenz erhöht ausserdem die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern. Schliesslich setzt die Abschaffung der Nichtdiskriminierungsklausel das Kreditkartensystem einem erhöhten Wettbewerbsdruck durch andere Zahlungssysteme aus. Aus diesen Gründen nahm die Weko die Verpflichtungen der Parteien entgegen und genehmigte sie als einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG.

Um auch künftige Entwicklungen auf dem Kreditkartenmarkt vorwegzunehmen, setzte die Weko einen nach Kostenraster berechneten Höchstbetrag für die DMIF fest. Damit muss die heutige DMIF innerhalb einer dreijährigen Implementierungsfrist in jedem Fall auf mindestens diesen Wert gesenkt werden. Zusätzlich befristete sie ihre Genehmigung auf vier Jahre.

Die neue Vereinbarung wurde von den Parteien noch innerhalb der Übergangsfrist gemäss revidiertem Kartellgesetz vom 20. Juni 2003 unterzeichnet. Damit bestand kein Raum für eine Sanktionierung in diesem Verfahren.

*Im Bereich Maestro EC-Karte* sind die Parteien von ihrem Vorhaben der Einführung einer Interchange Fee für EC-Karten abgekommen. Die hier zu entscheidende Frage war ähnlich wie jene, die im Kreditkartenfall zu klären war.

Schliesslich hat die Weko der Übernahme der UBS-Töchter BDL Banco di Lugano, Ehringer & Armand von Ernst, Ferrier, Lullin & Cie sowie GAM und weiterer Beteiligter durch die *Julius Bär Holding SA* zugestimmt.

#### *b. Versicherungen*

Im Versicherungsbereich hat die Weko mehrere *Unternehmenszusammenschlüsse* mit umfangreichen Portfolio-Übertragungen zwischen den Unternehmen Swiss Life, La Vaudoise und der Helsana genehmigt. Das Portfolio im Leben-Geschäft von La Suisse wurde in die Muttergesellschaft Swiss Life integriert. Das Portfolio des Nicht-Leben-Geschäftes der La Suisse wurde unter der Helsana (Kranken- und Unfallversicherung) und der Vaudoise (Motor-, Sach- und Haftpflichtversicherung) aufgeteilt. Im Gegenzug übernimmt die Swiss Life das Kollektivleben-Geschäft der Vaudoise. Diese mehrfachen Transaktionen wurden aus wettbewerbslicher Sicht als unproblematisch eingestuft.

#### *c. Gesundheit*

Im Gesundheitswesen hat die Weko gegen das Unternehmen *Documed AG*, Tochterfirma der Galenica, eine Untersuchung eröffnet. Diese publiziert das

"Arzneimittel-Kompendium der Schweiz", welches Informationen über Medikamente für Medizinalpersonen und Patienten beinhaltet. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob die Documed AG ihre möglicherweise marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie von den Pharmaunternehmen unangemessene Preise erzwingt und sich weigert, Vertragsverhandlungen mit Konkurrenten zu führen. Des Weiteren haben die Wettbewerbsbehörden zahlreiche Stellungnahmen (Art. 46 KG) betreffend Gesetzesänderungen im Gesundheitsbereich erarbeitet. Insbesondere haben sie sich mit den Fragen der Verfeinerung der Kompensationssystemen von Risiken in der Kranken-Grundversicherung, der Rückzahlung der von der Krankenversicherung (KVG) vorgesehenen Mittel und Geräte und der Botschaft betreffend der Initiative für eine einheitliche Krankenkasse auseinandergesetzt.

#### d. Freie Berufe

Im Bereich der freien Berufe hat die Weko zum ersten Mal ein Unternehmen wegen des Verstosses gegen eine Verfügung sanktioniert. Dabei wurde dem **Flughafen Zürich (Unique)** wegen Verstosses gegen die von der Weko verfügten vorsorglichen Massnahmen, die den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt der Valet Parking garantieren sollten (RPW 2004/3, Seite 859 ff.), zur Bezahlung eines Sanktionsbetrages von 248'000.- CHF verpflichtet.

#### e. Meldungen

Die Krankenversicherungen und die Spitäler haben dem Sekretariat um die 380 **Tarifverträge** wegen möglicher bestehender Wettbewerbsbeschränkungen gemäss den Schlussbestimmungen des revidierten Kartellgesetzes gemeldet. Die gemeldeten Verträge betreffen ausschliesslich die privaten und halbprivaten Zusatzversicherungen. Ein kleiner Teil der gemeldeten Tarifverträge ist aus kartellrechtlicher Sicht als problematisch einzustufen. Die ersten Untersuchungen gemäss Artikel 27 KG können anfangs 2006 eröffnet werden.

Im Gesundheitswesen und bei den freien Berufen untersuchte das Sekretariat unter einem kritischen Gesichtspunkt die Konformität **mehrerer Preisempfehlungen von Berufsverbänden**. In der Folge wurden sozusagen alle problematischen Tarife aufgehoben oder den kartellrechtlichen Anforderungen angepasst (Kalkulationshilfen für Tierärzte, Tarife der Naturärzte Vereinigung NVS, Tarife der Schweizerischen Ärztegesellschaft für Biophysikalische Informationstherapie SABIT, Tarife des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV für Nettoprämien in der Unfallversicherung, Tarife des Schweizerischen Bootbauerverbandes SBV und Tarife des Verbandes Schweizerischer Importeure von Marinemotoren VSIM). Im Falle der Tarife des Verbandes Schweizerischer Elektro-Installationsfirmen und der Tarife im Bereich der Elektro-Installation wurde eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG eröffnet.

Zudem hat das Sekretariat gestützt auf eine Meldung eine Vorabklärung betreffend die von der **SWX Swiss Exchange** vorgeschriebenen Börsenpflicht eröffnet, um abzuklären, ob die SWX möglicherweise eine

marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbraucht. Gemäss den allgemeinen Geschäftsbedingungen der SWX sind die Teilnehmer verpflichtet, während der Handelszeit Kauf- und Verkaufsaufträge über die Börse auszuführen, das heisst in die Auftragsbücher der SWX einzugeben, sofern nicht bestimmte Limiten überschritten werden.

## 2. Infrastruktur

### a. Buchpreisbindung

Die Weko hat zum zweiten Mal die Buchpreisbindung (Sammelrevers) in der Schweiz geprüft. Sie erklärte den Sammelrevers ein erstes Mal am 6. September 1999 für unzulässig. Das Bundesgericht wies den Fall 2002 zur Neuurteilung an die Weko zurück, um zu prüfen, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Geprüft wurde insbesondere, ob der geltende Sammelrevers zu einer Erhöhung der Sortimentsbreite und -tiefe, zu einer höheren Produktvielfalt oder zu einer Verbesserung des Vertriebs durch eine höhere Verkaufsstellendichte und eine bessere Beratung führt. Die Weko stellte jedoch fest, dass die behaupteten positiven Wirkungen des Sammelrevers nicht nachgewiesen werden konnten und die Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht gerechtfertigt und folglich unzulässig ist. Ob eine möglicherweise erhöhte Verkaufsstellendichte aus kulturpolitischen Gründen wünschenswert wäre, fällt gemäss KG nicht in den Kompetenzbereich der Weko (RPW 2005/2, S. 269 ff.).

### b. Telekommunikation

In der Telekommunikationsbranche hat die Weko eine weitere Untersuchung im Bereich der **ADSL-Dienste** eröffnet. Die Untersuchung soll abklären, ob Swisscom mittels ihrer Preispolitik bei ADSL-Diensten eine marktbeherrschende Stellung missbraucht. Swisscom stellt ihre Netzinfrastruktur verschiedenen Internet-Service-Providern zum Anbieten von ADSL-Diensten zur Verfügung. Die Preise dieser Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste sind im Vergleich zu den Endkundenpreisen von Bluewin (Swisscom) hoch. Möglicherweise verbleibt damit anderen Internet-Service-Providern keine genügende Marge.

Das Sekretariat der Weko hat zudem seine Arbeit in drei laufenden Untersuchungen weiterverfolgt. Im Bündelangebot **"Talk & Surf"** von Swisscom weigert sich letztere, interessierten Fernmeldediensteanbietern den Wiederverkauf des Anschlusses anzubieten, weshalb es den anderen Anbietern nicht möglich ist, ein vergleichbares Bündel mit einheitlicher Rechnungsstellung anzubieten. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob es sich möglicherweise um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung handelt. Im Bereich **"Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden"** wird geprüft, ob das Verhalten von Swisscom, als so genanntes "Price Squeeze" bekannt, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist: Die Preise, welche Swisscom von ihren Geschäftskunden verlangt, liegen zum Teil unter den Preisen, welche andere Fernmeldediensteanbieter

bezahlen müssen. In der dritten Untersuchung geht es um die *Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt*.

Die Weko hat den Beteiligungserwerb von Swisscom an Cinetrade zugelassen (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff.). Cinetrade ist eine Filmrechtevermarkterin und Inhaberin der Pay TV-Plattform von Teleclub. Eine Beteiligung an Cinetrade erleichtert Swisscom den Einstieg ins Filmgeschäft und damit die Ergänzung ihrer Kernaktivitäten Telefonie und Internet mit Fernsehen (so genanntes Triple Play). Im Zentrum der Prüfung stand die Frage nach allfälligen aus der vertikalen Verbindung der Pay TV-Plattform von Teleclub mit der Infrastruktur von Swisscom hervorgehenden Verbundvorteilen. Die Prüfung ergab, dass aus dem Zusammenschluss weder im Pay TV-Markt noch im Markt für die Beschaffung von Erstausstrahlungsrechten an Film- und Sportsendungen (so genannter Premium Content) eine marktbeherrschende Stellung resultiert, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte.

### c. Medien/Werbung

Im Bereich Medien/Werbung hat die Weko die Übernahme der *Homegate AG* durch Tamedia AG (Tamedia) und Edipresse Publications SA (Edipresse) einer vertieften Prüfung unterzogen. Homegate ist eine in der Schweiz führende Plattform für Immobilieninserate. Die Prüfung ergab, dass mit der Übernahme von Homegate durch Tamedia und Edipresse weder im Raum Zürich noch im Raum Genf/Waadt eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Online-Immobilieninserate resultiert. Die Konkurrenz durch andere Immobilienplattformen und insbesondere die hohe Dynamik des Marktes sorgen dafür, dass der Wettbewerb auch weiterhin spielen wird.

### d. Elektrizität

Im Strombereich sind 34 Meldungen nach Übergangsbestimmung bei der Weko eingetroffen. Die Vielzahl der gemeldeten Verträge haben das Sekretariat über das ganze Jahr hinweg beschäftigt. Ein wesentlicher Teil der Meldungen betraf langjährige Exklusivverträge mit Endverteilern. Durch die Behandlung der verschiedenen ähnlichen Meldungen konnte eine Praxis in diesem Bereich herausgearbeitet werden. Diese Praxis hat die Weko in ihrer Entscheidung betreffend der Vertriebsverträge mit der *AXPO* bestätigt. Folglich betrachtet die Weko im Strombereich mehrjährige Exklusivliefervereinbarungen mit Endverteilern oder -verbrauchern als kartellrechtlich unbedenklich, wenn folgende zwei Bedingungen erfüllt sind: a) sie mit einer Verpflichtung zur vollständigen Versorgung des betreffenden Abnehmers verbunden sind, und b) neben den betreffenden Verträgen den jeweiligen Abnehmern kurzfristige (d.h. höchstens einjährige) Verträge zur Verfügung stehen beziehungsweise standen.

Ausserdem liess die Weko die Gründung der Elektrizitätsnetzgesellschaft der Elektrizitätsunternehmen Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ und NOK (*Swissgrid*) nur mit Auflagen zu. Die vertiefte Prüfung ergab, dass durch dieses Vorhaben bei der Stromübertragung in diversen Gebieten der Schweiz

eine marktbeherrschende Stellung entsteht. Um sicherzustellen, dass die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Stromversorgung in genügendem Ausmass eintritt, hat die Weko diverse Auflagen verfügt. Die Auflagen dienen dazu, die Stromdurchleitung zu vereinfachen, eine wirkungsvolle Überwachung der Tarife der Swissgrid AG zu ermöglichen und um allfälligen Interessenkonflikten innerhalb der Swissgrid entgegenzuwirken (RPW 2005/2, S. 347 ff.).

### e. Landwirtschaft

Die Weko äusserte sich im Rahmen der Vernehmlassung zur *Agrarpolitik 2011*. Sie setzte sich insbesondere für weitere Deregulierungen und einen Abbau des Grenzschutzes ein. Dabei gilt es auch zu verhindern, dass vormals staatliche Regulierungen durch staatlich sanktionierte private Wettbewerbsbeschränkungen abgelöst werden.

In einer Vorabklärung zur Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln kam das Sekretariat zum Schluss, dass in diesem Bereich kein wirksamer Wettbewerb besteht. Dieser Umstand ist indes in erster Linie auf die regulatorischen Rahmenbedingungen zurückzuführen. Die diesbezüglichen Anregungen des Sekretariats wurden in der Agrarpolitik 2011 berücksichtigt.

Eine Vorabklärung zu einer von Bio Suisse initiierten Reorganisation des Biomilchmarktes ergab Anhaltspunkte dafür, dass diese Reorganisation zu einer künstlichen Verknappung des Biomilchangebots führt. In diesem Fall bleibt die Eröffnung einer Untersuchung vorbehalten, sollten sich die Anhaltspunkte verdichten.

### f. Umwelt

Im Umweltbereich schloss die Weko die Untersuchung über Entsorgung von Elektrogeräten ab. Diese ergab, dass die Bestimmungen von Swico und der S.EN.S über die Erhebung von vorgezogenen Recyclinggebühren kartellrechtlich nicht zu beanstanden sind. Ebenfalls zulässig ist die Vereinbarung zwischen Swico und S.EN.S, welche festhält, wer welche Art von Elektrogeräten entsorgt (RPW 2005/2, S. 251 ff.).

## 3. Industrie und Produktion

Das vergangene Jahr war gekennzeichnet durch eine ansteigende Anzahl von Beschwerden betreffend Einschränkungen von Parallelimporten und Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU. Zeitgleich musste der Dienst Produktemärkte einen Personalabbau von 20% hinnehmen. Um diesen Mangel auszugleichen, hat man sich bei den Verfahren auf summarische Untersuchungen von möglichen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG konzentriert.

### a. Detailhandel

Im Bereich des Detailhandels wurden einerseits viele Unternehmenszusammenschlüsse und andererseits mehrere medienträchtige Fälle betreffend Hemmnissen bei Parallelimporten untersucht.

Der gemeinsame Kontrollerwerb von *Cevanova* (im Bereich der Convenience-shops tätig) durch *Migros* und *Valora* als auch die Übernahme von *Pick Pay* durch *Denner* wurden von der Weko mit besonderer Aufmerksamkeit untersucht. Um das Unbehagen seitens der Weko betreffend der wirtschaftlichen Abhängigkeit abzubauen, hat sich Denner verpflichtet, mit wirtschaftlich abhängigen Lieferanten für alkoholische Getränke eine individuelle Lösung zu finden. Diese Zusammenschlüsse wurden keiner vertieften Prüfung unterzogen. Sie bestätigen aber die Dynamik des Wettbewerbs, welche den Markt seit dem Eintritt neuer Unternehmen auf dem Schweizer Markt antreibt.

Das Sekretariat der Weko hat ausserdem geprüft, ob die einvernehmliche Regelung, die im Rahmen der Untersuchung *CoopForte* geschlossen wurde, von Coop auch tatsächlich eingehalten wurde. Coop hatte sich verpflichtet innerhalb von sechs Monaten zu verifizieren, ob die Erhebung des Bonus CoopForte in der Höhe von 0,5% gerechtfertigt ist. Weiter hat sich Coop auch dazu verpflichtet, den Bonus einem Lieferanten rückwirkend zurückzubezahlen, wenn jener glaubhaft darlegt, dass er von Coop keine entsprechende Gegenleistung erhalten hat (RPW 2005/1, S. 146 ff.).

Was die Vorabklärung gegen *Nespresso* betrifft, konnte keine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Nestlé und den Händlern betreffend die Verteilung von Kaffeemaschinen und Kapseln festgestellt werden. Die Vorabklärung hat ergeben, dass es keinen Preisunterschied bei Kapseln zwischen der Schweiz und der EU gibt.

Schliesslich wurde eine Vorabklärung gegen *Ferrero* eröffnet, um zu untersuchen, ob der Preisunterschied zwischen der Schweiz und der EU betreffend einiger Produkte von Ferrero die Folge von nach Kartellgesetz unzulässigen Wettbewerbsabreden ist.

#### **b. Bauwirtschaft**

Das Sekretariat hat auf dem Baumarkt zwei Untersuchungen und verschiedene Vorabklärungen geführt. Im Weiteren wurde auch ein Unternehmenszusammenschluss geprüft. Zudem hat das Sekretariat eine hohe Anzahl von Meldungen und Beratungen erhalten.

Im April 2005 wurde eine Untersuchung gegen alle im Kanton Tessin tätigen Unternehmen, die *Asphalt* produzieren oder im Bereich des *Strassenbelages* tätig sind, eröffnet. Die Vorabklärung hat sowohl Anhaltspunkte für eine Gebietsaufteilung im Tessin, als auch für eine Rotation des Zuschlags bei öffentlichen Ausschreibungen für Strassenbelagsarbeiten ergeben. Zusätzlich bestehen Anhaltspunkte für Abreden über Strassenbelags- und Transportpreise. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG besteht und ob eine allenfalls marktbeherrschende Stellung gemäss Artikel 7 KG missbraucht wird.

Im Kanton Graubünden erhob das Tiefbauamt einen Vorwurf gegenüber der Produzentin von bituminösem Heissmischgut, an welcher praktisch alle Bauun-

ternehmen für öffentliche Strassen des Kantons Aktien halten. Demnach werden die ausserkantonalen Unternehmen in erster Linie bei den Preisen benachteiligt. Nach der Vorabklärung haben die Bündner Unternehmen ihr Verhalten angepasst. Die ausserkantonalen und die einheimischen Unternehmen werden nun zu denselben Konditionen mit bituminösem Heissmischgut beliefert.

Die Ende 2004 eröffnete Untersuchung betreffend Zement- und Betonpreise der Neat-Baustellen wurde fortgesetzt. Diese Untersuchung erstreckt sich auf die Frage, ob es zwischen den Zement- und/oder den Betonproduzenten anlässlich der Ausschreibung der Tunnelhauptlose unzulässige Wettbewerbsabsprachen gab.

Im vierten Quartal wurde der Weko der Zusammenschluss zwischen den Schweizerischen Baugruppen *Zschokke* und *Batigroup* durch Neugründung der Implenia gemeldet. Die Vorprüfung ergab Anhaltspunkte dafür, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in gewissen Teilmärkten führen könnte. Die Weko hat deshalb entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung zu unterziehen.

#### **c. Automobile**

Im vergangenen Jahr widmete sich die Weko im Automobilmarkt der Weiterführung der Anwendung der Bekanntmachung betreffend vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel.

Während der Übergangsfrist, die am 31. Dezember 2004 abgelaufen ist, konnten die Marktteilnehmer (Automobilhersteller/Importeure/Automobilzulieferer) ihre Vertriebsverträge der oben genannten Bekanntmachung anpassen. Die Überprüfung durch die Wettbewerbsbehörde ergab, dass die Bekanntmachung von den Fachleuten im Automobilmarkt mehrheitlich gut aufgenommen wurde. Dennoch hat eine vertiefte Prüfung der Vertriebsverträge ergeben, dass sich in einigen Fällen Fragen betreffend der Übereinstimmung mit der Bekanntmachung stellen. Diese Fälle werden durch das Sekretariat in Vorabklärungen überprüft.

Zudem hat das Sekretariat im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens im Sinne von Artikel 49a KG eine Vereinbarung mit *BMW (Schweiz) AG* getroffen. Diese Vereinbarung erlaubt es den in der Schweiz anerkannten Händlern, sich ein neues Fahrzeug oder ein Ersatzteil von irgendeinem anerkannten europäischen Händler der betreffenden Marke zu beschaffen. Ebenso können die in der Schweiz anerkannten Händler einen Neuwagen oder Originalersatzteile den Endkunden oder anderen anerkannten Händlern überall im EWR verkaufen. BMW (Schweiz) AG hat sich verpflichtet, die Vereinbarung ihren in der Schweiz anerkannten Händlern mitzuteilen.

#### **d. Uhrenindustrie**

Die Uhrenindustrie hat die Aufmerksamkeit der Weko namentlich in zwei Fällen auf sich gezogen. Die Weko hat das Verhalten, welches durch die einvernehmliche

Regelung vom Unternehmen *ETA* übernommen werden musste, präzisiert. Mit dieser einvernehmlichen Regelung wurde das Verfahren am 8. November 2004 abgeschlossen (RPW 2005/1, S. 128 ff., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*). In der einvernehmlichen Regelung verpflichtet sich *ETA* gegenüber den Unternehmen, die während der relevanten Jahren nicht Kunden waren, eine bestimmte Menge Ebauches bis im Jahre 2008/2010 zu liefern.

Zudem wurde die Vorabklärung, die gegen das Unternehmen *Nivarox* geführt wurde, abgeschlossen. Für den relevanten Zeitraum von zwei Jahren konnte kein missbräuchliches Verhalten nachgewiesen werden.

#### e. Weitere Bereiche

In den weiteren Tätigkeitsbereichen des Dienstes Produktmärkte hat sich Folgendes ergeben:

Gegen *SIEA* (Swiss Interactive Entertainment Association) wurde eine Vorabklärung eröffnet. Es war zu prüfen, ob der Verhaltenskodex *PEGI*, welcher die Händler von *Videospielen* verpflichtet, Altersempfehlungen bekannt zu geben, ein Hindernis für Parallelimporte darstellt. Die Vorabklärung wurde durch eine Änderung des Kodexes, die in Vereinbarung mit dem Kartellrecht steht, abgeschlossen.

Im Bereich des *Sports* hat sich der schweizerische Volleyballverband im Rahmen einer Vorabklärung zu einem kartellrechtlich zulässigen Verhalten gemäss der Bekanntmachung "Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln" (siehe RPW 1998/1, S. 158 ff.) verpflichtet. Insbesondere wurde dem Verband verboten, die Exklusivverwendung eines Balles in gewissen Ligen während der vollständigen Wettkampfsaison aufzudrängen.

Schliesslich hat das Sekretariat Abklärungen in Bezug auf die Beachtung der kartellrechtlichen Prinzipien anlässlich des Helikopterkaufes im Rahmen des Rüstungsprogramms 2005 aufgenommen. *Augusta*, ein an der Submission beteiligtes Unternehmen, hat eine Klage eingereicht, woraufhin das Sekretariat Ende November 2005 erste Abklärungen vorgenommen hat.

#### 4. Kompetenzzentrum "Hausdurchsuchungen"

Gestützt auf die neuen Kompetenzen im Bereich der Hausdurchsuchungen hat das Sekretariat das Kompetenzzentrum "Hausdurchsuchungen" aufgebaut. Dieses wurde beauftragt, die Mitarbeiter des Sekretariats auszubilden und die nötigen diesbezüglichen Arbeitsunterlagen zu erstellen. Die Ausbildung wurde zum einen von Spezialisten der Bundesverwaltung (Zoll, Bundespolizei, Steuerverwaltung) und zum anderen von Experten aus Grossbritannien, den Niederlanden und Deutschland durchgeführt.

Das Kompetenzzentrum hat weiter mit Repräsentanten der Industrieholding über das "compliance anti-trust" und über die Reichweite des Berufsgeheimnisses von Unternehmensjuristen diskutiert. Das Sekretariat ist sich der Wichtigkeit dieser Juristen bei der Berücksichtigung des Kartellgesetzes innerhalb der Un-

ternehmen zwar bewusst, es befolgt aber grundsätzlich die Schweizer Rechtsprechung in diesem Bereich. Die Entwicklung der internationalen Praxis wird aber intensiv weiterverfolgt.

#### 5. Internationale Beziehungen

Seit 2003 hat die *Weko* eine international anerkannte Vertretung und Präsenz. Diese Präsenz hat es ermöglicht, mit einer grossen Anzahl ausländischer Behörden Kontakte aufzubauen, um so die Anwendung des Kartellrechts zu erleichtern. Namentlich im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse konnten bis 80% der Ressourcen für Fälle mit globalem Ausmass abgebaut werden. Weiter war auch der Austausch von technischen Informationen und die Unterstützung, die man im Rahmen der Ausbildung erhalten hatte (Kompetenzzentrum "Hausdurchsuchungen"), über diese internationale Präsenz möglich. Schliesslich fanden offizielle Besuche in der Schweiz (z.B. von Deutschland) und im Ausland (z.B. in Taiwan) statt.

**OECD:** Im Jahre 2005 haben Vertreter des Sekretariats der *Weko* dreimal mit der Schweizer Delegation an verschiedenen Sitzungen der OECD in Paris teilgenommen. Sie haben an den belebten Diskussionen im Rahmen der Arbeitsgruppen der OECD mitgewirkt und zu den behandelten Themen schriftliche Beiträge verfasst. Ausserdem war die Schweiz Gegenstand einer Expertenprüfung. Das dritte Kapitel dieser Untersuchung betrifft die Wettbewerbspolitik. In einer detailliert vorbereiteten Plenarsession konnte der Präsident der *Weko* auf die Fragen der von der OECD ernannten Experten über die Situation in der Schweiz ausführlich antworten. Zudem hat das Sekretariat der *Weko* im Rahmen der Wirtschaftsstudie der OECD über die Schweiz mit dem *seco* zusammengearbeitet.

**ICN:** Die *Weko* und das Sekretariat haben an der vierten Jahreskonferenz des International Competition Network in Bonn teilgenommen. Mit mehr als 400 Teilnehmern war diese Konferenz die bis heute grösste Veranstaltung, die Experten des Wettbewerbsrechts zusammenbrachte. Das Sekretariat hat weiter am International Cartels Workshop in Seoul teilgenommen. Mit Ausblick auf die Jahreskonferenz des ICN, welche im Jahre 2009 in der Schweiz stattfinden wird, ist die Schweiz neues Mitglied des Lenkungsausschusses des ICN. Die weiteren Aktivitäten innerhalb der verschiedenen Arbeitsgruppen haben sich im bekannten Rahmen abgespielt.

**UNCTAD:** Im Rahmen des Entwicklungsprojektes (*Compal*) für fünf lateinamerikanische Länder, welches mit Unterstützung des *seco* und in Zusammenarbeit mit der UNCTAD zustande kam, hat das Sekretariat drei Praktikanten aus Bolivien für jeweils drei Monate empfangen. Das Sekretariat hat mit den Praktikanten gute Erfahrungen gemacht. Weiter hat das Sekretariat auch an der "Fifth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices" in der Türkei teilgenommen. Zudem war das Sekretariat während der Konferenz prüfendes Land im Rahmen der peer review von Kenia.

**CUTS:** In Zusammenarbeit mit dem seco unterstützt die Weko für zwei Jahre ein Projekt unter dem Titel "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong", welches durch den CUTS ausgeführt wird. Die Weko und das Sekretariat haben am Treffen der Vermittler (Project interim meeting) teilgenommen, welches im August 2005 in Hanoi stattgefunden hat. Zweck war es, über die Resultate des ersten Jahres zu diskutieren und einen Aktionsplan für das zweite Jahr aufzustellen, um eine konkrete Verstärkung der Kapazitäten zur Durchsetzung der Wettbewerbspolitik herbeiführen zu können. Dem Treffen ging ein zweitägiges Seminar voraus, an welchem mit der vietnamesischen Wettbewerbsbehörde (VCAD) über Themen wie Fusionen und Übernahmen diskutiert wurde. Die Weko hat daran aktiv als Experte teilgenommen.

## 6. Ausblick

Für das Jahr 2006 setzt die Weko den Schwerpunkt darauf, Verfahren in den Bereichen der harten horizontalen und vertikalen Abreden (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sowie im Bereich des Missbrauchs marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) aufgrund des revidierten Gesetzes durchzuführen.

Gleichzeitig sollen hängige Verfahren (siehe D.4 unten) soweit als möglich abgeschlossen und neue Untersuchungen eröffnet werden, falls sich in den Vorabklärungen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben.

Zudem bereiten sich die Weko und das Sekretariat für die Umsetzung des revidierten Binnenmarktgesetzes vor, welches voraussichtlich im Sommer 2006 in Kraft treten wird.

## C Organisation und Statistik

### 1. Weko

In der Zusammensetzung der Weko ergaben sich im Jahr 2005 folgende Änderungen: Herr Prof. PETER ZWEIFEL, Universität Zürich, und Herr Prof. MARCO BORGHI, Universität Freiburg, traten auf Ende Oktober 2005 zurück. Herr Dr. STEFAN BÜHLER, Oberassistent an der Universität Zürich, und Herr Prof. VINCENT MARTENET, Universität Lausanne, wurden vom Bundesrat auf den 1. November 2005 zu Mitgliedern der Weko gewählt.

Die Weko hat im Jahr 2005 19 ganztägige Sitzungen abgehalten, wovon eine "extra muros" an der Universität Zürich abgehalten worden ist. An einer internen Tagung zum Thema "Konvergenz in der Telekommunikation" vom 30. Mai 2005 hat sie sich von Experten aus der Branche über die möglichen weiteren Entwicklungen im Telekommunikationsmarkt orientieren lassen.

### 2. Sekretariat

Ende des Jahres 2005 beschäftigte das Sekretariat 57 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Vollzeit und Teilzeit), mit einem Frauenanteil von 49 Prozent. Dies entspricht insgesamt 52 Stellen. Im Vergleich zum Stand Ende 2004 sind dies dreieinhalb Stellen weniger.

Der Verlust der oben genannten Stellenprozente ist auf drei Ursachen zurückzuführen:

- Das Sekretariat der Weko hat im Zusammenhang mit der Revision von 2003 nicht die benötigten Finanzmittel für 15, sondern nur für rund zehn neue Stellen erhalten.
- Das Entlastungsprogramm (EP 04) und die Aufgabenverzichtspläne (AVP) in der Bundesverwaltung haben einen Stellenabbau von rund dreieinhalb Stellen bis Ende 2008 zur Folge.
- Weil sich praktisch alle Mitarbeitenden im Sekretariat der Weko im Lohnaufstieg befinden, "kosten" die gesetzlich vorgesehenen Lohnerhöhungen jedes Jahr rund anderthalb Stellen.

Zudem werden im Rahmen der AVP die Praktikantenkredite gegenüber dem Stand 2005 um rund 50 Prozent gekürzt, was einem Verlust von drei Praktikantenstellen bedeutet.

Sofern nicht Gegenmassnahmen ergriffen werden, wird das Sekretariat der Weko bis Ende 2008 rund 9,5 Stellen oder rund 25 Prozent des wissenschaftlichen Personals per Ende 2004 verlieren. Diese Ausdünnung im Personalbestand der Wettbewerbsbehörde hat zur Folge: (i) sie muss sich auf bestimmte Verfahren konzentrieren und selbst bei diesen eine Selektion vornehmen, (ii) es stehen kaum Ressourcen für Beratungen und Stellungnahmen zu Gesetzen zur Verfügung, (iii) die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung aufgegriffen werden kann. Die Durchsetzung des Gesetzes ist damit zwar immer noch möglich, die Breitenwirkung jedoch leidet erheblich.

Das Sekretariat und der Präsident der Weko haben das EVD und seinen Vorsteher über die Personalumstände informiert. Das EVD und die Weko werden gemeinsam klären, wie die Durchsetzung des verschärften Kartellgesetzes dennoch sichergestellt werden kann.

**3. Statistik**

Untersuchungen	2004	2005
Während des Jahres geführt	24	15
Übernahmen vom Vorjahr	21	12
Eröffnungen	3	3
Endentscheide	10	4
davon Anpassung des Verhaltens	1	1
davon einvernehmliche Regelungen	2	1
davon behördliche Anordnungen	3	1
Vorsorgliche Massnahmen	1	1
Sanktionsverfahren	0	1
Vorabklärungen	2004	2005
Während des Jahres geführt	47	75
Übernahmen vom Vorjahr	25	37
Eröffnungen	22	38
Abschlüsse	20	28
davon mit Untersuchungseröffnung	3	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	2	15
davon ohne Folgen	13	11
Meldungen	2004	2005
Gemäss Übergangsbestimmung vom 20. Juni 2003	154	487
Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	7	40
Beratungen im Zusammenhang mit den revidierten Bestimmungen	56	53

Marktbeobachtung	2004	2005
Während des Jahres geführt	102	46
Abgeschlossen	82	29
Noch offen	20	17
Zusammenschlüsse	2004	2005
Meldungen	21	27
Kein Einwand nach Vorprüfung	16	24
Prüfungen	6	6
Entscheide der Weko	2	1
Vorzeitiger Vollzug	2	0
Sanktionen	2	0
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.	2004	2005
Gutachten (Art. 15 KG)	3	2
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	2
Gutachten (Art. 47 KG oder 11 FMG)	7	5
Stellungnahmen zu Konzessionsgesuchen RTVG	13	7
Nachkontrollen	1	1
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	1	1
BGBM	2004	2005
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	1	1
Gutachten (Art. 10 I BGBM)	0	0
Erläuterungen (Sekretariat)	3	4



#### 4. Bearbeitete Untersuchungen 2005

<i>Untersuchung</i>	<i>Untersuchung eröffnet wegen Anhaltspunkten für:</i>	<i>Eröffnung</i>	<i>Abschluss</i>	<i>Resultat</i>
Elektra Baselland	Unzulässige Verweigerung der Durchleitung von Strom	04.08.2000	hängig	Eventuell zuerst Teilverfügung betreffend Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG
Debitkarten	Missbrauch marktbeherrschender Stellung, Verbot der Preisdifferenzierung nach Art der Zahlungsmittel	29.01.2002	hängig	Das Verfahren wurde sistiert, bis im Kreditkartenfall eine Entscheidung gefällt wird.
Axpo Vertriebspartnerschaften	Missbrauch marktbeherrschender Stellung gegenüber Endverteilern von Elektrizität	27.03.2002	19.12.2005	Nach Anpassung des Verhaltens keine Anhaltspunkte für Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
SWICO/S.EN.S	Unzulässige Wettbewerbsabreden betreffend Entsorgung von Elektroschrott	16.05.2002	21.03.2005	Abrede über die Marktorganisation ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt*
Teleclub/Cablecom	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Nichtaufschaltung von Teleclub digital auf CATV-Netz	23.09.2002	hängig	Die vorsorglichen Massnahmen sind Gegenstand des Rekurses an das Bundesgericht*.
Terminierung Mobilfunknetze	Marktbeherrschende Stellung der Mobilfunknetzbetreiber in ihren Netzen sowie Preisabreden bei Terminierungsgebühren	15.10.2002	hängig	Die Kompetenz der Weko wurde bestritten. Die Rekurskommission hat für einen Entscheid in dieser Sache länger als ein Jahr gebraucht.
Publicitas	Missbrauch marktbeherrschender Stellung wegen Diskriminierung	06.11.2002	hängig	Das Verfahren wurde wegen der Aushandlung einer einvernehmlichen Regelung sistiert.
Buchpreisbindung (Sammelrevers)	Unzulässige Preisabrede (nach Entscheid des Bundesgerichts nimmt die Weko die Effizienzprüfung vor)	02.12.2002	21.03.2005	Unzulässige Preisabrede, die nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann*
Flughafen Zürich - Valet Parking	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Nichterteilung von Bewilligungen für Parkingdienstleistungen	01.12.2003	hängig	Vorsorgliche Massnahmen gegen Flughafen Zürich zur Erhaltung des bisherigen Zustandes am 1.12.2003; Sanktion wegen Verletzung der vorsorglichen Massnahmen am 5.12.2005*
Interchange Fee	Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Kreditkartensystemen betreffend Interchange Fee	15.12.2003	5.12.2005	Einvernehmliche Regelung über objektivierte Berechnung der Interchange-Fee
Swisscom "Talk & Surf"	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Bündelangebote	16.02.2004	hängig	

\* Der Rekurs ist vor der Reko-WEF hängig.

Swisscom Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Prize Squeeze	16.02.2004	hängig	
Zement- und Betonpreise NEAT	Preisabreden bei der Vergabe, allenfalls Missbrauch marktbeherrschender Stellung	22.11.2004	hängig	
Strassenbeläge im Kanton Tessin	Gebietsaufteilungen bei Submissionsverfahren; Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	08.04.2005	hängig	
Daten und Software im schweizerischen Gesundheitswesen	Überhöhte Preise für Arzneimittel-Kompodium	21.06.2005	hängig	
Swisscom – ADSL (Preispolitik)	Überhöhte Vorleistungspreise für Wiederverkäufer im Verhältnis zu den Endkundenpreisen (Price-Squeeze)	20.10.2005	hängig	

## D Revision des Binnenmarktgesetzes

### 1. Geltendes Gesetz

Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) bezweckt die Beseitigung öffentlich-rechtlicher Marktzugangsbeschränkungen der Kantone und Gemeinden. Es will die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern sowie die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken. Das BGBM bildet gewissermassen das Gegenstück zum Kartellgesetz, welches sich gegen private Wettbewerbsbeschränkungen richtet.

Das BGBM ist als Rahmengesetz konzipiert. Es verzichtet auf eine Harmonisierung der unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Regelungen betreffend den Marktzugang für die Ausübung privater Erwerbstätigkeiten und stellt stattdessen Mindestanforderungen auf, welche für die Schaffung eines schweizerischen Binnenmarktes erfüllt sein müssen.

Diesbezüglich im Zentrum steht der Grundsatz des freien Marktzugangs nach Massgabe der Herkunftsvorschriften (Herkunftsprinzip). Jede Person und jedes Unternehmen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz hat das Recht, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen im gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder in der Gemeinde ihres Sitzes oder ihrer Niederlassung zulässig ist. Im Sinne einer Ausnahme enthält das Gesetz Bedingungen, unter denen der freie Marktzugang für ortsfremde Anbieter eingeschränkt werden kann. Zulässig ist eine Einschränkung dann, wenn sie sich auf überwiegende öffentliche Interessen stützt, gleichermassen für ortsansässige Personen gilt und verhältnismässig ist.

Im Sinne des Herkunftsprinzips sieht das Gesetz des Weiteren die gegenseitige Anerkennung von kanto-

nalen Fähigkeitsausweisen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vor.

Das Recht auf freien Marktzugang findet schliesslich ebenfalls auf die Beschaffungsmärkte der Kantone und Gemeinden Anwendung.

In institutioneller Hinsicht ist die Wettbewerbskommission (Weko) mit der Überwachung der Einhaltung des BGBM beauftragt. Sie kann zu diesem Zweck Empfehlungen an die Adresse der Kantone und Gemeinden zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben sowie Gutachten erstatten. Im Gegensatz zum Kartellgesetz verleiht das BGBM der Weko kein Verfügungsrecht.

Die rechtliche Durchsetzung des freien Marktzugangs nach Massgabe der Herkunftsvorschriften ist Sache der betroffenen Privaten, welche zu diesem Zweck über ein Beschwerderecht gegen behördlich auferlegte Beschränkungen des Marktzugangs verfügen.

### 2. Revisionsbedarf

Die Wirkungen des BGBM lassen bis dato zu wünschen übrig: Es besteht eine Kluft zwischen den Zielen und den Wirkungen des Gesetzes. Für diesen Befund sind laut einem Evaluationsbericht der parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom Februar 2000 drei Faktoren verantwortlich:

Erstens sind die Kantone und Gemeinden ihrer Pflicht zur Anpassung ihrer Rechtsvorschriften an die Grundsätze des BGBM nur beschränkt nachgekommen. Dies mag insbesondere damit zusammenhängen, dass sie weder zur Notifikation ihrer Vorschriften noch zur Einhaltung von Empfehlungen der Weko verpflichtet sind.

Zweitens fällt das Bundesgericht mehrere binnenmarktrechtliche Entscheide, in denen es den Grundsatz des freien Marktzugangs aufgrund der Herkunftsvorschriften relativiert und damit dem Föderation

lismus- gegenüber dem Binnenmarktprinzip den Vorzug einräumte. So klammerte das Bundesgericht insbesondere die Niederlassungsfreiheit vom Grundsatz des freien Marktzugangs aus. Damit sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts all jene Berufsgruppen, die auf feste Einrichtungen am Ort der Berufsausübung angewiesen sind (Gastwirte, Erwerbstätige im medizinischen und paramedizinischen Bereich etc.) vom Anwendungsbereich des BGBM ausgeschlossen.

Schliesslich machten die betroffenen Privaten nur selten von ihrem Beschwerderecht gegen Beschränkungen des freien Marktzugangs Gebrauch. Die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts und ein in der Regel ungünstiges Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag sind wesentliche Gründe hierfür.

### 3. Ziele der Revision

Mit der Revision des BGBM verfolgt der Bundesrat ein gesamtwirtschaftliches, ein individualrechtliches und ein institutionelles Ziel.

In gesamtwirtschaftlicher Hinsicht sollen die Funktionsfähigkeit des Marktes durch den weiteren Abbau von kantonalen und kommunalen Marktzutrittschranken verbessert und die Möglichkeiten der öffentlichen Hand zur Beschränkung des Marktzugangs eingeschränkt werden.

In Bezug auf das individualrechtliche Ziel sollen die Berufsausübungsfreiheit gestärkt und mögliche, aus dem bilateralen Abkommen über die Personenfreizügigkeit herrührende Diskriminierungen von Schweizer Bürgern gegenüber EU-Bürgern verhindert werden.

In institutioneller Hinsicht schliesslich will die Revision die Aufsichtsfunktion der Weko stärken.

### 4. Wesentliche Revisionspunkte

Im Zusammenhang mit den vorstehenden Ziele stehen drei Revisionspunkte im Vordergrund: a) die Ausdehnung des Rechts auf freien Marktzugang auf die gewerbliche Niederlassung, verbunden mit einer Verschärfung der Voraussetzungen für zulässige Einschränkungen dieses Rechts; b) die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen nach Massgabe des bilateralen Abkommens über die Personenfreizügigkeit; und c) die Einführung eines Beschwerderechts zu Gunsten der Weko.

#### a. Ausdehnung des freien Marktzugangs auf die gewerbliche Niederlassung

Ein Hauptpunkt der Revision stellt die Ausdehnung des freien Marktzugangs auf all jene Berufe dar, zu deren Ausübung feste Einrichtungen am Leistungs-ort nötig sind. Damit wird die (zu restriktive) Rechtsprechung des Bundesgerichts per Gesetz korrigiert, indem der Grundsatz des freien Marktzugangs nach Massgabe der Vorschriften des Herkunftsortes nicht mehr nur auf grenzüberschreitende Leistungen Anwendung findet. Dies bedeutet, dass Personen, die an ihrem Herkunftsort eine Erwerbstätigkeit rechtmässig ausgeübt haben und sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit in einem anderen Kanton beziehungsweise einer anderen Gemeinde niederlassen wollen, hierfür

keine Bewilligung mehr einholen müssen. Die Überwachung der Ausübung der Tätigkeit als solcher obliegt der Behörde des Bestimmungsortes. Sie betrifft insbesondere die Einhaltung gewerbepolizeilicher Bestimmungen (z.B. Öffnungszeiten), welche auf alle im entsprechenden Gebiet niedergelassenen Anbieter Anwendung finden.

Parallel zur vorstehenden Ausdehnung limitiert das revidierte Gesetz die Möglichkeiten der Kantone und Gemeinden, den Marktzugang zu beschränken. Gestützt auf den - neu explizit im Gesetz verankerten - Grundsatz der Gleichwertigkeit der verschiedenen Regelungen ist die schlichte Verweigerung des Marktzugangs auswärtiger Anbieter durch kantonale oder kommunale Behörden nicht mehr möglich. Beschränkungen des Marktzugangs können höchstens in Form von Auflagen oder Bedingungen auferlegt werden, sofern diese zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich sind. Überdies muss die Behörde des Bestimmungsortes, welche eine derartige Beschränkung in Erwägung zieht, die am Herkunftsort erlangte Berufserfahrung mitberücksichtigen. Für einen Anbieter mit Berufserfahrung aus einem Kanton, der für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit keine besondere Ausbildung oder keinen Fähigkeitsausweis verlangt, steht somit die Ausübung der entsprechenden Tätigkeit in einem anderen Kanton mit solchen Anforderungen grundsätzlich offen.

Dieser Revisionspunkt hat in den eidgenössischen Räten zu ausführlichen Diskussionen Anlass gegeben, insbesondere im Zusammenhang mit der Ausübung der Gastwirttätigkeit. Verschiedene Parlamentarier haben denn auch - animiert durch den Branchenverband GastroSuisse - versucht, den Gastwirtschaftssektor vom Herkunftsprinzip auszunehmen beziehungsweise eine Regelung der Ausbildung auf eidgenössischer Ebene durchzusetzen. Hauptargument für eine solche (Ausnahme-)Regelung war das behauptete Risiko für die öffentliche Gesundheit, welche aus einer Anwendung des Herkunftsprinzips und einer damit einhergehenden Nivellierung nach unten resultieren würde. Die Aufnahme einer Ausnahmeregelung im BGBM, welche das Gesetz geschwächt hätte, konnte schliesslich verhindert werden. Im Gegenzug beschloss das Parlament die Aufnahme einer Bestimmung im Lebensmittelgesetz, welche dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, Ausbildungsanforderungen aus dem Bereich der Hygiene festzulegen für Personen, die Speisen oder Getränke zum Konsum an Ort und Stelle abgeben.

#### b. Anerkennung von Fähigkeitsausweisen

In diesem Bereich sieht das revidierte Gesetz eine Vereinheitlichung der Anerkennungsverfahren zwischen den Kantonen vor und zwar für jene Tätigkeiten, die vom bilateralen Abkommen über die Personenfreizügigkeit erfasst werden. Die gegenseitige Anerkennung geschieht inskünftig gestützt auf das im Abkommen vorgesehene Verfahren (EU-Anerkennungsverfahren).

Dieser Regelung vorbehalten sind allerdings interkantonale Vereinbarungen. Wo die gegenseitige Aner-

kennung durch eine interkantonale Vereinbarung geregelt ist, geht diese der neuen BGBM-Regelung beziehungsweise dem EU-Anerkennungsverfahren vor.

#### c. Beschwerderecht der Weko

Das revidierte BGBM enthält neu ein Beschwerderecht der Weko gegen unzulässige Beschränkungen des Marktzugangs. Mit diesem Instrument kann die Weko (noch) offene Fragen bezüglich des freien Marktzugangs einer gerichtlichen Klärung zuführen und damit die Verwirklichung des Binnenmarktes vorantreiben. Dies ist umso wichtiger, als die betroffenen Privaten von ihrem Beschwerderecht bisher nur selten Gebrauch gemacht haben.

Im Parlament strittig war der Umfang des Beschwerderechts der Weko im Bereich der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte. Grund dafür bildete die Abstützung des Beschwerderechts auf das neue Bundesgerichtsgesetz, welches Beschwerden an das Bundesgericht nur gegen Beschaffungen zulässt, die über den (WTO-)Schwellenwerten liegen und rechtliche Fragen grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen. Der Nationalrat schlug vor, den Zugang der Weko ans Bundesgericht auf Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte ausdehnen, währenddem der Ständerat eine Abweichung vom Bundesgerichtsgesetz ablehnte. Schliesslich schwenkte der Nationalrat nach der zweiten Runde der Differenzbereinigung auf die Linie des Ständerates.

#### d. Weitere Gesetzesänderungen

Von einer gewissen Tragweite ist auch die Pflicht der Kantone und Gemeinden, die Übertragung der Ausübung ihrer Monopole auf Private inskünftig auf dem Weg der Ausschreibung vorzunehmen.

Weitere vom Parlament beschlossene Gesetzesänderungen sind von eher geringerer Tragweite. So enthält das revidierte BGBM - neben einigen terminologi-

schen und gesetzestechnischen Anpassungen - eine präzisierende Umschreibung des Begriffs der Erwerbstätigkeit, welche den sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes bestimmt.

Das revidierte BGBM stellt des Weiteren die Amtshilfe auf eine gesetzliche Grundlage, um eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen der Weko und den betroffenen Behörden sicherzustellen. In Ergänzung dazu enthält das Gesetz neu eine Auskunftspflicht für von Abklärungen der Weko betroffene Private. Um dieser Pflicht den nötigen Nachdruck zu verleihen, können bei Missachtung dieser Pflicht Sanktionen ausgesprochen werden.

Schliesslich beschloss das Parlament ergänzend zur Revisionsvorlage des Bundesrates eine Bestimmung, welche das "Cassis-de-Dijon-Prinzip" im Bereich der Anwendung von Bundesrecht durch die Kantone konkretisiert. Hat eine kantonale Behörde den Marktzugang für eine Ware, Dienst- oder Arbeitsleistung gestützt auf Bundesrecht bewilligt, gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz.

### 5. Schlussfolgerungen

Die Verabschiedung des revidierten BGBM ist ein wichtiger Schritt hin zur Schaffung eines Schweizerischen Binnenmarktes. Sie impliziert auch ein gutes Stück Mehrarbeit für die Weko. Einerseits wird die Rechtsetzung der Kantone und Gemeinden inskünftig strengerem Kriterien gehorchen müssen. Die Weko muss die Einhaltung dieser Kriterien sicherstellen, indem sie die Rechtsetzung systematisch verfolgt beziehungsweise analysiert und indem sie, falls erforderlich mittels Empfehlungen an die betreffenden Behörden korrigierend eingreift. Andererseits erfordert die effiziente Nutzung des neuen Instruments "Beschwerderecht" eine systematische Erfassung kantonalen und kommunalen Entscheide, die in Anwendung des BGBM gefällt werden.

A 1	<b>2. Rapport annuel 2005 de la Commission de la concurrence</b>
-----	--

### A Introduction

En 2005, les activités de la Commission de la concurrence (Comco) et de son secrétariat se sont concentrées d'une part sur les marchés traditionnellement fortement réglementés. D'autre part, la Comco a mené des procédures dans des secteurs fortement cartellisés, afin de participer à la réduction de l'îlot de cherté suisse.

Ainsi, en matière de télécommunications, trois enquêtes pour abus de position dominante selon l'article 7 LCart dirigées contre Swisscom sont actuellement pendantes (cf. B.2.b ci-dessous).

Dans le domaine de l'énergie, de nombreuses annonces ont été traitées par les autorités de la concurrence et l'enquête relative aux contrats de partenariat Axpo a pu être menée à son terme. La réunion des réseaux de transport entreprise par les principales entreprises électriques suisse en vue de la globalisation des marchés de l'électricité, a fait l'objet d'une procédure d'examen approfondi, qui a abouti à l'imposition de diverses charges (cf. B.2.d ci-dessous).

Dans le domaine de la santé, les autorités de la concurrence ont traité de très nombreuses annonces relatives aux contrats tarifaires passés entre les assureurs-maladie et les hôpitaux (cf. cf. B.1.e ci-dessous).

Elles se sont en outre prononcées dans le cadre de plusieurs procédures de consultation relatives à des modifications légales se rapportant à l'assurance maladie et à la politique agricole (cf. B.1.c et B.2.e ci-dessous).

D'autre part, les autorités de la concurrence se sont appliquées à réduire l'îlot de cherté suisse, en portant une attention toute particulière aux concentrations intervenues sur les marchés du commerce de détail (cf. B.3.a ci-dessous). Dans ce secteur, il y a lieu de constater que l'îlot de cherté existe encore mais qu'en raison de l'arrivée de nouvelles entreprises au cours de ces derniers mois, une baisse des prix a pu être constatée.

La décision rendue en fin d'année par la Comco dans le secteur des cartes de crédit (cf. B.1.a ci-dessous) va également dans le sens d'une réduction des prix en Suisse.

Par ailleurs, l'année 2005 a été marquée pour la Comco par la fin de la phase transitoire d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi révisée sur les cartels. Le secrétariat de la Comco s'est activement préparé à la mise en œuvre de la loi révisée, notamment par la création d'un Centre de compétences "investigations" et la formation de ses membres (cf. B.4 ci-dessous).

A l'échéance du délai transitoire, la Comco a encore reçu de très nombreuses annonces selon la disposition transitoire, qui ont été traitées au cours des mois suivants. Parallèlement, les différents services ont poursuivi leurs travaux dans les nombreuses procédures, pendantes ou nouvelles, les concernant. La Comco a

mené à terme plusieurs procédures d'enquête de grande envergure, après des investigations importantes (cf. B ci-dessous).

Le rapport annuel contient encore des indications concernant l'organisation de la Comco et de son secrétariat, une statistique des cas ainsi qu'une liste des enquêtes pendantes fin 2005 (cf. C ci-dessous). Il relève également les difficultés rencontrées en raison de la réduction des ressources allouées au secrétariat qui intervient parallèlement à l'introduction de nouvelles tâches.

Par ailleurs, tout au long de l'année écoulée, le Centre de compétence Marché intérieur du secrétariat de la Comco s'est investi de manière importante dans les travaux préparatoires en vue de l'examen de la révision de la loi sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02) par les Chambres. La loi révisée a été adoptée en vote final par le Parlement, le 16 décembre 2005. Le rapport annuel accorde une large place à cette révision, qui devrait permettre de revitaliser le marché intérieur suisse en abandonnant les derniers obstacles cantonaux et communaux à sa réalisation (cf. D ci-dessous).

### B Activités dans les différents domaines économiques

#### 1. Services

##### a. Services financiers

Dans le domaine des services financiers, la Comco a terminé l'enquête portant sur les *cartes de crédit* et a approuvé par une décision l'accord amiable signé par les instituts concernés. L'objet de l'enquête était une commission d'interchange (*Domestic Multilateral Interchange Fee*; DMIF) établie entre les émetteurs de cartes de crédit (issuer; notamment UBS AG, Credit Suisse, Cornèr Banca SA et Viseca Card Services SA) et les offrants de contrats d'acceptation (acquirer; notamment Telekurs Multipay AG et Aduno SA) dans les deux systèmes de cartes de crédit Visa et MasterCard. Cette commission, négociée de manière multilatérale, représente un pourcentage du montant de la transaction (prix d'achat d'un bien ou d'un service) et est payée à l'issuer par l'acquirer.

Les systèmes de cartes de crédit Visa et MasterCard sont des systèmes à quatre parties. D'un côté se trouvent les instituts financiers qui émettent les cartes de crédit ainsi que les détenteurs de cartes (marché pour l'issuing de cartes de crédit). L'achat d'une carte de crédit et le bénéfice des différents services en relation avec celle-ci sont couverts par la commission annuelle et diverses autres commissions (taxes, intérêts, cours du change etc.). De l'autre côté se trouvent les acquirer qui s'engagent auprès des commerçants afin que ceux-ci acceptent les cartes de crédit Visa et MasterCard (marché pour l'acquiring de cartes de crédit). Pour ces services, le commerçant paye à l'acquirer une commission des commerçants qui dépend également

du montant de la transaction. La DMIF représente dès lors pour l'acquiescer une partie des coûts qu'il couvre avec la commission des commerçants et est ainsi répercutée sur les commerçants.

En Suisse, la DMIF est négociée dans deux forums particuliers, à savoir le forum issuer/acquiescer de Visa (IAFV) et le Card Committee MasterCard (CC). Etant donné que tous les instituts de cartes de crédit distribuent les produits Visa et MasterCard ("dual branding"), les mêmes parties sont représentées dans les deux forums. En conséquence, l'accord comprend environ [85%-95%] du marché total suisse des cartes de crédit.

La Comco a qualifié la fixation de la DMIF dans ces forums d'accord sur les prix qui certes ne supprime pas entièrement la concurrence sur le marché pour l'issuance et l'acquiescer, mais la restreint néanmoins de manière notable. Par contre, elle reconnaît que dans des systèmes complexes comme le système à quatre parties, une telle procédure multilatérale peut comporter des gains d'efficacité (facilitation de l'entrée sur le marché pour des acquiescer étrangers, économie de frais de transaction). Mais selon la Comco, ces gains prévalent dans les systèmes de cartes de crédit de Visa et MasterCard seulement, si la fixation multilatérale de la DMIF est limitée de façon objective aux éléments de coûts des issuer qui sont nécessairement reliés au réseau au niveau fonctionnel.

C'est pourquoi les parties ont accepté dans le cadre d'une déclaration d'engagement (accord amiable au sens de l'article 29 LCart) un schéma des calculs objectif qui ne contient que des éléments de coûts inhérents au réseau. En outre, les parties se sont engagées à rendre publique la DMIF qui a été calculée de la manière décrite, non seulement auprès des autorités de la concurrence mais également sur demande auprès de chaque commerçant. Enfin, les parties se sont engagées à renoncer à la clause de non discrimination dans les contrats avec les commerçants.

La Comco a considéré que ces engagements sont appropriés pour tenir compte des réserves fondées sur le droit des cartels. Ils permettent d'exploiter à fond les gains d'efficacité des systèmes multilatéraux sans que la concurrence ne soit affectée par un comportement coordonné de la part des parties. La transparence créée grâce à la publication de la DMIF accroît par ailleurs la position de négociation des commerçants par rapport aux issuer. Enfin, l'abrogation de la clause de non discrimination expose le système des cartes de crédit à une pression de la concurrence accrue de la part d'autres systèmes de paiement. C'est pour ces raisons que la Comco a accepté l'engagement des parties et l'a approuvé comme accord amiable au sens de l'article 30 alinéa 1 LCart.

Afin de préfigurer également le développement futur sur le marché des cartes de crédit, la Comco a fixé un montant maximal pour la DMIF calculé selon le schéma des coûts, ce qui fera baisser la DMIF actuelle dans tous les cas au moins jusqu'à cette valeur dans un délai de mise en œuvre de trois ans. En outre, elle a limité son approbation à quatre ans.

Le nouvel accord a été signé par les parties pendant le délai transitoire selon la loi sur les cartels révisée du 20 juin 2003. De ce fait, il n'était pas possible de prononcer de sanction dans cette procédure.

Dans le domaine des *cartes de débit Maestro*, les parties ont suspendu leur projet visant à introduire une commission d'interchange aussi pour les cartes de débit, la question qui se pose dans ce cas étant similaire à celle traitée dans l'affaire des cartes de crédit.

Enfin, la Comco a autorisé la reprise par la *Julius Bär Holding SA* des filiales de l'UBS BDL Banco di Lugano, Ehringer & Armand von Ernst, Ferrier, Lullin & Cie ainsi que GAM et d'autres entreprises participantes.

#### *b. Assurances*

Dans le domaine des assurances, la Comco a autorisé plusieurs *concentrations d'entreprises* s'inscrivant dans un vaste réaménagement de portefeuilles entre les sociétés Swiss Life, La Vaudoise ainsi que Helsana. Le portefeuille assurance-vie de l'entreprise La Suisse a été intégré dans la société-mère, Swiss Life, alors que le portefeuille assurance non-vie de La Suisse a été partagé entre Helsana (affaires maladies et accidents) et La Vaudoise (assurance véhicules à moteur, dommages aux biens ou choses et responsabilité civile). En outre, La Vaudoise a cédé à Swiss Life l'assurance vie collective. Ces multiples transactions n'ont pas été jugées problématiques du point de vue de la concurrence.

#### *c. Santé*

Dans le domaine de la santé, la Comco a ouvert une enquête contre l'entreprise *Documed SA*, filiale de Galenica, qui publie le "Compendium suisse des médicaments". Celui-ci contient toutes les informations destinées au personnel médical et aux patients. L'enquête devra déterminer si Documed SA a abusé de son éventuelle position dominante en imposant des prix trop élevés aux entreprises pharmaceutiques et en refusant d'entretenir des relations commerciales avec des entreprises concurrentes.

De plus, les autorités de la concurrence ont émis de nombreux préavis (art. 46 LCart) relatifs à des modifications légales touchant le domaine de la santé. En particulier, elles se sont exprimées sur la question de l'affinement du système de compensation des risques dans l'assurance-maladie de base, sur le remboursement des moyens et appareils prévu par la LAMal et sur le message relatif à l'initiative pour une caisse-maladie unique.

#### *d. Services professionnels*

Dans le domaine des services professionnels, la Comco a, pour la première fois, sanctionné une entreprise pour non-respect d'une décision. Elle a infligé une amende de CHF 248'000.- à l'*Aéroport de Zurich (Unique)* pour violation de sa décision de mesures provisionnelles (DPC 2004/3, p. 859 ss) visant à garantir une concurrence efficace sur le marché du Valet Parking. La procédure au fond est encore pendante.

### e. *Annonces*

Les assureurs maladie et les hôpitaux ont annoncé au secrétariat près de 380 *contrats tarifaires*, à savoir d'éventuelles restrictions à la concurrence existantes, selon les dispositions finales de la LCart révisée. Les contrats annoncés concernent pratiquement uniquement le domaine des assurances complémentaires privées et semi-privées. Une petite partie des contrats tarifaires annoncés est considérée comme problématique du point de vue de la LCart et les premières procédures selon l'article 27 LCart pourront être ouvertes au début 2006.

Le secrétariat a aussi examiné de façon critique la conformité de plusieurs *recommandations de prix d'associations professionnelles* dans les domaines de la santé et des professions libérales. Suite à l'intervention du secrétariat quasiment tous les tarifs problématiques ont été supprimés ou adaptés aux exigences de la LCart (aides au calcul pour les vétérinaires, tarifs de l'association des naturopathes NVS, tarif de la société des médecins pour la thérapie de l'information-biophysique SABIT, tarifs de l'Association Suisse d'Assurances ASA des primes nettes dans l'assurance accident, tarif de l'Association Suisse des Constructeurs Navals ASCN et tarif de l'Association des importateurs suisses de moteurs marins VSIM). Dans le cas du tarif de l'Union Suisse des Installateurs-Electriciens et d'un autre tarif dans le domaine des installations électriques, une procédure selon l'article 26 ss LCart a été ouverte.

Par ailleurs, suite à une annonce, le secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant l'obligation imposée par la *SWX Swiss Exchange* de traiter en bourse afin de déterminer si la SWX Swiss Exchange abuserait d'une éventuelle position dominante. Selon les conditions générales de la SWX Swiss Exchange, pendant les heures de négoce, les participants sont tenus d'exécuter leurs ordres d'achat et de vente en bourse (on order book), c'est-à-dire de les introduire dans les carnets d'ordres de la SWX Swiss Exchange, pour autant que la valeur des ordres n'excède pas certaines limites fixées.

## 2. *Infrastructures*

### a. *Prix unique du livre*

La Comco a traité, pour la seconde fois, la question du *prix unique du livre* en Suisse. La Comco avait constaté l'illicéité du prix unique une première fois en septembre 1999. Sur recours, le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à la Comco afin qu'elle examine si la restriction notable à la concurrence induite par le prix unique du livre pouvait être justifiée par des motifs d'efficacité économique. La Comco a dès lors examiné s'il conduisait à une augmentation de l'étendue de l'assortiment, à une plus grande diversité de produits ou une amélioration des ventes par une densité accrue des points de vente et un meilleur conseil. Elle a constaté que les effets positifs prétendus du prix unique du livre n'ont pas pu être démontrés et ne peuvent justifier la restriction à la concurrence, qui doit dès lors être considérée comme illicite. La question de savoir si un tel système est souhaitable pour des mo-

tifs de politique culturelle ne peut être prise en compte par la Comco, en vertu de la loi sur les cartels (DPC 2005/2, p. 269 ss).

### b. *Télécommunications*

Dans le secteur des télécommunications, la Comco a ouvert une nouvelle enquête dans le domaine de l'*ADSL*, devant démontrer si Swisscom abuse d'une position dominante par sa politique de prix pour les services ADSL. Swisscom met son réseau à la disposition d'autres fournisseurs de services Internet afin qu'ils puissent offrir des services ADSL. Les prix de ces prestations préalables sont élevés par rapport aux prix facturés aux clients finaux de Bluewin, filiale de Swisscom. Il est dès lors possible que d'autres fournisseurs de services Internet ne parviennent pas à disposer d'une marge suffisante.

Par ailleurs, le secrétariat de la Comco a poursuivi ses travaux dans trois procédures d'enquêtes pendantes. Dans l'enquête portant sur l'offre groupée "*Talk & Surf*" de Swisscom, il s'agit de déterminer si le fait que Swisscom refuse d'offrir la possibilité aux opérateurs de télécommunication intéressés d'offrir la revente du raccordement téléphonique, si bien qu'il n'est pas possible pour les autres opérateurs de proposer une offre combinée comparable à l'offre "*Talk & Surf*" avec facturation unique, constitue un abus de position dominante. L'*enquête "Service de téléphonie pour clients commerciaux"*, devra déterminer si l'on se trouve en présence d'un abus de position dominante de type "*Price Squeeze*", les prix des prestations en amont facturés aux autres opérateurs de télécommunication se situant en partie au-dessus des prix que Swisscom facture à ses propres clients commerciaux. La troisième enquête concerne les *tarifs de terminaison* sur le marché de la téléphonie mobile.

La Comco a en outre approuvé la prise de participation de Swisscom dans *Cinetrade* (DPC 2005/2, p. 363 ss). La participation à Cinetrade, notamment gestionnaire de droits de films et actionnaire du fournisseur de télévision à péage (Pay TV) Teleclub, facilite l'entrée de Swisscom sur le marché du film et lui permet de compléter ses activités de base (téléphonie et Internet) par la télévision (Triple Play). Les éventuels avantages résultant de l'intégration verticale de la plate-forme Pay TV de Teleclub avec l'infrastructure de Swisscom ont constitué la question centrale de l'examen. Celui-ci a montré que la concentration n'entraîne pas de position dominante tant sur le marché de la télévision à péage que sur celui de l'acquisition de droits de première diffusion de films et émissions sportives (Premium Content).

### c. *Médias/Publicité*

Dans le secteur des médias/publicité, la Comco a été amenée à traiter, dans le cadre du contrôle des concentrations, l'acquisition de *Homegate AG* par Tamedia AG et Edipresse Publications SA. L'examen approfondi de la concentration a permis d'établir que l'acquisition de Homegate, plate-forme Internet immobilière la mieux implantée en Suisse, par les plateformes immobilières Tamedia et Edipresse n'entraîne-

rait aucune position dominante sur le marché des annonces immobilières en ligne, tant dans la région zurichoise que dans la région de l'arc lémanique. La concurrence exercée par d'autres plate-formes immobilières et la dynamique élevée du marché permettent en effet à la concurrence de continuer à jouer son rôle.

#### d. *Electricité*

Dans le secteur de l'électricité, la Comco a reçu 34 **annonces** selon la disposition transitoire de la LCart. Ces annonces ont largement occupé le secrétariat jusqu'à la fin de l'année. La majeure partie de ces annonces concernait des contrats exclusifs de longue durée passés par les entreprises électriques avec des clients finaux. L'examen de ces diverses annonces a permis d'établir une pratique en la matière. Cette pratique a été confirmée par la Comco dans sa décision sur les partenariats de distribution **Axpo**. Ainsi la Comco a admis comme étant compatibles avec la LCart les contrats de livraison exclusifs pour plusieurs années lorsqu'ils répondent aux deux conditions suivantes: a) ils sont liés à une obligation d'approvisionnement intégral du client final, et b) outre des contrats de longue durée, des contrats d'approvisionnement pour un an au maximum sont proposés aux clients.

Par ailleurs, la réunion des réseaux de transport des entreprises électriques Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ et NOK (**Swissgrid**) a été autorisée moyennant diverses charges. L'examen approfondi montre que ce projet crée une position dominante sur le marché du transport de l'électricité dans diverses régions suisses. La Comco a imposé diverses charges à la réalisation de la concentration afin de garantir que l'amélioration des conditions de concurrence sur le marché de l'approvisionnement électrique découlant de la concentration intervienne dans une proportion suffisante. Ces charges ont pour but de faciliter le transit de l'électricité, de permettre une surveillance efficace sur les tarifs de Swissgrid et d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts au sein de Swissgrid (DPC 2005/2, p. 347 ss).

#### e. *Agriculture*

Dans le secteur de l'agriculture, la Comco s'est prononcée dans le cadre de la consultation sur la **politique agricole 2011**. La Comco s'engage pour une plus large déréglementation et l'abandon des protections douanières. Il y a en particulier lieu d'éviter que la régulation étatique antérieure soit remplacée par des restrictions privées à la concurrence tolérées, voire encouragées, par l'Etat.

Dans le cadre d'une enquête préalable portant sur l'attribution de mandats d'**entreposage de pommes de terre**, le secrétariat de la Comco est arrivé à la conclusion qu'il n'existe pas de concurrence efficace dans ce secteur. Ceci découle en première ligne des conditions cadres réglementées (DPC 2005/3, p. 470 ss). Les suggestions du secrétariat à cet égard ont été prises en compte dans le cadre de la politique agricole 2011.

Une autre enquête préalable, relative à la réorganisation du marché du **lait bio** initiée par Bio Suisse, a révélé des indices selon lesquels cette réorganisation mène à une réduction artificielle de l'offre de lait bio (DPC 2005/3, p. 458 ss). Dans cette affaire, l'ouverture d'une procédure d'enquête reste réservée, si ces indices venaient à s'intensifier.

#### f. *Environnement*

Dans le secteur de l'environnement, la Comco a clos l'enquête sur l'élimination des appareils électriques. Elle est arrivée à la conclusion que les dispositions **Swico** et **S.EN.S** relatives au prélèvement de taxes de recyclage anticipées ne donne lieu à aucune objection du point de vue du droit des cartels. La convention entre Swico et S.EN.S déterminant qui élimine quels types d'appareils électriques est également admissible (DPC 2005/2, p. 251 ss).

### 3. *Industrie et production*

L'année écoulée a été marquée par un nombre croissant de plaintes dans le domaine des restrictions aux importations parallèles et des différences de prix entre la Suisse et des pays de l'Union Européenne. Dans la même période, le Service Industrie et production a vu ses effectifs diminuer de 20%. Afin de pallier ce manque de personnel, les procédures ont dû se concentrer sur l'analyse souvent très sommaire de l'existence éventuelle de restrictions au sens de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart.

#### a. *Commerce de détail*

Dans le domaine du commerce de détail, l'année a été caractérisée d'une part par un nombre important de concentrations d'entreprises et d'autre part par plusieurs cas d'entraves aux importations parallèles particulièrement médiatisés.

La prise de contrôle paritaire par **Migros** et **Valora** de **Cevanova** (active dans le secteur des convenience-shops) ainsi que le rachat de **Pick Pay** par **Denner** ont été examinés avec une attention particulière par la Comco. Afin de supprimer les préoccupations de la Comco quant à la problématique de dépendance économique, Denner s'est engagé à chercher avec les fournisseurs de boissons alcoolisées en situation de dépendance économique une solution individuelle. Ces opérations de concentration ne sont pas allées en phase d'examen approfondi mais ont permis de confirmer la dynamique concurrentielle qui anime ce marché et cela, notamment depuis l'arrivée de nouvelles entreprises sur le marché suisse.

Le secrétariat de la Comco a par ailleurs contrôlé si l'accord amiable conclu dans le cadre de l'enquête **CoopForte** a effectivement été respecté par Coop. Coop s'était engagée à vérifier au cours des six prochains mois si le prélèvement du bonus CoopForte de 0,5% était justifié. Coop s'était également engagée à rembourser rétroactivement le bonus à un fournisseur si celui-ci pouvait démontrer de manière vraisemblable qu'il ne recevait pas de contre-prestations correspondantes de la part de Coop (DPC 2005/1, p. 146 ss).



Quant à l'enquête préalable ouverte contre *Nespresso*, il n'a pas été possible de déterminer la présence d'accords illicites entre Nestlé et ses distributeurs au niveau de la distribution des machines à café et des capsules. L'enquête préalable a permis de confirmer que la différence de prix des capsules entre la Suisse et les pays européens était quasi insignifiante.

Enfin, une enquête préalable contre *Ferrero* a été ouverte afin d'examiner s'il existe des indices selon lesquels la différence de prix entre la Suisse et l'UE concernant certains produits de Ferrero serait imputable à des accords illicites en matière de concurrence et, partant, contraire à la LCart.

#### **b. Construction**

Dans le marché de la construction, le secrétariat a mené deux enquêtes ainsi que diverses enquêtes préalables. Une concentration d'entreprises a été également examinée. Par ailleurs, le secrétariat a reçu un nombre extrêmement élevé de notifications et de demandes de conseil.

En avril 2005, une enquête a été ouverte contre l'ensemble des entreprises tessinoises productrices d'*asphalte* ou actives dans le *revêtement des chaussées*. L'enquête préalable a révélé l'existence d'indices d'une répartition du territoire tessinois ainsi que d'une rotation lors des adjudications publiques pour les travaux d'asphaltage des routes. Il existe en outre des indices d'un accord sur les prix de l'asphalte et du transport de celui-ci. L'enquête a pour but d'établir s'il existe des accords illicites au sens de l'article 5 LCart et un abus d'une éventuelle position dominante au sens de l'article 7 LCart.

Dans le canton des Grisons, le département des ponts et chaussées a reproché à l'entreprise productrice d'enrobés bitumeux - dans laquelle pratiquement toutes les entreprises de construction de voiries du canton ont des actions - de désavantager les entreprises étrangères au canton en particulier en matière de prix. Suite à l'enquête préalable, les entreprises des Grisons ont adapté leur comportement. Désormais, les entreprises étrangères au canton et les entreprises autochtones sont livrées en enrobés bitumeux aux mêmes conditions.

L'enquête ouverte à la fin de l'année 2004 concernant les prix du ciment et du béton du chantier des *NLFA* a été poursuivie. Cette enquête porte sur la question de savoir s'il y a eu des ententes contraires à la loi sur les cartels entre les producteurs de ciment et/ou les producteurs de béton lors de l'adjudication des lots principaux du tunnel.

Au quatrième trimestre, le projet de concentration entre l'entreprise de construction suisse *Zschokke* et *Batigroup* débouchant sur la nouvelle entité Implenia a été notifié à la Comco. L'examen préalable a révélé des indices que la concentration projetée pourrait créer ou renforcer une position dominante sur certains segments de marché. La Comco a dès lors décidé de soumettre à un examen approfondi le projet de concentration.

#### **c. Automobiles**

En ce qui concerne le marché des automobiles, l'année écoulée a été consacrée au suivi de l'application de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile.

En effet, une période transitoire venant à échéance le 31 décembre 2004 avait été accordée aux acteurs de la branche (constructeurs automobiles/importateurs/équipementiers) pour adapter leurs contrats de distribution à la Communication susmentionnée. Le suivi effectué par les autorités de la concurrence a permis de constater que dans une large mesure la Communication avait été bien accueillie par les professionnels de l'automobile. Toutefois, un examen approfondi des contrats de distribution a révélé que dans certains cas des questions de conformité à la Communication se posent encore. Ces cas font l'objet d'enquêtes préalables conduites par le secrétariat de la Comco.

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure d'opposition au sens de l'article 49a LCart, le secrétariat a trouvé un accord avec *BMW (Suisse) SA*. Cet accord permet aux distributeurs agréés suisses de s'approvisionner en véhicules neufs ou en pièces de rechange d'origine auprès de n'importe quel distributeur agréé de la marque au sein de l'UE. De même, les distributeurs agréés suisses peuvent vendre des véhicules neufs ou des pièces de rechange d'origine à des clients finals ou d'autres distributeurs agréés partout au sein de l'UE. BMW (Suisse) SA s'est engagée également à communiquer les termes de cet accord à son réseau suisse de distributeurs agréés.

#### **d. Industrie horlogère**

L'industrie horlogère a retenu l'attention de l'autorité de la concurrence notamment à deux reprises. La Comco a précisé le comportement que devait adopter l'entreprise *ETA* concernant l'application de l'accord amiable clôturant la décision ETA du 8 novembre 2004 (DPC 2005/1, 128 ss, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse). ETA doit notamment fournir en ébauches les entreprises qui n'étaient pas clientes durant toutes les années prises en compte dans l'accord amiable pour déterminer les quantités qu'ETA devra livrer jusqu'en 2008/2010.

Par ailleurs, l'enquête préalable dirigée contre l'entreprise *Nivarox* a été clôturée. En effet, aucun comportement abusif n'a été constaté durant les deux dernières années considérées.

#### **e. Autres secteurs**

Parmi les autres domaines qui ont occupé également le Service Industrie et production, signalons les résultats de quelques cas importants.

Une enquête préalable a été ouverte contre SIEA (Swiss Interactive Entertainment Association) afin d'examiner si le code de conduite PEGI qui oblige les revendeurs de *jeux vidéos* à indiquer des recommandations d'âge sur les boîtiers avait pour effet de bloquer les importations parallèles. L'enquête s'est terminée par une adaptation du code en question au droit cartellaire.

Dans le domaine *sportif*, l'Association Suisse de Volley s'est engagée dans le cadre d'une enquête préalable à avoir un comportement conforme à la loi sur les cartels et à la Communication "homologation et sponsoring des articles de sport" (cf. DPC 1998/1, p. 158 ss). En particulier, l'association renonce à imposer l'utilisation exclusive d'un ballon dans certaines ligues pendant l'intégralité de la saison sportive.

Finalement, le secrétariat a été saisi pour vérifier le respect des principes de droit de la concurrence lors de l'achat d'*hélicoptères* dans le cadre du Programme d'armement 2005. Après avoir reçu une plainte d'*Augusta*, une entreprise soumissionnaire, le secrétariat a débuté ses investigations à la fin du mois de novembre 2005.

#### 4. Centre de compétences "Investigations"

Se fondant sur ses nouvelles compétences en matière de perquisitions, le secrétariat a mis sur pied un centre de compétences "investigations" qui a été chargé de mener à bien la formation des collaborateurs du secrétariat et d'établir les documents de travail nécessaires à cette tâche. La formation a été prodiguée par des spécialistes de l'administration fédérale (douanes, police fédérale, administration des contributions), de même que par des experts de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas et de l'Allemagne.

Le Centre de compétences a aussi mené des discussions avec les représentants d'Industrieholding sur le "compliance antitrust" et la portée du secret professionnel des juristes d'entreprises. Conscient de l'importance de ces derniers dans la prise en compte de la LCart au sein des entreprises, il suit la jurisprudence helvétique dans ce domaine tout en examinant l'évolution de la pratique internationale.

#### 5. Relations internationales

Depuis 2003, l'autorité de la concurrence a établi une représentation et une présence internationale hautement remarquée. Cette présence a permis d'établir avec un grand nombre d'autorités étrangères des contacts étroits facilitant d'abord l'application de la LCart, notamment de la domaine des concentration d'entreprises en diminuant jusqu'à 80% les ressources consacrées à certains cas d'envergure globale. Ensuite, l'échange d'informations techniques et le soutien reçu dans le domaine de la formation (cf. Centre de compétences "investigations") ont été rendus possible à travers cette présence internationale. Finalement, des visites officielles en Suisse (p.ex. de l'Allemagne) et à l'étranger (p.ex. Taipei Chinois) ont eu lieu.

*OCDE*: Durant l'année 2005, des représentants du secrétariat de la Comco ont fait à trois reprises partie de la délégation suisse auprès de l'OCDE, à Paris, pour les meetings qui ont lieu au sein de cette organisation. Ils ont pris part aux différentes discussions animées au sein des groupes de travail de l'OCDE et ont aussi apporté des contributions écrites sur les thèmes traités. Par ailleurs, la Suisse a été l'objet d'un examen par les pairs de la réforme de la réglementation. Le chapitre trois de cet examen concernait la politique de la concurrence et un important travail a été fourni

afin de préparer la session à Paris, au cours de laquelle le Président de la Comco a pu répondre aux experts nommés par l'OCDE sur l'état de la situation en Suisse. Enfin, le secrétariat de la Comco a aussi apporté son concours au seco dans le cadre de l'étude économique de la Suisse menée par l'OCDE.

*ICN*: La Commission de la concurrence et le secrétariat ont participé à la quatrième conférence annuelle de l'International Competition Network à Bonn. Avec plus de 400 participants, cette conférence a été la plus grande manifestation à ce jour rassemblant des experts du droit de la concurrence. Le secrétariat a également participé à l'international Cartels Workshop à Séoul. En perspective de la conférence annuelle de l'ICN qui se déroulera en Suisse en 2009, la Suisse est nouvellement membre du steering group de l'ICN. Les autres activités au sein des différents groupes de travail se sont déroulées dans le cadre existant.

*CNUCED*: Dans le cadre d'un programme d'aide au développement (Compal) pour cinq pays d'Amérique latine soutenu par le seco et en collaboration avec la CNUCED, le secrétariat a reçu trois stagiaires de Bolivie, chacun pour une période de trois mois. Le secrétariat a fait d'excellentes expériences avec ces stagiaires. Le secrétariat a également participé à la "Fifth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices" en Turquie et a été pendant cette conférence pays examinateur dans le cadre du peer review du Kenya.

*CUTS*: En collaboration avec le seco, la Comco soutient un projet de deux ans dans les pays du Mékong intitulé "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong" qui est exécuté par le CUTS. La Comco et son secrétariat ont pris part à la rencontre intermédiaire (Project interim meeting) qui s'est déroulée à Hanoï en août 2005 pour discuter des résultats de la première année et établir un plan d'action pour la deuxième année, à savoir un renforcement concret des capacités liées aux politiques de la concurrence. Cette rencontre a été précédée d'un séminaire de deux jours avec les autorités vietnamiennes de la concurrence (VCAD) sur le thème des fusions et acquisitions, où la Comco a activement participé en tant qu'experte.

#### 6. Perspectives

Pour 2006, les autorités de la concurrence mettront la priorité sur les procédures relatives aux cartels horizontaux et les accords verticaux durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) ainsi que sur celles portant sur des abus d'entreprises en position dominante (art. 7 LCart) en vertu de la loi révisée.

Parallèlement, elles mèneront à leur terme, dans la mesure du possible, les enquêtes en suspens (cf. C.4 ci-dessous) et en ouvriront de nouvelles lorsque les enquêtes préalables présenteront des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

Par ailleurs, la Comco et son secrétariat se prépareront à la mise en œuvre de la loi révisée sur le marché inté-

rieur, dont l'entrée en vigueur est prévue pour l'été 2006.

### C Organisation et statistiques

#### 1. Comco

Les modifications suivantes sont intervenues dans la composition de la Comco au cours de l'année 2005: MM. les Professeurs PETER ZWEIFEL, de l'Université de Zurich, et MARCO BORGHI, de l'Université de Fribourg, ont démissionné pour la fin octobre 2005. M. STEFAN BÜHLER, Dr. en économie, Maître-assistant à l'Université de Zurich, et M. le Professeur VINCENT MARTENET, de l'Université de Lausanne, ont été nommés par le Conseil fédéral en tant que membres de la Comco à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2005.

En 2005, la Comco a tenu 19 séances d'une journée, dont une "extra muros" s'est déroulée à l'Université de Zurich. A l'occasion d'une conférence interne tenue le 30 mai 2005 sur le thème de la "Convergence dans les télécommunications", la Comco a été mise au courant des développements futurs possibles sur le marché des télécommunications par les experts de la branche.

#### 2. Secrétariat

A la fin de l'année 2005, le secrétariat occupait 57 collaboratrices et collaborateurs (temps plein et temps partiel), avec un pourcentage de femmes de 49%. Ceci correspond au total à 52 postes. En comparaison avec l'état des ressources à fin 2004, on constate une perte de trois postes et demi.

La perte de postes mentionnés ci-dessus est imputable à trois causes:

- Dans le cadre de la révision de 2003, le secrétariat de la Comco n'a pas obtenu les moyens financiers nécessaires pour 15, mais uniquement pour environ 10 nouveaux postes.
- Le programme d'allègement (PAB 04) et le programme d'abandon de tâches de l'administration (PAT) ont pour effet la réduction d'environ trois postes et demi jusqu'à fin 2008.
- Dans la mesure où pratiquement tous les collaborateurs du secrétariat de la Comco se trouvent en situation de progression salariale, les augmentations de salaire prévues par la loi "coûtent" chaque année environ un poste et demi.

Par ailleurs, dans le cadre du PAT, les crédits pour les stagiaires ont été réduits de 50% par rapport à 2005, ce qui signifie la perte de trois postes de stagiaires.

Si aucune contre-mesure n'est prise, le secrétariat de la Comco aura perdu à fin 2008 environ 9,5 postes, ou 25% de son personnel scientifique par rapport à fin 2004. Cette réduction de personnel au sein de l'autorité de la concurrence a pour effet qu'elle devra se concentrer sur certaines procédures et même au sein de celles-ci, opérer une sélection, qu'elle ne pourra que très difficilement mettre des ressources à disposition pour les conseils et les prises de position sur les projets législatifs et que la probabilité d'appréhender une restriction à la concurrence sera réduite. L'appli-

cation de la loi demeure ainsi certes possible, mais sa portée en souffrira néanmoins énormément.

Le secrétariat et le Président de la Comco ont informé le DFE et son Chef de la situation de ces questions de personnel. Le DFE et la Comco vont examiner ensemble comment la mise en oeuvre de la loi sur les cartels renforcée pourra néanmoins être assurée.

#### 3. Statistique

Enquêtes	2004	2005
Menées durant l'année	24	15
Reprises de l'année précédente	21	12
Ouvertures	3	3
Décisions	10	4
dont adaptation du comportement	1	1
dont accords amiables	2	1
dont décisions de l'autorité	3	1
Mesures provisionnelles	1	1
Procédures de sanction	0	1
Enquêtes préalables	2004	2005
Menées durant l'année	47	75
Reprises de l'année précédente	25	37
Ouvertures	22	38
Clôtures	20	28
dont ouverture d'une enquête	3	2
dont accords amiables	2	15
dont sans suite	13	11
Annonces	2004	2005
Selon dispositions transitoires du 20 juin 2003	154	487
Selon l'art. 49a al. 3 let. A LCart	7	40
Conseils en rapport avec les dispositions révisées	56	53

Observations de marché	2004	2005
Menées durant l'année	102	46
Terminées	82	29
Encore ouvertes	20	17
Concentrations	2004	2005
Notifications	21	27
Pas d'intervention après examen préalable	16	24
Examens approfondis	6	6
Décisions de la Comco	2	1
Réalisations provisoires	2	0
Sanctions	2	0

Avis, recommandations et prises de position	2004	2005
Avis (art. 15 LCart)	3	2
Recommandations (art. 45 LCart)	0	2
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	7	5
Prises de position sur demandes de concession LRTV	13	7
Suivi des affaires	1	1
Communications (art. 6 LCart)	1	1
LMI	2004	2005
Recommandations/Enquêtes (art. LMI)	1	1
Avis (art. 10 al. 1 LMI)	0	0
Conseils (Secrétariat)	3	4

#### 4. Enquêtes traitées en 2005

Enquête	Enquête ouverte en raison d'indices de:	Ouverture	Clôture	Résultat
Elektra Baselland	Refus illicite de transit d'électricité	04.08.2000	pendant	Ev. d'abord décision partielle rel. à la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart
Cartes de débit	Abus de position dominante. Interdiction de différenciation de prix en fonction du moyen de paiement	29.01.2002	pendant	La procédure a été suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue dans le cas des Cartes de crédit
Partenariats de distribution Xpo	Abus de position dominante à l'encontre des distributeurs finaux d'électricité	27.03.2002	19.12.2005	Après adaptation du comportement, pas d'indices d'abus de position dominante
SWICO/S.EN.S	Accord illicite concernant l'élimination de déchets électroniques	16.05.2002	21.03.2005	L'accord sur l'organisation du marché est justifié par des motifs d'efficacité économique*
Teleclub/Cablecom	Abus de position dominante en raison de la non-diffusion de Teleclub Digital sur le réseau CATV	23.09.2002	pendant	Les mesures provisionnelles ont fait l'objet de recours jusqu'au TF*
Tarifs de terminaison dans la téléphonie mobile	Position dominante des opérateurs de téléphonie mobile sur leurs réseaux et accords sur les prix (tarifs de terminaison)	15.10.2002	pendant	La compétence de la Comco a été contestée. La REKO a mis plus d'un an pour rendre une décision sur ce point
Publicitas	Abus de position dominante en raison de discriminations	06.11.2002	pendant	La procédure a été suspendue en vue de la négociation d'un accord amiable

Prix unique des livres (Sammelrevers)	Accord sur les prix (après l'arrêt du TF, la Comco entreprend une analyse des motifs d'efficacité)	02.12.2002	21.03.2005	Accord illicite sur les prix, qui ne peut être justifié par des motifs d'efficacité économique*
Aéroport de Zurich-Valet Parking	Abus de position dominante par non-attribution d'autorisations pour les services de parking	01.12.2003	pendant	Mesures provisionnelles contre l'aéroport de Zurich afin de maintenir l'état antérieur prises le 1.12.2003. Sanction pour violation des mesures provisionnelles le 5.12.2005*
Interchange Fee	Accord illicite entre les systèmes de cartes de crédit relatif aux Interchange Fee	15.12.2003	5.12.2005	Accord amiable sur l'objectivation du calcul des Interchange-Fee
Swisscom "Talk & Surf"	Abus de position dominante par une offre groupée	16.02.2004	pendant	
Services de téléphonie pour clients commerciaux de Swisscom	Abus de position dominante par Prize Squeeze	16.02.2004	pendant	
Prix du ciment et du béton des chantiers NLFA	Accord sur les prix lors de la soumission, év. abus de position dominante	22.11.2004	pendant	
Asphaltage des routes au Tessin	Répartitions géographiques lors de procédures de soumissions; abus de position dominante	08.04.2005	pendant	
Données et logiciel domaine de la santé	Prix surfaits pour le Compendium des médicaments	21.06.2005	pendant	
Swisscom – ADSL (Politique de prix)	Prix des prestations préalables trop élevés par rapport aux prix payés par les clients finaux (Price-Squeeze)	20.10.2005	pendant	

\* Recours pendant devant la REKO-WEF

## D Révision de la loi sur le marché intérieur

### 1. Loi actuelle

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996, la loi fédérale sur le marché intérieur a pour but d'éliminer les restrictions de droit public à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes. Elle doit permettre de faciliter la mobilité professionnelle ainsi que les échanges économiques, renforçant ainsi la compétitivité de l'économie suisse. En ce sens, elle fait écho à la loi sur les cartels, s'attaquant pour sa part aux restrictions de droit privé nuisant à la concurrence.

La LMI est conçue comme une loi-cadre. S'adressant aux cantons et communes, elle n'a pas pour ambition d'harmoniser au niveau national les diverses réglementations cantonales et communales portant sur l'accès au marché, mais se contente d'énoncer un certain nombre d'exigences minimales à respecter en vue de la mise en place d'un véritable marché intérieur suisse.

Elle se fonde essentiellement sur le principe régissant le libre accès au marché sur la base des prescriptions du lieu de provenance. Ainsi, toute personne, toute entreprise établie en Suisse doit avoir le droit de proposer des marchandises, des services ou des prestations de travail en tout point du territoire suisse, dans la mesure où l'activité lucrative en question est autorisée dans le canton ou la commune d'établissement ou de siège. La loi prévoit parallèlement les conditions auxquelles la liberté d'accès au marché peut être restreinte à l'égard d'offreurs externes: une telle restriction doit être fondée sur des intérêts publics prépondérants, s'appliquer de la même manière aux offreurs locaux et répondre au principe de la proportionnalité.

Toujours sur le principe du lieu de provenance, la LMI prévoit la reconnaissance réciproque des certificats de capacité cantonaux permettant d'exercer une activité lucrative.

Le droit d'accéder librement au marché s'étend également aux marchés publics des cantons et des communes.

Sur le plan institutionnel, la Commission de la concurrence (Comco) est chargée de veiller au respect de la LMI. Elle est en droit d'adresser aux cantons et communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants et d'établir des expertises. A la différence de la loi sur les cartels, la LMI ne confère pas à la Comco un pouvoir de décision contraignant.

La mise en œuvre de la liberté d'accès au marché selon les principes de la loi sur le marché intérieur est l'affaire des particuliers concernés, auxquels la LMI octroie un droit de recours contre les restrictions auxquelles ils pourraient être soumis.

## **2. Besoins de révision**

Les effets de la LMI sont demeurés néanmoins relativement modestes à ce jour: il existe une importante disparité entre les objectifs poursuivis et les effets réels de la LMI. Ceci est dû, selon un examen approfondi de la situation par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration effectué en février 2000 sur demande de la Commission de gestion du Conseil national, à trois facteurs principaux.

Premièrement, les cantons et communes devaient se donner une législation conforme à la LMI: cet effort s'est montré relativement limité à ce jour, principalement parce que ces collectivités n'ont pas d'obligation de notification à l'égard de la Comco et ne sont pas tenues d'appliquer ses recommandations.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral a rendu divers arrêts fondés sur la LMI dans lesquels il n'a pas pleinement contribué à faire triompher le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance. Il a en effet souvent privilégié le principe du fédéralisme à la construction d'un espace économique intérieur homogène. Ainsi par exemple, il a décidé d'exclure la liberté d'établissement du principe de liberté d'accès au marché: dès lors un pan important de l'économie, soit toutes les professions nécessitant un établissement au lieu de leur exercice (restauration, professions médicales et paramédicales etc.) ont été exclues du champ d'application de la LMI par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Enfin, au vu de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral d'une part, mais aussi des procédures lourdes et complexes de recours contre un refus d'accès au marché, les particuliers n'ont fait que peu usage de la voie judiciaire pour obtenir l'accès au marché sur la base de la LMI, ces démarches étant souvent jugées trop importantes en regard du bénéfice attendu.

## **3. Objectifs de la révision**

La révision de la LMI telle que proposée par le Conseil fédéral vise un triple objectif économique, individuel et institutionnel.

Sur le plan économique, le fonctionnement du marché intérieur doit être amélioré en continuant d'éliminer les entraves cantonales et communales en limitant les possibilités laissées aux cantons et communes de restreindre le libre accès au marché.

Sur le plan individuel, il s'agit de renforcer la liberté d'exercice d'une profession en évitant notamment aux citoyens suisses de se retrouver discriminés par rapport aux ressortissants de l'UE, suite à l'entrée en vigueur de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes.

Sur le plan institutionnel enfin, la révision de la LMI doit permettre de renforcer la fonction de surveillance de la Comco.

## **4. Points essentiels de la révision**

Pour atteindre ces objectifs, la LMI est révisée sur trois points essentiels, à savoir a) l'extension de la liberté d'accès au marché à l'établissement, parallèlement à un durcissement des possibilités d'y déroger, b) la reconnaissance des certificats de capacité selon les principes de l'accord sur la libre circulation des personnes et c) l'introduction d'un droit de recours de la Comco.

### **a. Extension de la liberté d'accès au marché à l'établissement**

Un des points principaux de la révision a consisté à étendre la liberté d'accès au marché à toutes les professions nécessitant un établissement à leur lieu d'exercice, afin de contrer la jurisprudence, trop restrictive, du Tribunal fédéral.

Désormais, le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance s'appliquera non plus seulement aux prestations fournies par une personne hors de son canton/commune de provenance (prestations "transfrontalières") mais également à l'établissement de personnes hors de leur canton/commune d'origine. Concrètement, ceci signifie que les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer une activité qu'elles exerçaient jusqu'alors légalement dans leur canton/commune d'origine. Le contrôle de l'exercice de l'activité en tant que tel reste en revanche de la compétence du canton/commune de destination, dont les règles de police du commerce notamment, s'appliquent à tous les offreurs établis sur son territoire.

Parallèlement, la révision réduit les possibilités pour les cantons et communes de refuser l'accès au marché. En se fondant sur le principe d'équivalence des prescriptions au niveau suisse, fixé désormais expressément dans la loi, les autorités cantonales et communales ne peuvent plus refuser purement et simplement l'accès au marché à un offreur en provenance d'un autre canton suisse. Seule une restriction à l'accès au marché, sous forme de charge ou de condition, pourra être imposée lorsqu'il est nécessaire de préserver des intérêts publics par ce biais. Par ailleurs, l'expérience professionnelle acquise au lieu de provenance devra être prise en compte par le canton de destination lorsqu'il envisage une restriction au libre accès au marché. Ceci permet à un offreur provenant d'un canton où aucune formation ou diplôme particulier n'est requis de pouvoir exercer son activité dans toute la Suisse, même dans les cantons où une telle formation est exigée.

Ce point de révision a engendré des débats nourris aux Chambres fédérales, notamment en rapport avec la profession de cafetier-restaurateur. En effet, sous l'impulsion de GastroSuisse, un certain nombre de parlementaires a tenté d'exclure le secteur de la restauration du champ d'application de la LMI, en introduisant une exception au principe du lieu de provenance pour cette branche, respectivement l'imposition d'une formation de base au niveau fédéral. L'argument principal à l'appui de cette solution était un risque de nivellement par le bas et un manque de formation des restaurateurs, créant un risque pour la santé publique. Finalement, une exception dans la LMI, qui l'aurait indéniablement affaiblie, a pu être évitée. Néanmoins, le Parlement a introduit une disposition dans la loi sur les denrées alimentaires permettant au Conseil fédéral d'imposer aux personnes distribuant des mets et boissons destinées à être consommés sur place de suivre des cours de formation dans le domaine de l'hygiène.

#### b. Reconnaissance des certificats de capacité

S'agissant de la reconnaissance des certificats de capacité, la loi révisée vise à harmoniser les procédures de reconnaissance entre les cantons, en se fondant, pour les professions couvertes par cet accord, sur les règles de l'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes (procédure de reconnaissance européenne).

Une exception importante à cette nouvelle réglementation est prévue en faveur des accords intercantonaux. En effet, lorsque les cantons prévoient la reconnaissance mutuelle des certificats dans un accord intercantonal, les dispositions de ce dernier l'emportent sur la LMI.

#### c. Droit de recours de la Comco

La révision introduit la possibilité pour la Comco de recourir contre les décisions qui restreignent indûment l'accès au marché. Ce nouvel instrument devra permettre à la Comco de faire clarifier par les tribunaux les questions encore en suspens sur l'accès au marché et de permettre la réalisation du marché intérieur. Ceci est d'autant plus important que les particuliers concernés n'ont fait que rarement usage de leur droit de recours jusqu'ici.

Un débat nourri a été mené devant les Chambres s'agissant de l'étendue du droit de recours de la Comco en matière de marchés publics des cantons et communes. La raison de ces débats est le fait que le droit de recours de la Comco est fondé sur la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, qui prévoit qu'en matière de marchés publics, seules les décisions portant sur des marchés publics excédant les valeurs seuil déterminantes de l'OMC et soulevant des questions juridiques d'importance fondamentale peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Le Conseil national a proposé d'étendre la compétence de recourir de

la Comco devant le Tribunal fédéral aux marchés publics situés en dessous des valeurs seuil déterminantes. Le Conseil des Etats a refusé d'introduire cette exception à la future loi sur le Tribunal fédéral. Après plusieurs allers-retours entre les Chambres, le Conseil national a renoncé à sa proposition et s'est rallié à l'avis de la Chambre haute.

#### d. Autres modifications

Une modification d'une portée assez considérable oblige désormais les cantons et communes, lorsqu'ils renoncent à exploiter eux-mêmes leurs monopoles et en transfèrent l'exploitation à des privés sous la forme de concessions, de le faire par le biais d'un appel d'offres.

Le Parlement a encore entériné diverses autres modifications de moindre importance. Hormis quelques ajustements terminologiques, la loi révisée comprend une précision de la notion d'activité lucrative, définissant le champ d'application matériel de la LMI.

La loi révisée introduit par ailleurs de nouvelles dispositions sur l'entraide administrative, qui doit garantir la collaboration entre la Comco et les autorités concernées en lui conférant une solide base légale. A ceci s'ajoute l'introduction d'une obligation de renseigner pour les particuliers concernés par des investigations de la Comco. Afin que cette obligation soit suivie d'effet, il faut que les cas de non respect ou de violation puisse être condamnés. La loi prévoit donc des sanctions en conséquence.

Le Parlement a enfin ajouté au projet initial une disposition concrétisant le principe dit du Cassis-de-Dijon s'agissant de l'application de la législation fédérale par les cantons. Ainsi, dès lors que la mise en circulation de marchandises, services ou prestations sur le territoire suisse a reçu l'approbation de mise sur le marché dans un canton sur la base d'une loi fédérale, cette autorisation est valable pour tout le territoire suisse.

### 5. Conclusion

L'adoption de la loi révisée constitue un pas important en vue de la création d'un marché intérieur suisse. Pour la Comco, l'adoption de cette loi révisée impliquera un travail accru. D'une part, la législation des cantons et communes devra désormais répondre à des critères plus stricts. La Comco devra y veiller par le biais d'une surveillance, d'une analyse systématique de ces législations et en adressant le cas échéant aux autorités concernées des recommandations. D'autre part, les nouvelles prérogatives qu'elle reçoit impliqueront pour elle un suivi systématique des décisions d'accès au marché des cantons et communes afin de pouvoir exercer efficacement son droit de recours.

A 1	3. <i>Rapporto annuale 2005 della Commissione della concorrenza</i>
-----	---

### **A Introduzione**

Nel 2005, le attività della Commissione della concorrenza (Comco) e della sua segreteria si sono concentrate, da un lato, sui mercati tradizionalmente caratterizzati da una forte regolamentazione. Dall'altro, esse hanno condotto all'avvio di procedure nei settori fortemente cartellizzati onde contribuire alla riduzione del livello dei prezzi in Svizzera.

Nel settore delle telecomunicazioni, ad esempio, sono attualmente pendenti tre inchieste contro Swisscom per abuso di posizione dominante secondo l'articolo 7 della legge federale sui cartelli (LCart) (cfr. B.2.b qui appresso).

In ambito energetico, le autorità della concorrenza hanno trattato numerosi annunci ed hanno portato a termine l'inchiesta relativa ai contratti di partenariato Axpo. La concentrazione delle reti di trasporto intrapresa dalle principali aziende elettriche svizzere in vista della globalizzazione dei mercati energetici è stata oggetto di una procedura d'esame approfondita che si è conclusa con la decisione di imporre diversi oneri (cfr. B.2.d. qui appresso).

Per quanto attiene al settore sanitario, le autorità della concorrenza hanno trattato numerosi annunci riguardanti convenzioni tariffali concluse fra le assicurazioni malattie e gli ospedali (cfr. B.1.e. qui appresso).

Esse sono state altresì chiamate ad esprimere il proprio parere nel quadro delle procedure di consultazione sulle modifiche legali in materia di assicurazione malattia e di politica agricola (cfr. B.1.c e B.2.e qui appresso).

Parallelamente, le autorità della concorrenza si sono adoperate per ridurre il livello dei prezzi in Svizzera focalizzando la propria attenzione, in particolare, sulle concentrazioni intervenute nei mercati del commercio al dettaglio (cfr. B.3.a. qui appresso). In tale settore, il livello dei prezzi resta alto ma, l'arrivo di nuove imprese nell'arco degli ultimi mesi, ha determinato un importante calo.

Anche la decisione adottata a fine anno dalla Comco riguardo alle carte di credito (cfr. B.1.a. qui appresso) va letta nell'ottica della riduzione dei prezzi in Svizzera.

Il 2005 ha inoltre segnato per la Comco la fine della fase transitoria di un anno dall'entrata in vigore della riveduta legge sui cartelli. La segreteria della Comco si è preparata attivamente all'applicazione della legge riveduta creando un centro di competenza Investigazioni e impartendo una specifica formazione ai suoi collaboratori (cfr. B.4 qui appresso).

Nei mesi successivi alla scadenza della disposizione transitoria, la Comco ha altresì dovuto trattare numerosi annunci inoltrati in virtù di tale disposizione. Parallelamente, i vari servizi hanno portato avanti i lavo-

ri riguardanti le numerose procedure avviate o ancora pendenti. Come illustrato di seguito (cfr. B), la Comco ha portato a termine diverse importanti inchieste che erano state precedute da una fitta attività investigativa.

Il rapporto annuale fornisce inoltre indicazioni sull'organizzazione della Comco e della sua segreteria nonché una statistica dei casi trattati e un elenco delle inchieste pendenti a fine 2005 (cfr. C qui appresso). Esso sottolinea anche le difficoltà dovute alla riduzione delle risorse accordate alla segreteria intervenuta parallelamente all'introduzione di nuovi compiti.

Infine, il centro di competenza Mercato interno della segreteria della Comco ha partecipato assiduamente ai lavori preparatori in vista dell'esame da parte delle Camere della revisione della legge sul mercato interno (LMI, RS 943.02). Il testo riveduto è stato approvato dal Parlamento, in votazione finale, il 16 dicembre 2005. Il presente rapporto dedica ampio spazio a questa revisione che dovrebbe consentire di rivitalizzare il mercato interno svizzero eliminando gli ultimi ostacoli cantonali e comunali alla sua realizzazione (cfr. D qui appresso).

### **B Attività nei diversi rami economici**

#### **1. Servizi**

##### **a. Servizi finanziari**

Nel settore delle prestazioni finanziarie, la Commissione della concorrenza ha concluso l'inchiesta sulle **carte di credito** ed ha approvato mediante decisione la conciliazione sottoscritta dagli istituti coinvolti. Oggetto dell'inchiesta era la commissione interbancaria per le transazioni nazionali (cosiddetta **Domestic Multilateral Interchange Fee**; DMIF), pattuita fra gli istituti di emissione delle carte di credito (cosiddetti "issuer", a cui appartengono UBS SA, Credito Svizzero, Cornè Banca SA e Viseca Card Services SA) e gli istituti che svolgono attività di convenzionamento degli esercenti (cosiddetti "acquirer", a cui appartengono attualmente Telekurs Multipay AG e Aduno SA), applicata nei sistemi di carte di credito Visa e MasterCard. Questa commissione definita multilateralmente è corrisposta dall'**acquirer** all'**issuer** in percentuale dell'importo oggetto della transazione (ovvero del prezzo per l'acquisto di una merce o di un servizio).

I sistemi delle carte di credito Visa e MasterCard sono dei sistemi cosiddetti a quattro parti. Da un lato ci sono gli istituti di emissione delle carte di credito e i titolari di dette carte (mercato dell'issuing). Il costo dell'emissione di una carta di credito e dell'utilizzo dei servizi connessi è coperto dalla quota annuale e da diversi altri oneri (commissioni, interessi, tassi di conversione ecc.). Dall'altro, gli **acquirer** che si occupano del convenzionamento di nuovi clienti (esercenti) mediante contratti di affiliazione per l'accettazione delle carte Visa e MasterCard (mercato dell'acquiring). L'esercente convenzionato paga all'**acquirer** una commis-



sione anch'essa commisurata all'importo della transazione. La DMIF è addebitata ai commercianti, in quanto componente di costo, sotto forma di commissione.

In Svizzera, la DMIF è fissata in seno a due consessi, ovvero l'Issuer/Acquirer Forum Visa (IAVF) e il Card Committee MasterCard (CC). Poiché tutti gli istituti di emissione di carte di credito offrono sia i prodotti Visa sia quelli MasterCard (cosiddetto "dual branding"), in entrambi i consessi sono rappresentate le stesse parti. Di conseguenza, l'accordo raggiunto sulla DMIF riguardava circa l'[85%-95%] dell'intero mercato svizzero delle carte di credito.

La Comco ha qualificato la fissazione della DMIF in seno a questi consessi un accordo sui prezzi che, pur non azzerando del tutto la concorrenza sul mercato dell'issuing e dell'acquiring, la limita notevolmente. La Comco ha però anche riconosciuto che nell'ambito di sistemi complessi come quello a quattro parti, una procedura multilaterale di questo tipo può comportare vantaggi dal profilo dell'efficienza (facilitazione dell'accesso al mercato per acquirer esteri, risparmi sui costi di transazione). Ad avviso della Comco, tuttavia, questi vantaggi prevalgono nel sistema delle carte di credito Visa e MasterCard solo se la fissazione multilaterale della DIMF si basa esclusivamente sugli elementi di costo agli issuer dal funzionamento del sistema.

Nel quadro di una dichiarazione d'intenti (convenzione ai sensi dell'art. 29 LCart) le parti si sono impegnate a rispettare una griglia oggettiva dei costi comprendente unicamente gli elementi di costo del sistema. Allo stesso tempo, le parti si sono impegnate a comunicare la DMIF così calcolata non solo all'autorità della concorrenza bensì anche ai commercianti che ne facciano richiesta. Le parti hanno infine deciso di rinunciare alla clausola di non discriminazione nei contratti con gli esercenti.

La Comco ha ritenuto questi impegni idonei a soddisfare le esigenze poste dal diritto della concorrenza. Essi consentono di sfruttare appieno i vantaggi in termini di efficienza del sistema multilaterale senza che la procedura coordinata fra le parti pregiudichi la concorrenza. La trasparenza risultante dalla disponibilità delle parti a comunicare la DMIF migliora la posizione negoziale dei commercianti nei confronti degli *acquirer*. Infine, la rinuncia alla clausola di non discriminazione sottopone il sistema delle carte di credito ad un'accresciuta concorrenza da parte di altri sistemi di pagamento. Per queste ragioni la Comco ha approvato gli impegni assunti dalle parti mediante una conciliazione ai sensi dell'articolo 30 capoverso 1 LCart.

Allo scopo di precorrere le evoluzioni future sul mercato delle carte di credito, la Comco ha fissato per la DMIF un importo massimo calcolato in base alla griglia dei costi, con la conseguenza che l'attuale commissione interbancaria deve essere ridotta ad almeno questo valore nell'arco di un periodo di implementazione della durata di tre anni. Per questo motivo la Comco ha limitato la sua approvazione per un periodo di quattro anni.

Il nuovo accordo è stato sottoscritto dalle parti ancora prima dello scadere del termine transitorio secondo la

riveduta legge sui cartelli del 20 giugno 2003. In questa procedura non vi era dunque più spazio per provvedimenti sanzionatori.

Nel settore delle carte *di debito Maestro*, le parti hanno sospeso il progetto inteso ad introdurre una commissione interbancaria anche per tali carte, poiché la questione che si pone è simile a quella trattata nel dossier delle carte di credito.

La Comco ha infine autorizzato l'acquisto da parte della *Julius Bär Holding SA* delle filiali dell'UBS BDL Banco di Lugano, Ehringer & Armand von Ernst, Ferrier, Lullin & Cie e GAM nonché di altre imprese partecipanti.

#### *b. Assicurazioni*

Nel settore delle assicurazioni, la Comco ha autorizzato diverse *concentrazioni di imprese* nel quadro di un'ampia redistribuzione dei portafogli fra le società Swiss Life, La Vaudoise e Helsana. Il portafoglio delle assicurazioni vita di La Suisse è stato integrato nella società madre Swiss Life, mentre il portafoglio La Suisse degli altri tipi di assicurazione è stato diviso fra Helsana (assicurazione malattie e infortuni) e La Vaudoise (assicurazione veicoli a motore, danni ai beni e alle cose e responsabilità civile). La Vaudoise ha infine ceduto a Swiss Life l'assicurazione vita collettiva. Tutte queste transazioni non sono state giudicate problematiche dal punto di vista della concorrenza.

#### *c. Sanità*

In ambito sanitario, la Comco ha aperto un'inchiesta contro la società *Documed SA*, filiale di Galenica, che pubblica il "Compendio svizzero dei medicinali". Detto compendio contiene tutte le informazioni destinate al personale medico e ai pazienti. L'inchiesta dovrà appurare se Documed SA ha abusato della sua eventuale posizione dominante imponendo prezzi troppo elevati alle imprese farmaceutiche e rifiutando di intrattenere relazioni commerciali con imprese concorrenti. Le autorità della concorrenza hanno altresì stilato numerosi preavvisi (art. 46 LCart) sulle modifiche di atti legislativi riguardanti il settore sanitario. In particolare, esse si sono espresse sulla questione dell'affinamento del sistema di compensazione dei rischi nell'assicurazione malattie di base, sul rimborso dei mezzi e degli apparecchi previsto dalla LAMal e sul messaggio concernente l'iniziativa popolare "Per una cassa malati unica e sociale".

#### *d. Servizi professionali*

Per la prima volta nel campo dei servizi professionali, la Comco ha sanzionato un'impresa per non aver rispettato una sua decisione. Essa ha inflitto una multa di CHF 248'000.- *all'aeroporto di Zurigo (Unique)* per aver violato il provvedimento cautelare deciso dalla Comco (DPC 2004/3, pag. 859 segg.) al fine di garantire una concorrenza efficace sul mercato del servizio di parcheggio noto come "valet parking". La procedura è ancora pendente.

#### *e. Annunci*

Gli assicuratori malattia e gli ospedali hanno annunciato alla segreteria circa 380 *convenzioni tariffali*,

vale a dire eventuali limitazioni della concorrenza, secondo le disposizioni finali della riveduta LCart. Le convenzioni annunciate riguardano quasi esclusivamente il settore delle assicurazioni complementari private o semiprivate. Una piccola parte delle convenzioni tariffali annunciate è ritenuta problematica dal punto di vista della LCart e le prime procedure in virtù dell'articolo 27 LCart potranno essere aperte a inizio 2006.

La segreteria ha altresì esaminato in modo critico la conformità di varie **raccomandazioni di prezzo formulate da associazioni professionali** nel campo sanitario e delle libere professioni. Grazie all'intervento della segreteria, quasi tutte le tariffe problematiche sono state soppresse o adattate alle esigenze della LCart (schemi di calcolo per le prestazioni veterinarie, tariffe dell'Associazione svizzera dei naturopati NVS, tariffa della Società svizzera dei medici per la terapia biofisica dell'informazione SABIT, tariffe dell'Associazione Svizzera d'Assicurazioni ASA per i premi netti dell'assicurazione infortuni, tariffa dell'Associazione svizzera dei costruttori navali ASCN e tariffa dell'Associazione degli importatori svizzeri di motori per imbarcazioni VSIM). Per quanto riguarda la tariffa dell'Unione svizzera degli installatori elettricisti (USIE) nonché un'altra tariffa sempre nell'ambito delle installazioni elettriche è stata aperta una procedura ai sensi dell'articolo 26 segg. LCart.

A seguito di un annuncio, infine, la segreteria ha aperto un'inchiesta nei confronti della **SWX Swiss Exchange** per determinare se l'obbligo imposto ai suoi partecipanti di eseguire gli ordini di acquisto e di vendita presso la borsa svizzera sia da considerare un abuso di posizione dominante. Secondo le condizioni generali della SWX Swiss Exchange, durante le ore di negoziazione, i partecipanti devono registrare gli ordini di acquisto e di vendita nel book di negoziazione della SWX Swiss Exchange, sempre che il valore degli ordini non ecceda determinati limiti fissi.

## 2. Infrastruttura

### a. Prezzo unico dei libri

La Comco ha trattato per la seconda volta la questione del **prezzo unico dei libri** in Svizzera. La Comco aveva decretato una prima volta l'illiceità del prezzo unico nel settembre 1999. In seguito ad un ricorso, il Tribunale federale ha rinviato il fascicolo alla Comco incaricandola di esaminare se l'importante limitazione della concorrenza indotta dall'applicazione di un prezzo unico poteva essere giustificata da motivi di efficienza economica. La Comco ha dunque esaminato se l'applicazione di un prezzo unico avrebbe portato ad un'estensione dell'assortimento, a una maggiore diversificazione dei prodotti o a un miglioramento delle vendite grazie ad una maggiore densità dei punti vendita e ad una migliore consulenza. Essa ha constatato che i pretesi effetti positivi del prezzo unico dei libri non hanno potuto essere dimostrati e non possono giustificare la limitazione della concorrenza; pertanto, essa va considerata illecita. In virtù della legge sui cartelli (DPC 2005/2, pag. 269 segg.), inoltre, la Comco non può tenere conto dell'eventuale auspi-

cabilità di un tale sistema per motivi di politica culturale.

### b. Telecomunicazioni

Nel settore delle telecomunicazioni la Comco ha aperto una nuova inchiesta per determinare se Swisscom abusa di una posizione dominante attraverso la sua politica dei prezzi per i servizi **ADSL**. Swisscom mette la propria rete a disposizione di altri fornitori di servizi Internet affinché possano offrire i servizi ADSL. I prezzi di questa offerta sono tuttavia elevati rispetto ai prezzi fatturati ai clienti finali di Bluewin, filiale di Swisscom. E' dunque possibile che altri fornitori di servizi Internet non dispongano di un margine di manovra sufficiente.

La segreteria della Comco ha altresì proseguito i suoi lavori relativi ad altre tre procedure d'inchiesta pendenti. Nell'inchiesta riguardante l'offerta combinata di Swisscom denominata **"Talk & Surf"**, si tratta di determinare se il rifiuto da parte di Swisscom di offrire ad altri operatori di telecomunicazioni interessati la possibilità di rivendere l'allacciamento telefonico, con la conseguenza che per gli altri operatori risulta impossibile offrire un pacchetto simile a fatturazione unica, costituisce un abuso di posizione dominante. L'inchiesta **"Servizi di telefonia per clienti commerciali"** dovrà determinare se si è in presenza di un abuso di posizione dominante del tipo "price squeeze" considerato che i prezzi delle prestazioni a monte fatturate ad altri operatori della telecomunicazione si situano, in alcuni casi, al di sopra dei prezzi che Swisscom fattura ai propri clienti commerciali. La terza inchiesta riguarda i costi di terminazione sul mercato della telefonia mobile.

La Comco ha inoltre approvato la partecipazione di Swisscom a **Cinetrade** (DPC 2005/2, pag. 363 segg.). La partecipazione a Cinetrade, società di gestione di diritti cinematografici e azionista del fornitore della pay TV Teleclub, facilita l'accesso di Swisscom al mercato della distribuzione dei film e le consente di integrare alle sue attività di base (telefonia e Internet) la televisione (triple play). Al centro dell'esame della Comco sono stati gli eventuali vantaggi derivanti dall'integrazione verticale della piattaforma pay TV di Teleclub con l'infrastruttura di Swisscom. Dall'esame è emerso che la concentrazione non si traduce in una posizione dominante né sul mercato della televisione a pagamento né su quello dell'acquisto dei diritti di distribuzione dei film e dei programmi sportivi (premium content).

### c. Media/pubblicità

Nell'ambito del controllo delle concentrazioni nel settore dei media / pubblicità, la Comco si è occupata dell'acquisto di Homegate AG da parte di Tamedia AG e Edipresse Publications SA. L'esame approfondito della concentrazione ha permesso di stabilire che l'acquisto di Homegate, la piattaforma immobiliare Internet meglio affermata in Svizzera, da parte delle piattaforme immobiliari Tamedia e Edipresse non comportano una posizione dominante sul mercato degli annunci immobiliari on-line né nella regione zurighese né tantomeno in quella del Lago Lemano.

La competitività di altre piattaforme immobiliari e l'elevata dinamicità del mercato non impediscono alla concorrenza di esercitare il proprio ruolo.

#### d. *Elettricità*

In virtù della disposizione transitoria della LCart, la Comco ha ricevuto 34 *annunci* che hanno ampiamente occupato la segreteria fino alla fine dell'anno. La maggior parte di questi annunci riguardava i contratti esclusivi di lunga durata conclusi dalle aziende elettriche con i clienti finali. L'esame di questi annunci ha consentito di definire una prassi in materia confermata dalla decisione della Comco sui partenariati di distribuzione *Axpo*. La Comco ha dichiarato compatibili con la LCart i contratti di fornitura esclusivi per diversi anni se rispondono a due condizioni: a) se sono legati all'obbligo di approvvigionamento integrale del cliente finale, e b) se ai clienti sono proposti oltre ai contratti di lunga durata anche contratti di approvvigionamento per la durata massima di un anno.

Per quanto riguarda la concentrazione delle reti di trasporto delle aziende elettriche Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ e NOK (*Swissgrid*), essa è stata autorizzata vincolandola al rispetto di diversi oneri. L'esame approfondito di questo progetto dimostra che esso crea una posizione dominante sul mercato del trasporto dell'elettricità in diverse regioni svizzere. La Comco ha quindi vincolato la realizzazione della concentrazione a diversi oneri onde garantire che il miglioramento delle condizioni della concorrenza sul mercato dell'approvvigionamento elettrico, derivante dalla concentrazione, si realizzi in misura sufficiente. L'obiettivo di detti oneri è di facilitare il transito dell'elettricità, di consentire una sorveglianza efficace delle tariffe di Swissgrid e di evitare eventuali conflitti d'interesse in seno a Swissgrid (DPC 2005/2, pag. 347 segg.).

#### e. *Agricoltura*

In ambito agricolo la Comco si è pronunciata nel quadro della consultazione sulla *politica agricola 2011*. Essa si schiera a favore di una più ampia deregolamentazione e per l'abbandono delle misure di protezione doganale. Occorre in particolare evitare che la regolamentazione statale venga sostituita da restrizioni alla concorrenza di natura privata tollerate, se non addirittura incoraggiate, dallo Stato.

Nel quadro di un'inchiesta preliminare riguardante l'attribuzione di mandati di *immagazzinamento delle patate*, la segreteria della Comco è giunta alla conclusione che non vi è concorrenza efficace in questo settore. Ciò dipende innanzitutto dal fatto che le condizioni quadro sono regolamentate (DPC 2005/3, pag. 470 segg.) Le raccomandazioni della segreteria al riguardo sono state prese in debita considerazione nel quadro della politica agricola 2011.

Un'altra inchiesta preliminare sulla riorganizzazione del mercato del *latte bio*, avviata da Bio Suisse, sembrerebbe dimostrare che la riorganizzazione in questione riduce artificialmente l'offerta di latte prodotto biologicamente (DPC 2005/3, pag. 458 segg.). Se tale

conclusione venisse confermata, la Comco si riserva di aprire una procedura d'inchiesta.

#### f. *Ambiente*

Per quanto attiene all'ambiente, la Comco ha chiuso l'inchiesta sullo smaltimento delle apparecchiature elettriche. Essa è giunta alla conclusione che le disposizioni della Swico e della S.EN.S circa il prelievo di una tassa di riciclaggio anticipata non sono oppugnabili dal profilo del diritto dei cartelli. Altrettanto ammissibile è la convenzione tra la Swico e la S.EN.S che stabilisce chi smaltisce quale tipo di apparecchiatura (DPC 2005/2, pag. 251 segg.).

### 3. *Industria e produzione*

L'anno trascorso è stato segnato da un numero crescente di denunce nel settore delle restrizioni alle importazioni parallele e delle differenze di prezzo fra la Svizzera e i paesi dell'Unione europea. Nello stesso periodo, il servizio Industria e produzione ha visto diminuire il proprio organico del 20%. Per compensare la riduzione del personale le procedure hanno dovuto essere focalizzate sull'analisi spesso molto sommaria dell'eventuale esistenza di limitazioni ai sensi dell'articolo 5 capoversi 3 e 4 LCart.

#### a. *Commercio al dettaglio*

Per quanto concerne il commercio al dettaglio, l'anno trascorso è stato caratterizzato da un numero considerevole di concentrazioni di imprese e da diversi casi, ampiamente mediatizzati, di impedimento delle importazioni parallele.

La Comco ha analizzato con particolare attenzione l'assunzione paritetica del controllo di *Cevanova* (attiva nel settore dei convenience-shop) da parte di *Migros* e *Valora* nonché l'acquisto di *Pick Pay* da parte di *Denner*. Per fugare i timori della Comco circa la problematica della dipendenza economica, Denner si è impegnata a trovare delle soluzioni individuali con i fornitori di bevande alcoliche che si trovassero in tale situazione. Queste operazioni di concentrazione non sono state sottoposte ad esami approfonditi ma hanno permesso di confermare la dinamica alla base della concorrenza che anima tale mercato e ciò, in particolare, da quando sul mercato svizzero sono giunte nuove imprese.

Nel quadro dell'inchiesta *CoopForte*, la segreteria della Comco ha altresì controllato se la conciliazione conclusa con Coop è stata effettivamente rispettata. Coop si era impegnata a verificare, nel corso dei sei mesi successivi, se il prelievo del bonus CoopForte, pari allo 0,5%, fosse giustificato. Coop si era altresì impegnata a rimborsare retroattivamente il bonus ai fornitori che potevano dimostrare in modo attendibile di non ricevere nessuna controprestazione corrispondente dalla parte di Coop (DPC 2005/1, pag. 146 segg.)

Quanto all'inchiesta preliminare aperta contro *Nespresso* non è stato possibile determinare la presenza di accordi illeciti tra Nestlé e i suoi distributori in merito alla distribuzione delle macchine da caffè e delle capsule. L'inchiesta preliminare ha invece permesso di

accertare che la differenza di prezzo delle capsule fra la Svizzera e i paesi europei è praticamente insignificante.

Un'inchiesta preliminare è inoltre stata aperta nei confronti della *Ferrero* per determinare se vi sono indizi secondo cui la differenza di prezzo tra la Svizzera e il SEE per alcuni prodotti Ferrero sarebbe imputabile ad accordi illeciti in materia di concorrenza e dunque contraria alla LCart.

### **b. Costruzione**

Nel mercato della costruzione, la segreteria ha condotto due inchieste, diverse inchieste preliminari e ha sottoposto a esame una concentrazione d'impresa. Infine, la segreteria ha dovuto occuparsi di un numero estremamente elevato di annunci e di richieste di consulenza.

Nell'aprile 2005, un'inchiesta è stata aperta contro l'insieme delle aziende ticinesi produttrici di *asfalto* o attive nella *pavimentazione stradale*. L'inchiesta preliminare ha fornito gli indizi di una ripartizione del territorio ticinese nonché di una rotazione al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici per i lavori di pavimentazione delle strade. Esistono inoltre indizi riguardanti un accordo sui prezzi dell'asfalto e del suo trasporto. L'obiettivo dell'inchiesta è determinare se esistono accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 LCart e se vi è abuso di un'eventuale posizione dominante ai sensi dell'articolo 7 della stessa legge.

Nel Cantone dei Grigioni, il dipartimento responsabile per i ponti e le strade ha rimproverato all'azienda produttrice di rivestimenti bitumosi - alla quale partecipano in qualità di azionisti quasi tutte le imprese grigionesi di costruzione della rete stradale - di svantaggiare le aziende esterne al Cantone in particolare in materia di prezzi. A seguito dell'inchiesta preliminare, le aziende grigionesi hanno adeguato il loro comportamento. Ora le aziende esterne al Cantone sono soggette alle stesse condizioni delle aziende locali.

La segreteria ha altresì portato avanti l'inchiesta aperta alla fine del 2004 sui prezzi del cemento e del calcestruzzo del cantiere della *NFTA*. L'inchiesta intende appurare se sono stati conclusi accordi contrari alla legge sui cartelli tra i produttori di cemento e/o i produttori di calcestruzzo per l'aggiudicazione dei lavori relativi alle principali tappe della galleria.

Durante il quarto trimestre la Comco ha ricevuto l'annuncio riguardante il progetto di concentrazione tra l'impresa di costruzione svizzera *Zschokke* e *Bati-group* per la creazione di una nuova società denominata *Implenia*. L'inchiesta preliminare ha rilevato degli indizi secondo cui la concentrazione progettata potrebbe creare o rafforzare una posizione dominante su determinati segmenti di mercato. La Comco ha pertanto deciso di sottoporre il progetto di concentrazione ad un esame approfondito.

### **c. Automobili**

Per quanto riguarda il mercato automobilistico, il 2005 è stato dedicato alla verifica dell'applicazione

della Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali nel settore del commercio di autoveicoli.

Un periodo transitorio, scaduto il 31 dicembre 2004, era infatti stato accordato agli operatori del settore (costruttori di autoveicoli/importatori/fabbricanti di materiale elettrico ed elettronico per adeguare i loro contratti di distribuzione a detta Comunicazione. La verifica svolta dalle autorità della concorrenza ha permesso di constatare che la Comunicazione è stata ben accolta dalla maggioranza dei professionisti del settore. Nonostante ciò, un esame approfondito dei contratti di distribuzione ha rivelato come, in alcuni casi, si pongano ancora problemi di conformità alla Comunicazione. Questi casi sono oggetto di inchieste preliminari condotte dalla segreteria della Comco.

Nel quadro di una procedura di opposizione ai sensi dell'articolo 49a LCart, inoltre, la segreteria della Comco ha trovato un accordo con la *BMW (Svizzera) SA*. L'accordo in questione consente ai distributori svizzeri autorizzati di rifornirsi in autoveicoli nuovi o in pezzi di ricambio originali presso qualunque distributore autorizzato della marca in seno al SEE. Allo stesso modo, i distributori svizzeri autorizzati possono vendere i veicoli nuovi o i pezzi di ricambio originali a clienti finali o ad altri distributori autorizzati ovunque all'interno del SEE. BMW (Svizzera) SA si è altresì impegnata a comunicare i termini di questo accordo alla sua rete svizzera di distributori autorizzati.

### **d. Industria orologiera**

L'autorità della concorrenza ha dovuto occuparsi dell'industria orologiera in due occasioni. Per quanto riguarda l'azienda orologiera *ETA SA*, la Comco ha precisato il comportamento che deve essere adottato dall'azienda al fine di applicare la conciliazione scaturita dalla decisione dell'8 novembre 2004 (DPC 2005/1, 128 segg., *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*). ETA deve continuare a fornire movimenti grezzi (cosiddetti "ébauches") alle aziende che erano clienti durante gli anni presi in considerazione nella conciliazione. Questo permetterà di determinare le quantità che ETA dovrà fornire fino al 2008/2010.

Per quanto riguarda la *Nivarox* l'inchiesta preliminare è stata chiusa. Durante gli ultimi due anni considerati, infatti, non è stato rilevato alcun comportamento abusivo.

### **e. Altri settori**

Il servizio Industria e produzione si è occupato anche di altri settori; segnaliamo qui i risultati di alcuni fra i casi più importanti.

Un'inchiesta preliminare è stata aperta contro SIEA (Swiss Interactive Entertainment Association) per verificare se il codice di comportamento PEGI (Pan European Game Information) che obbliga il produttore di *videogiochi* a indicare sulla confezione l'idoneità per uno specifico gruppo d'età aveva l'effetto di bloccare le importazioni parallele. L'inchiesta si è conclusa con l'adeguamento del codice in questione alle norme del diritto sui cartelli.

In ambito *sportivo*, l'Associazione svizzera di pallavolo (Swiss Volley) si è impegnata, nel quadro di un'inchiesta preliminare, ad adottare un comportamento conforme alla legge sui cartelli e alla Comunicazione "omologazione e sponsoring degli articoli sportivi" (cfr. DPC 1998/1, pag. 158 segg.). In particolare, l'associazione rinuncia ad imporre l'uso esclusivo di un determinato pallone nelle partite di alcune leghe per la durata dell'intera stagione sportiva.

Infine, la segreteria è stata invitata a verificare il rispetto dei principi del diritto in materia di concorrenza nell'ambito dell'acquisto di *elicotteri* da parte del Consiglio federale previsto dal Programma d'armamento 2005. Dopo aver ricevuto una denuncia da parte di Agusta, azienda che aveva presentato un'offerta, la segreteria ha avviato le proprie indagini a fine novembre 2005.

#### 4. Centro di competenza Indagini

Grazie alle sue nuove competenze in materia di perquisizioni, la segreteria ha creato un centro di competenza Indagini che è stato incaricato di garantire la formazione dei collaboratori della segreteria e di elaborare i documenti di lavoro necessari allo svolgimento di questo compito. La formazione è stata impartita da specialisti dell'Amministrazione federale (dogane, polizia federale, amministrazione delle contribuzioni) nonché da esperti provenienti da Gran Bretagna, Paesi Bassi e Germania.

Il centro di competenza ha altresì intrattenuto colloqui con i rappresentanti di Industrieholding, ovvero della Federazione delle società holding svizzere, sulla "compliance antitrust" e sulla portata del segreto professionale dei giuristi d'impresa. Consapevole dell'importanza di questi due elementi nell'ambito della conoscenza della LCart in seno alle imprese, esso segue l'evoluzione della giurisprudenza elvetica in questo ambito e gli sviluppi della pratica internazionale.

#### 5. Relazioni internazionali

Dal 2003, l'autorità della concorrenza può vantare una rappresentanza e una presenza di rilievo sul palcoscenico internazionale. Grazie a questa presenza è stato possibile allacciare stretti contatti con un gran numero di autorità estere il che ha facilitato l'applicazione della LCart in particolare nel settore della concentrazione d'impresе con un risparmio fino all'80% delle risorse destinate ad alcuni casi di portata globale. Sempre questa presenza internazionale ha reso possibili lo scambio di informazioni tecniche e il sostegno alla formazione (cfr. centro di competenza Indagini). Si sono infine avute visite ufficiali in Svizzera (ad es. da parte della Germania) e all'estero (ad es. nel Taipei Cinese).

**OCSE:** nel corso del 2005, diversi rappresentanti della segreteria della Comco hanno fatto parte della delegazione svizzera che ha partecipato agli incontri tenuti presso la sede OCSE a Parigi. I rappresentanti della Comco sono intervenuti alle diverse discussioni dei gruppi di lavoro OCSE ed hanno fornito contributi scritti sui temi trattati. La Svizzera è inoltre stata oggetto di un esame di esperti dell'OCSE incaricati di

valutare l'evoluzione delle riforme nell'ambito della regolamentazione. Il capitolo tre di questo esame riguardava la politica della concorrenza; durante la sessione di Parigi, che ha richiesto un importante lavoro di preparazione, il presidente della Comco ha potuto rispondere agli esperti nominati dall'OCSE per analizzare la situazione in Svizzera. La segreteria della Comco ha altresì collaborato con il seco nel contesto dello studio economico che l'OCSE ha condotto sulla Svizzera.

**RIC:** la Commissione della concorrenza e la segreteria hanno partecipato alla quarta conferenza annuale della Rete internazionale della concorrenza (RIC) tenutasi a Bonn. Con 400 partecipanti si è trattato della più grande manifestazione ad oggi che ha visto riuniti esperti del diritto della concorrenza da tutto il mondo. La segreteria ha altresì presenziato alla riunione dell'"International cartel workshop" tenutasi a Seul. In vista della conferenza annuale dell'RIC che si terrà in Svizzera nel 2009, il nostro Paese è ora membro del gruppo direttivo ("steering group") di detta Rete. Le altre attività in seno ai vari gruppi di lavoro si sono svolte facendo capo alle strutture esistenti.

**UNCTAD:** nel quadro di un programma di aiuto allo sviluppo (Compal) a favore di cinque paesi dell'America latina, sostenuto dal seco e realizzato in collaborazione con l'UNCTAD, la segreteria si è avvalsa di tre stagisti provenienti dalla Bolivia per un periodo di tre mesi ciascuno. L'esperienza si è rivelata estremamente positiva. La segreteria è altresì intervenuta alla quinta conferenza delle Nazioni Unite sui principi e le regole multilaterali in materia di controllo delle pratiche commerciali restrittive ("Fifth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices"); durante tale conferenza, tenutasi in Turchia, la Svizzera ha assunto il ruolo di paese esaminante nel quadro della peer review del Kenya.

**CUTS:** in collaborazione con il seco, la Comco sostiene un progetto della durata di due anni nei Paesi del Mekong battezzato "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong" e diretto dall'organizzazione non governativa Consumer Unity Society (CUTS). La Comco e la sua segreteria hanno partecipato all'incontro intermedio ("project interim meeting") che si è svolto ad Hanoi nell'agosto 2005 per discutere dei risultati del primo anno e allestire un piano d'azione per il secondo anno finalizzato al potenziamento concreto delle competenze legate alle politiche della concorrenza. L'incontro è stato preceduto da un seminario di due giorni con le autorità vietnamite della concorrenza (VCAD) sul tema delle fusioni e delle acquisizioni, al quale la Comco ha partecipato attivamente in qualità di esperto.

#### 6. Prospettive

Nel 2006 l'attenzione delle autorità della concorrenza sarà focalizzata sulle procedure riguardanti i cartelli orizzontali e gli accordi verticali hard core (art. 5 cpv. 3 e 4 LCart) nonché gli abusi di posizione dominante (art. 7 LCart) ai sensi della legge riveduta.

Nel contempo, esse porteranno a termine, nella misura del possibile, le inchieste in sospeso (cfr. D 4. qui di seguito) e ne apriranno di nuove laddove dalle inchieste preliminari emergano indizi di una limitazione illecita della concorrenza.

Non da ultimo, la Comco e la sua segreteria si prepareranno all'applicazione della riveduta legge sul mercato interno la cui entrata in vigore è prevista per l'estate 2006.

### C Organizzazione e statistica

#### 1. Comco

Nel corso del 2005, la composizione della Comco ha subito le seguenti modifiche: il prof. PETER ZWEIFEL dell'Università di Zurigo e il prof. MARCO BORGHI dell'Università di Friburgo hanno dimissionato per fine ottobre 2005. Il 1° novembre 2005 sono subentrati al loro posto, su nomina del Consiglio federale, il dott. STEFAN BÜHLER, assistente superiore presso l'Università di Zurigo, e il prof. VINCENT MARTENET dell'Università di Losanna.

Nel 2005 la Comco si è riunita in seduta 19 volte; una di queste giornate di riunione si è tenuta "extra muros" all'Università di Zurigo. Nell'ambito di una giornata informativa interna tenutasi il 30 maggio 2005 sul tema della convergenza nel settore delle telecomunicazioni, la Comco ha chiesto ad esperti del settore di illustrare i possibili sviluppi futuri nel mercato delle telecomunicazioni.

#### 2. Segreteria

A fine 2005, la segreteria impiegava 57 collaboratori (a tempo pieno e parziale) 49% dei quali di sesso femminile. Il totale dei posti di lavoro era di 52, ovvero 3,5 posti in meno rispetto alla fine del 2004.

La perdita delle percentuali d'impiego menzionate è riconducibile a tre fattori:

- in rapporto con la revisione del 2003, la segreteria della Comco ha ricevuto unicamente i mezzi finanziari necessari per 10 invece che per 15 nuovi posti di lavoro;
- il programma di sgravio 2004 (PS 04) e il piano di rinuncia a determinati compiti in seno all'Amministrazione federale (PRC) implicano la soppressione entro la fine del 2008 di 3,5 posti di lavoro;
- poiché praticamente tutti i collaboratori della segreteria della Comco non hanno esaurito le possibilità di aumento dello stipendio, il "costo" annuo di tali aumenti, previsti per legge, è pari a quello di un posto e mezzo di lavoro.

A ciò si aggiunge che, nel quadro del PRC, i crediti per i praticanti sono stati decurtati rispetto al 2005 di circa il 50 per cento; si è così assistito alla soppressione di 3 posti per praticanti.

In assenza di contromisure, la segreteria della Comco perderà entro la fine del 2008 ben 9,5 posti di lavoro ovvero circa il 25% dei collaboratori scientifici che contava a fine 2004. Con la riduzione d'organico, l'autorità della concorrenza è costretta a concentrarsi solo

su alcune procedure operando anche qui una selezione; inoltre, mancano le risorse per la consulenza e i pareri sugli atti legislativi e diminuisce la probabilità che si possa intervenire efficacemente contro le limitazioni della concorrenza. L'applicazione della legge resta dunque garantita, ma si riduce notevolmente il campo d'intervento.

La segreteria e il presidente della Comco hanno informato il DFE e il capo dipartimento dei problemi di organico. Il DFE e la Comco cercheranno assieme di chiarire come si potrà garantire l'applicazione delle misure più incisive della legge sui cartelli.

#### 3. Statistica

Inchieste	2004	2005
Eseguite durante l'anno	24	15
Riprese dall'anno precedente	21	12
Aperture d'inchiesta	3	3
Decisioni finali	10	4
di cui: adeguamenti del comportamento	1	1
di cui: conciliazioni	2	1
di cui: ordini delle autorità	3	1
Misure cautelari	1	1
Procedimenti sanzionatori	0	1
Inchieste preliminari	2004	2005
Eseguite durante l'anno	47	75
Riprese dall'anno precedente	25	37
Aperture d'inchiesta preliminare	22	38
Chiusure	20	28
di cui: con apertura di un'inchiesta	3	2
di cui: con adeguamento del comportamento	2	15
di cui: senza seguito	13	11
Annunci	2004	2005
Secondo la disposizione transitoria del 20 giugno 2003	154	487
Secondo l'articolo 49a capoverso 3 lettera a LCart	7	40

Consulenze secondo le disposizioni rivedute	56	<b>53</b>
Osservazioni di mercato	2004	<b>2005</b>
Eseguite durante l'anno	102	<b>46</b>
Concluse	82	<b>29</b>
Ancora aperte	20	<b>17</b>
Concentrazioni	2004	<b>2005</b>
Annunci	21	<b>27</b>
Nessuna obiezione dopo l'esame preliminare	16	<b>24</b>
Esami	6	<b>6</b>
Decisioni della Comco	2	<b>1</b>
Esecuzione anticipata	2	<b>0</b>
Sanzioni	2	<b>0</b>

Perizie, raccomandazioni, prese di posizione ecc.	2004	<b>2005</b>
Perizie (art. 15 LCart)	3	<b>2</b>
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	<b>2</b>
Perizie (art. 47 LCart o 11 LTC)	7	<b>5</b>
Prese di posizione sulle domande di concessione secondo la LRTV	13	<b>7</b>
Controlli successivi	1	<b>1</b>
Comunicazioni (art. 6 LCart)	1	<b>1</b>
LMI	2004	<b>2005</b>
Raccomandazioni / Inchieste (art. 8 LMI)	1	<b>1</b>
Perizie (art. 10 cpv. 1 LMI)	0	<b>0</b>
Chiarimenti (segreteria)	3	<b>4</b>

#### 4. Inchieste svolte nel 2005

<i>Inchiesta</i>	<i>Inchiesta aperta in base a indizi di:</i>	<i>Data apertura</i>	<i>Data chiusura</i>	<i>Risultato</i>
Elektra Baselland	Rifiuto illecito del transito sulla propria rete della corrente di un fornitore concorrente	04.08.2000	pendente	Eventuale decisione parziale riguardante la deroga di cui all'art. 3 cpv. 1 LCart
Carte di debito	Abuso di posizione dominante sul mercato, divieto di differenziare i prezzi in funzione del mezzo di pagamento	29.01.2002	pendente	La procedura è stata sospesa fino al momento in cui sarà resa una decisione per le carte di credito
Partenariati di distribuzione Axpo	Abuso di posizione dominante sul mercato nei confronti dei distributori finali di energia elettrica	27.03.2002	19.12.2005	Dopo l'adeguamento del comportamento, nessun indizio circa un abuso di posizione dominante sul mercato
SWICO/S.EN.S	Accordo illecito sulla concorrenza relativo allo smaltimento di apparecchiature elettriche	16.05.2002	21.03.2005	L'accordo sull'organizzazione di mercato è giustificato da ragioni di efficienza economica*
Teleclub/Cablecom	Abuso di posizione dominante sul mercato dovuto alla non attivazione di Teleclub digitale sulla rete CATV	23.09.2002	pendente	Le misure cautelari sono state oggetto di ricorso davanti al TF*

\* Il ricorso è pendente davanti alla Reko-Wef.

Tariffe di terminazione nel settore della telefonia mobile	Posizione dominante degli operatori di telefonia mobile sulle proprie reti nonché accordi sulle tariffe di terminazione	15.10.2002	pendente	La competenza della Comco è stata contestata. La REKO ha impiegato più di un anno per prendere una decisione su questo punto
Publicitas	Abuso di posizione dominante sul mercato a causa di discriminazione	06.11.2002	pendente	La procedura è stata sospesa in vista della negoziazione di una conciliazione
Prezzi dei libri imposti (sistema del Sammelrevers)	Accordo illecito sui prezzi (in seguito alla decisione del Tribunale federale la Comco procede ad un'esame dell'efficienza)	02.12.2002	21.03.2005	Accordo illecito sui prezzi che non può essere giustificato da motivi di efficienza economica*
Aeroporto Zurigo - Valet Parking	Abuso di posizione dominante sul mercato attraverso il mancato rilascio di concessioni per i servizi di parcheggio	01.12.2003	pendente	Misura cautelare nei confronti dell'aeroporto di Zurigo, in data 1.12.2003, per il mantenimento dello status quo; sanzione, in data 5.12.2005 per violazione della misura cautelare*
Interchange Fee	Accordo illecito in materia di concorrenza tra i sistemi di carte di credito relativo all'Interchange Fee (commissione interbancaria)	15.12.2003	5.12.2005	Conciliazione riguardante un calcolo oggettivo della commissione interbancaria
Swisscom "Talk & Surf"	Abuso di posizione dominante attraverso l'offerta di "pacchetti" di prestazioni	16.02.2004	pendente	
Servizi di telefonia per i clienti commerciali di Swisscom	Abuso di posizione dominante attraverso price squeeze	16.02.2004	pendente	
Prezzo del cemento e del calcestruzzo NFTA	Accordi sui prezzi nell'ambito della messa a concorso, ev. abuso di posizione dominante	22.11.2004	pendente	
Pavimentazioni stradali nel Cantone Ticino	Ripartizione territoriale nell'ambito delle procedure di aggiudicazione; abuso di posizione dominante sul mercato	08.04.2005	pendente	
Dati e software nell'ambito della sanità svizzera	Prezzi eccessivi per il Compendio dei medicinali	21.06.2005	pendente	
Swisscom - ADSL (politica dei prezzi)	Prezzi delle prestazioni intermedie a carico di altri fornitori di servizi Internet eccessivamente elevati rispetto ai prezzi praticati ai clienti finali (price-squeeze)	20.10.2005	pendente	

\* Il ricorso è pendente davanti alla Reko-Wef.



## **D Revisione della legge sul mercato interno**

### **1. Legge in vigore**

Entrata in vigore il 1° luglio 1996, la legge federale sul mercato interno (LMI) ha lo scopo di eliminare le restrizioni di diritto pubblico all'accesso al mercato decise da Comuni e Cantoni. Essa si prefigge di facilitare la mobilità professionale, stimolare gli scambi economici e rafforzare la competitività dell'economia svizzera. In questo senso, fa da parallelo alla legge sui cartelli che mira ad eliminare le restrizioni di diritto privato nocive per la concorrenza.

La LMI è concepita come una legge quadro. Indirizzata ai Cantoni e ai Comuni, essa non ha l'ambizione di armonizzare a livello nazionale le diverse regolamentazioni cantonali e comunali riguardanti l'accesso al mercato, bensì si limita ad enunciare esigenze minime che devono essere rispettate allo scopo di concretizzare un vero e proprio mercato interno svizzero.

Essa si basa essenzialmente sul principio che disciplina il libero accesso al mercato in virtù delle prescrizioni del luogo d'origine. Stando a tale principio, chiunque abbia il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera ha il diritto di offrire merci, servizi o prestazioni di lavoro su tutto il territorio svizzero a condizione che l'esercizio dell'attività lucrativa in questione sia autorizzata nel Cantone o nel Comune di domicilio o di sede. La legge prevede parallelamente le condizioni alle quali la libertà d'accesso al mercato può essere oggetto di restrizioni nei confronti degli offerenti esterni: dette restrizioni devono essere giustificate da interessi pubblici preponderanti, devono applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali e devono essere conformi al principio della proporzionalità.

Sempre in virtù del principio del luogo d'origine, la LMI prevede il riconoscimento reciproco dei certificati di capacità cantonali per l'esercizio di un'attività lucrativa.

Il diritto di accedere liberamente al mercato si estende anche agli appalti pubblici di Comuni e Cantoni.

Sul piano istituzionale, la Commissione della concorrenza (Comco) è incaricata di vigilare sul rispetto della LMI. Essa può rivolgere ai Comuni e ai Cantoni delle raccomandazioni riguardanti atti legislativi previsti o vigenti e stilare delle perizie. A differenza della legge sui cartelli, la LMI non conferisce alla Comco il diritto di pronunciare decisioni vincolanti.

La concretizzazione del libero accesso al mercato secondo i principi della legge sul mercato interno è compito dei singoli interessati ai quali la LMI accorda il diritto di ricorso contro le restrizioni a cui potrebbero essere sottoposti.

### **2. Ragioni della revisione**

Allo stato attuale, gli effetti della LMI sono piuttosto modesti: vi è in effetti un'importante disparità fra gli obiettivi perseguiti e gli effetti reali della LMI. Stando ad un'analisi approfondita della situazione, eseguita dall'Organo parlamentare di controllo dell'amministrazione nel febbraio 2000 su richiesta della Commis-

sione della gestione del Consiglio nazionale, ciò è riconducibile a tre fattori principali.

Innanzitutto, i Comuni e i Cantoni dovevano munirsi di una legislazione conforme alla LMI. Lo sforzo intrapreso in tal senso si è rivelato relativamente limitato perché questi enti pubblici non sottostanno all'obbligo di annuncio nei confronti della Comco e non sono tenuti ad applicarne le raccomandazioni.

In secondo luogo, il Tribunale federale ha emanato diverse decisioni basate sulla LMI con le quali non ha proprio contribuito a far trionfare il principio del libero accesso al mercato secondo le prescrizioni del luogo d'origine. In effetti, esso ha spesso privilegiato il principio del federalismo alla costruzione di uno spazio economico interno omogeneo. Così, ad esempio, ha deciso di escludere la libertà di domicilio dal principio del libero accesso al mercato con la conseguenza che una parte importante dell'economia, ovvero tutte le professioni per le quali è necessario eleggere il domicilio nel luogo in cui sono esercitate (ristorazione, professioni mediche e paramediche ecc.), è stata esclusa dal campo d'applicazione della LMI proprio dalla giurisprudenza del Tribunale federale.

Infine, vista la giurisprudenza restrittiva del Tribunale federale, ma anche la complessa procedura di ricorso contro un rifiuto di concedere l'accesso al mercato, i privati hanno adito solo raramente alle vie legali al fine di ottenere l'accesso al mercato poiché tutta la trafila è spesso ritenuta troppo gravosa rispetto al beneficio che si spera di ottenere.

### **3. Obiettivi della revisione**

La revisione della LMI proposta dal Consiglio federale persegue un triplice obiettivo: economico, individuale e istituzionale.

Sul piano economico, il funzionamento del mercato interno deve essere migliorato continuando a eliminare gli ostacoli cantonali e comunali e limitando le possibilità lasciate ai Cantoni e ai Comuni di applicare restrizioni al libero accesso al mercato.

Sul piano individuale si tratta di rafforzare la libertà d'esercizio di una professione garantendo, in particolare, che i cittadini svizzeri non si trovino ad essere discriminati rispetto ai cittadini dell'UE in seguito all'entrata in vigore dell'accordo bilaterale sulla libera circolazione delle persone.

Sul piano istituzionale, infine, la revisione della LMI deve consentire di rafforzare la funzione di sorveglianza della Comco.

### **4. Punti essenziali della revisione**

Per conseguire questi obiettivi, la revisione della LMI è focalizzata su tre punti essenziali, ovvero a) l'estensione al domicilio professionale del libero accesso al mercato e il contemporaneo inasprimento della disposizione derogatoria, b) il riconoscimento dei certificati di capacità cantonali secondo i principi dell'accordo sulla libera circolazione delle persone e c) l'introduzione di un diritto di ricorso della Comco.

a. Estensione al domicilio professionale del libero accesso al mercato

Uno dei punti essenziali della revisione è l'estensione del libero accesso al mercato a tutte le professioni per le quali è necessario eleggere il domicilio nel luogo in cui sono esercitate, e ciò al fine di contrastare la giurisprudenza, troppo restrittiva, del Tribunale federale.

Ne consegue che il principio del libero accesso al mercato in virtù delle prescrizioni del luogo d'origine non si applica più soltanto alle prestazioni fornite da una persona al di fuori del suo Cantone/Comune d'origine (prestazioni "transfrontaliere") bensì anche all'elezione del domicilio al di fuori del Cantone/Comune d'origine. Concretamente, ciò significa che le persone interessate non dovranno domandare un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitare un'attività che esercitavano legalmente, fino a quel momento, nel loro Cantone/Comune d'origine. Il controllo dell'esercizio dell'attività resta di competenza del Cantone/Comune di destinazione le cui regole di polizia del commercio si applicano a tutti gli offerenti stabiliti sul suo territorio.

Parallelamente, la revisione riduce le possibilità dei Cantoni e dei Comuni di rifiutare l'accesso al mercato. Visto il principio dell'equivalenza delle prescrizioni a livello svizzero, fissato ormai espressamente nella legge, le autorità cantonali e comunali non possono più semplicemente rifiutare l'accesso al mercato a un offerente proveniente da un altro Cantone svizzero. Eventualmente esse potranno imporre un onere o una condizione se è necessario per preservare in questo modo un interesse pubblico. Per quanto riguarda l'esperienza professionale acquisita nel luogo d'origine, essa dovrà essere presa in considerazione dal Cantone di destinazione quando questo intende imporre una restrizione al libero accesso al mercato. Ciò permette ad un offerente proveniente da un Cantone in cui non è richiesto nessun diploma o formazione di esercitare la sua attività in tutta la Svizzera, anche nei Cantoni dove tale formazione è necessaria.

Questo punto della revisione ha scatenato accesi dibattiti alle Camere federali, segnatamente, in relazione con la professione dei ristoratori e degli esercenti di caffè. In effetti, su iniziativa di Gasterosuisse, un certo numero di parlamentari ha tentato di escludere il settore della ristorazione dal campo d'applicazione della LMI chiedendo per questo settore l'introduzione di una deroga al principio del luogo d'origine, rispettivamente, l'introduzione dell'obbligo di una formazione di base a livello federale. A sostegno di questa soluzione i parlamentari hanno avanzato il rischio di un livellamento verso il basso e di una formazione insufficiente dei ristoratori con i conseguenti possibili rischi per la salute pubblica. Alla fine, una deroga nella LMI, che l'avrebbe sicuramente indebolita, ha potuto essere evitata. Il Parlamento ha comunque introdotto una disposizione nella legge sulle derrate alimentari che consente al Consiglio federale di imporre alle persone che distribuiscono pasti e bevande destinati ad essere consumati sul posto di seguire corsi di formazione nel settore dell'igiene.

b. Riconoscimento dei diplomi

Per quanto attiene al riconoscimento dei diplomi, la legge riveduta è tesa ad armonizzare le procedure di riconoscimento dei diplomi fra i Cantoni basandosi sulle regole dell'Accordo bilaterale sulla libera circolazione delle persone per le professioni contemplate dall'accordo.

Un'eccezione importante a questa nuova regolamentazione è prevista per gli accordi intercantionali. In effetti, allorché i Cantoni prevedono il riconoscimento reciproco dei certificati in un accordo intercantionale, le disposizioni di quest'ultimo prevalgono sulla LMI.

c. Diritto di ricorso della Comco

La revisione introduce la possibilità per la Comco di ricorrere contro tutte le decisioni che precludono indebitamente l'accesso al mercato. Questo nuovo strumento dovrebbe permettere alla Comco di sollecitare il chiarimento, da parte dei tribunali, di questioni ancora in sospeso riguardanti l'accesso al mercato, rendendo così possibile la realizzazione del mercato interno. Si tratta di una disposizione tanto più importante se si considera che sin qui i privati interessati si sono avvalsi solo raramente del loro diritto di ricorso.

Un nutrito dibattito ha suscitato alle Camere il diritto di ricorso della Comco in materia di appalti pubblici cantonali e comunali. La revisione della LMI tiene conto del progetto di nuova legge sul Tribunale federale che prevede che il diritto di ricorso presso tale istanza sia limitato alle decisioni che sollevano questioni giuridiche d'importanza fondamentale e che concernono appalti eccedenti i valori soglia determinanti. Il Consiglio nazionale aveva proposto di estendere la competenza di ricorso della Comco davanti al Tribunale federale agli appalti pubblici di importo inferiore ai valori soglia determinanti. Il Consiglio degli Stati si è invece rifiutato di introdurre questa deroga alla futura legge sul Tribunale federale. Dopo vari passaggi da una Camera all'altra, il Consiglio nazionale ha rinunciato alla sua proposta e si è schierato sulla posizione della Camera alta.

d. Altre modifiche

Il Parlamento ha infine adottato diverse altre modifiche di importanza minore. A parte qualche aggiustamento terminologico, la legge riveduta contempla una precisazione della nozione di attività lucrativa da cui scaturisce il campo d'applicazione materiale della LMI.

Con la nuova legge i Comuni e i Cantoni sono ormai tenuti a mettere a concorso le attività di loro monopolio che intendono trasferire a privati sotto forma di concessioni.

La legge riveduta introduce infine nuove disposizioni sull'assistenza amministrativa in modo da garantire la collaborazione fra le autorità interessate attraverso una solida base legale. A ciò si aggiunge l'introduzione dell'obbligo di informare a carico dei privati interessati dalle inchieste della Comco. Affinché questo obbligo produca i suoi effetti, occorre che l'inossier-

vanza o la violazione dello stesso siano punibili. A tal fine la legge prevede delle sanzioni.

Il Parlamento ha infine aggiunto al progetto iniziale una disposizione disciplinante l'applicazione della legislazione federale da parte dei Cantoni che concretizza il principio detto di Cassis-de-Dijon. In sostanza, dal momento in cui la messa in circolazione di merci, servizi o prestazioni lavorative sul territorio svizzero è stata approvata da un Cantone in virtù di una legge federale, questa autorizzazione è considerata valida per tutto il territorio svizzero.

### **5. Conclusioni**

L'adozione della legge nel suo testo riveduto si tradurrà per la Comco in un aumento di lavoro. Da un

lato, la legislazione dei Cantoni e dei Comuni dovrà ormai rispondere a criteri più severi. Il compito della Comco sarà di sorvegliare tali legislazioni, di analizzarle sistematicamente e, all'occorrenza, di indirizzare delle raccomandazioni alle autorità interessate. D'altra parte, le nuove competenze attribuitele implicheranno una verifica sistematica delle decisioni cantonali e comunali di accesso al mercato al fine di esercitare efficacemente il proprio diritto di ricorso. Solo a queste condizioni sarà possibile mettere a punto una prassi in grado di assicurare una migliore mobilità professionale e il rafforzamento della competitività economica in Svizzera.

A 1

4. *Annual Report of the Competition Commission 2005***A Introduction**

In 2005, the activities of the Competition Commission (Comco) and of its Secretariat concentrated firstly on the markets that are traditionally highly regulated. It also conducted proceedings in sectors where cartels are highly prevalent, with a view to making a contribution to changing Switzerland's image as a bastion of high prices.

Accordingly, in relation to telecommunications, three investigations into abuses of dominant positions under article 7 ACart directed against Swisscom are currently pending (cf. B.2.b below).

In the energy sector, numerous reports have been dealt with by the competition authorities and it was possible to successfully complete the investigation relating to Axpo partnership agreements. The merging of transmission networks undertaken by the main Swiss electricity companies with a view to the globalisation of the electricity markets was made the subject of a detailed investigation, which concluded with the imposition of miscellaneous conditions (cf. B.2.d below).

In the health sector, the competition authorities dealt with a large number of reports relating to tariff agreements entered into between health insurance companies and the hospitals (cf. cf. B.1.e below).

In addition, they stated their views in several consultation procedures on legal changes relating to health insurance and agricultural policy (cf. B.1.c and B.2.e below).

The competition authorities also tackled the problem of changing Switzerland's image as a bastion of high prices Swiss, paying special attention to concentrations dominating the retail markets (cf. B.3.a below). In this sector, there are grounds for confirming that inflated prices remain, but due to the arrival of new businesses in the course of the past months, a reduction in prices can be seen.

The decision taken at the end of the year by Comco in the credit cards sector (cf. B.1.a below) will also have the effect of reducing prices in Switzerland.

In addition, 2005 was a significant year for Comco as it saw the end of the one year transitional phase which began when the revised Cartels Act came into force. The Comco Secretariat made active preparations for the implementation of the revised Act, in particular by creating a Competence Centre for investigations and by providing training to its staff (cf. B.4 below).

At the expiry of the transitional period, Comco still received a large number of reports under the transitional provision, which were processed in the course of the following months. At the same time, the various services have continued their work in the many proceedings, whether pending or new, that concern

them. Comco completed several large-scale investigation proceedings following lengthy inquiries (cf. B below).

The annual report again contains information on the organisation of Comco and its Secretariat, statistics on cases, and a list of the investigations pending at the end of 2005 (cf. C below). It also covers the difficulties encountered due to the reduction in resources allocated to the Secretariat, which were made at the same time as new duties were introduced.

In addition, throughout the past year, the Competence Centre for the Internal Market at the Comco Secretariat was largely occupied in the preparatory work for the debate on the revision of the Internal Market Act (IMA) in the Federal Assembly. The revised Act was approved in the final vote by the Parliament on 16 December 2005. The annual report devotes considerable space to this revision, which should lead to a revitalisation of the internal market in Switzerland by removing the final cantonal and communal barriers that had obstructed its implementation (cf. D below).

**B Activities in the various economic sectors****1. Services****a. Financial services**

In the financial services sector, the Competition Commission concluded the investigation in the field of *credit cards* and approved in a formal decision the amicable settlement signed by the institutions involved. The subject matter of the investigation was a charge agreed between the issuers of credit cards (including UBS AG, Credit Swiss, Cornèr Banca SA and Visa Card Services SA) and the providers of acceptance agreements (the "acquirers", currently comprising Telekurs Multipay AG and Aduno SA) for domestic payment transactions (known as the *domestic multi-lateral interchange fee*; DMIF) in the two Visa and MasterCard credit card systems. This multilaterally agreed charge is levied as a percentage of the related transaction price (price for the purchase of a product or of a service) and paid by the acquirer to the issuer.

The Visa and MasterCard credit card systems are organised as four-party systems. On the one hand there are the financial institutions that issue the credit cards as well as the card holders (market for credit card issuing). Having a credit card and using the associated services are paid for through the annual fee and various other charges (commission, charges, exchange rates etc.). On the other hand, acquirers encourage merchants to accept Visa and MasterCard credit cards (in the market for credit card acquisition). The merchant pays the acquirer a merchant service charge, which is also based on the transaction price. The DMIF is added by the acquirers to the merchant service charge as a cost component and thus passed on to the merchants.

In Switzerland, the DMIF is fixed by two separate bodies, the Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) and the Card Committee MasterCard (CC). As all credit card institutions market both Visa and MasterCard products (so-called "dual branding"), the same parties are represented in both bodies. Accordingly, the agreement covers around [85%-95%] of the entire Swiss credit card market.

The Competition Commission ruled that the fixing of the DMIF in these bodies is a price-fixing agreement, which, although it did not entirely eliminate competition in the issuing and acquiring markets, nonetheless considerably limited such competition. On the other hand, the Commission acknowledged that in complex systems such as the four-party system, this form of multilateral procedure can have advantages of efficiency (ease of entry into the market for foreign acquirers, savings on transaction costs). In the view of the Competition Commission, these advantages prevail in the Visa and MasterCard credit card systems only if the multilateral fixing of the DMIF is objectively limited to the issuer-related cost elements that are required for the efficient operation of the network.

Accordingly, the parties, in terms of a letter of intent (an amicable settlement under art. 29 ACart) agreed to be bound by an objectified cost table, which contains only network-inherent cost elements. In addition, the parties undertook to disclose the DMIF calculated in this way not only to the competition authority but also on request to the individual merchants. Lastly, the parties undertook to abolish the non-discrimination clause in agreements with merchants.

The Competition Commission held that these commitments were sufficient to take account of the competition-related concerns. They allow the advantage of the efficiency of the multilateral system to be exploited without competition being reduced due to coordinated conduct by the parties. The transparency created by the disclosure of the DMIF also improves the bargaining position of merchants vis-à-vis the acquirers. Lastly, the abolition of the non-discrimination clause exposes the credit card system to increased competitive pressure from other payment systems. For these reasons, the Competition Commission accepted the undertakings made by the parties and approved them as an amicable settlement under article 30 paragraph 1 ACart.

In order to anticipate future developments in the credit card market as well, the Competition Commission fixed a maximum amount for the DMIF, calculated on the basis of the cost table, with the proviso that the current DMIF must in each case be reduced within a three-year implementation period to a minimum of this value. The Commission also limited its approval of the settlement to four years.

The letter of intent was signed by the parties within the transition period in terms of the revised Cartels Act of 20 June 2003. As a result, there was no need to impose any penalties in these proceedings.

In the field of *Maestro debit cards*, the parties have abandoned their plan to introduce an interchange fee for the debit cards as well, the question which arises in this case being similar to that dealt with in the credit card matter.

Finally, Comco authorised the acquisition by *Julius Bär Holding SA* of the UBS branches BDL Banco di Lugano, Ehringer & Armand von Ernst, Ferrier, Lullin & Cie and GAM as well as other participant companies.

#### *b. Insurance*

In the insurance sector, Comco authorised several *concentrations of undertakings* arising from a major rearrangement of portfolios among the companies Swiss Life, La Vaudoise and Helsana. The life assurance portfolio of the company La Suisse was taken over by the parent company, Swiss Life, while the non-life insurance portfolio of Switzerland was shared between Helsana (health and accident cases) and La Vaudoise (vehicle insurance, property losses and third party liability). In addition, La Vaudoise handed over collective life assurance to Swiss Life. These multiple transactions were assessed as being unproblematic from a competition point of view.

#### *c. Health*

In the health sector, Comco opened an investigation into *Documed SA*, a subsidiary of Galenica, which publishes the "Swiss Compendium of Pharmaceuticals". This contains comprehensive information on Pharmaceuticals intended for medical staff and patients. The investigation should determine whether Documed SA has abused its potentially dominant position by imposing excessive prices on pharmaceutical companies and by refusing to maintain commercial relations with rival companies. In addition, the competition authorities have issued numerous opinions (art. 46 ACart) relating to legal changes affecting the field of health. In particular, they have stated their position on the issue of the refinement of the system of risk compensation in compulsory health insurance, on the reimbursement of resources and equipment provided for by the Health Insurance Act and on the message of the Federal Council relating to initiative for a single health insurance fund.

#### *d. Professional services*

In the field of professional services, Comco has for the first time sanctioned a company for non-compliance with a decision. It imposed a fine of CHF 248'000.- on *Zurich Airport (Unique)* for the violation of its decision on interim measures (RPW 2004/3, p. 859 et seq.) intended to guarantee effective competition in the valet parking market. The main proceedings are still pending.

#### *e. Notifications*

The medical insurance companies and the hospitals have reported around 380 *tariff agreements* to the Secretariat, which represent potential restraints of competition in terms of the final provisions of the revised ACart. The reported agreements almost exclu-

sively concern the area of additional private and semi-private insurance. A small number of the tariff agreements reported are considered to be problematic from the point of view of ACart and the first proceedings under article 27 ACart could be initiated at the start of 2006.

The Secretariat also subjected to a critical examination the conformity of several price *recommendations from professional associations* in the fields of health and the liberal professions. Following the intervention of the Secretariat, almost all the problematic tariffs have been abolished or adapted to the requirements of ACart (calculation aids for veterinary surgeons, tariffs of the Association of Naturopaths NVS, tariff of the Society of Physicians for Biophysical Information Therapy SABIT, tariffs of the Swiss Insurance Association for net premiums in accident insurance, tariff of Swiss Shipbuilders' Association ASCN and the tariff of the Swiss Association of Marine Engine Importers Swiss VSIM). In the case of the tariff of the Swiss Association of electrical installations companies and of another tariff in the field of electrical installations, proceedings under article 26 et seq. ACart have been opened.

In addition, in response to a report, the Secretariat opened a preliminary investigation relating to the conditions imposed by *SWX Swiss Exchange* for dealing on the stock market in order to determine whether SWX Swiss Exchange may be abusing a possible dominant position. According to the general conditions of SWX Swiss Exchange, during the hours of trading, members are required to execute their purchase orders and sale on the order book, i.e. to enter them in the SWX Swiss Exchange order books, in so far as the value of the orders do not exceed certain fixed limits.

## 2. Infrastructures

### a. Price fixing in the books market

Comco has examined for the second time the question of price fixing in the books market in Switzerland. Comco had confirmed the illegality of the single price for books for the first time in September 1999. On appeal, the Federal Supreme Court referred the matter back to Comco for it to examine whether the restriction affecting competition caused by the standard book price could be justified on grounds of economic efficiency. Comco examined at the time whether it led to an increase in choice, to a greater variety of products or to an improvement in sales due to an increase in the number of points of sale and better advice. It confirmed that the positive effects claimed for the single book price could not be proven and cannot justify the restraint of competition, which must be considered unlawful in this case. The question of knowing whether a system of this type is desirable on the grounds of cultural policy cannot be considered by Comco, by virtue of the Cartels Act (RPW 2005/2, p. 269 et seq.).

### b. Telecommunications

In the telecommunications sector, Comco opened a new investigation into *ADSL* services, in order to ascertain whether Swisscom is abusing a dominant position in its pricing policy for ADSL services. Swisscom makes its network available to other internet service providers so that they can offer ADSL services. The prices of these preliminary services are high in comparison with the charges billed to the end customers of Bluewin, a subsidiary of Swisscom. It is therefore possible that the other internet service providers are not able to achieve an adequate profit margin.

In addition, the Comco Secretariat continued its work in three pending investigation proceedings. In the investigation relating to the package offer "*Talk & Surf*" from Swisscom, it is intended to determine whether the fact that Swisscom refuses to offer interested telecom service providers the opportunity to offer the resale of the telephone connection, and the fact that it is not possible for other providers to offer a combined package comparable to "Talk & Surf" on a single bill, constitutes an abuse of a dominant position. In the investigation into "*telephony services for business clients*", it must be shown whether there is an abuse of a dominant position in the nature of a "price squeeze", in that the prices of services charged to other telecommunications service providers is in some cases higher than that charged by Swisscom to its own business clients. The third investigation concerns the termination tariffs in the mobile telephony market.

Comco also approved the participation of Swisscom in *Cinetrade* (RPW 2005/2, p. 363 et seq.). The participation in Cinetrade, which in particular manages film rights and is the shareholder of the Pay TV provider Teleclub, allows Swisscom to enter the film market and permits it to add television to its main activities (telephony and Internet). The possible advantages resulting from the vertical integration of the Teleclub Pay TV platform into the Swisscom infrastructure was the key question in the investigation. This showed that the concentration does not lead to a dominant position, whether in the market for Pay TV or in the acquisition of the rights to first broadcast films and sports programmes (Premium Content).

### c. Media/Advertising

In the media/advertising sector, Comco was called upon to assess, as part of an examination of concentrations, the acquisition of *Homegate AG* by Tamedia AG and Edipresse Publications SA. The detailed examination of the concentration led to the finding that the acquisition of Homegate, the best established real-estate website in Switzerland, by the internet websites Tamedia and Edipresse would not lead to any dominant position on the market for online real estate advertising, whether in the Zurich region or in the Lake Geneva region. The competition exerted by the other internet websites and the increased dynamics in the market effectively allowed competition to continue to play its part.

#### d. Electricity

In the electricity industry, Comco received 34 *notifications* under the ACart transitional provision. These notifications took up a great deal of the Secretariat's time up to the end of the year. The majority of the reports concerned long-term exclusive agreements entered into by the electricity companies with their end customers. The examination of these miscellaneous reports led to the establishment of a practice in relation to this matter. This practice was confirmed by Comco in its decision on the *Axpo* distribution partnership. In this decision, Comco held exclusive supply agreements of several years' duration to be compatible with ACart provided they comply with the following two conditions: a) they are tied to an obligation of integrated supply to the end customer, and b) as an alternative to the long-term agreements, customers are offered supply agreements for a maximum of one year.

In addition, the merging of the transmission networks of the electricity companies Atel, BKW, CKW, EGL, EOS, EWZ and NOK (*Swissgrid*) has been authorised subject to various conditions. The detailed examination revealed that this project created a dominant position in the market for the transmission of electricity in various regions of Switzerland. Comco imposed a variety of conditions on the establishment of the concentration in order to guarantee that the improvement in competitive conditions in the market for the supply of electricity arising from the concentration takes effect to a sufficient extent. These conditions are aimed at facilitating the transit of electricity, permitting the effective supervision effective of Swissgrid tariffs, and avoiding potential conflicts of interest within Swissgrid itself (RPW 2005/2, p. 347 et seq.).

#### e. Agriculture

In the agriculture sector, Comco contributed to the consultative proceedings on *Agricultural Policy 2011*. Comco is committed to greater deregulation and the abolition of customs protection. There is in particular good reason for avoiding a situation in which previous state regulation is replaced by private restrictions on competition tolerated, or even encouraged by the state.

In a preliminary investigation relating to the allocation of contracts for the *storage of potatoes*, the Comco Secretariat came to the conclusion that there is no effective competition in this sector. This is primarily due to the regulatory framework conditions that apply (RPW 2005/3, p. 470 et seq.). The proposals of the Secretariat in this respect have been taken into account in the context of Agricultural Policy 2011.

Another preliminary investigation, this time relating to the reorganisation of the market for *organic milk* initiated by Bio Swiss, has revealed indications that the reorganisation leads to a artificial reduction in the choice of organic milk on offer (RPW 2005/3, p. 458 et seq.). In this case, the opening of an investigation remains an option if these indications become more substantial.

#### f. Environment

In the environment sector, Comco concluded its investigation into the disposal of electrical equipment. It concluded that the arrangements made by *Swico* and *S.EN.S* relating to the advance charging of recycling fees gives no cause for any objection from the point of view of competition law. The agreement between Swico and S.EN.S that determines which company disposes of which type of electrical appliances is also admissible (RPW 2005/2, p. 251 et seq.).

#### 3. Industry and production

The past year has been notable for a growing number of actions relating to restrictions on parallel imports and price differences between Switzerland and European Union countries. In the same period, the Service for Industry and Production saw its workforce reduced by 20%. In order to make up for this shortage of staff, procedures have of necessity concentrated on an often all too brief analysis of the possible existence of restraints in terms of article 5 paragraphs 3 and 4 ACart.

##### a. Retail trade

In relation to the retail trade, the year was notable firstly for an important number of concentrations of undertakings and secondly for several cases of barriers to parallel imports that received special media coverage.

The joint acquisition of control by *Migros* and *Valora* of *Cevanova* (active in the convenience shop sector) as well as the purchase of *Pick Pay* by *Denner* has been examined with special attention by the Comco. In order to address Comco's concerns on the issue of economic dependency, Denner has committed itself to finding an individual solution in cooperation with the suppliers of alcoholic beverages that are in a situation of economic dependency. These investigations have not entered a phase of in-depth examination but have served to confirm the competitive dynamics that have invigorated this market, most particularly since arrival of new businesses in the Swiss market.

The Comco Secretariat also examined whether the amicable settlement entered into in the context of the *CoopForte* investigation has been complied with effectively by Coop. Coop had undertaken to verify in the course of the next six months if the charging of the CoopForte bonus of 0,5% was justified. Coop had also undertaken to reimburse retrospectively the bonus to one supplier if it could demonstrate credibly that it did not receive reciprocating services from Coop (RPW 2005/1, p. 146 et seq.).

With regard to the preliminary investigation opened against *Nespresso*, it has not been possible to determine the existence of unlawful agreements between Nestlé and its distributors in relation to the supply of coffee machines and espresso capsules. The preliminary investigation was able to confirm that the difference in the price of the capsules between Switzerland and other European countries was virtually insignificant.

Finally, a preliminary investigation against *Ferrero* was opened in order to examine where there were indications that the difference in the price between Switzerland and the EEA relating to certain Ferrero products was due to unlawful agreements on competition and accordingly contrary to ACart.

#### **b. Construction**

In the construction industry, the Secretariat conducted two investigations as well as various preliminary investigations. A concentration of companies was also examined. In addition, the Secretariat received an exceptionally high number of notifications and requests for opinions.

In April 2005, an investigation was opened against the group of companies in the Canton of Ticino that produce *asphalt* or is active in the *surfacing of roads*. The preliminary investigation revealed indications of an allotment of Ticinese territory as well as of a system of rotation in relation to the award of public contracts for road surfacing work. There are also indications of an agreement on the price of asphalt and of its transport. The investigation has the objective of establishing the existence of unlawful agreements in terms of article 5 ACart and any abuse of a potentially dominant position in terms of article 7 ACart.

In the canton of Graubünden, the Department of Bridges and Roads accused the company producing tar macadam - in which virtually every public road construction company in the canton holds shares - of discriminating against companies from outside the canton, particularly in relation to prices. Following the preliminary investigation, the Graubünden companies have altered their conduct. From now on both companies from outside the canton and Graubünden companies will be supplied with tar macadam under the same conditions.

The investigation opened at the end of 2004 relating to the price of cement and concrete at the worksite of the *NRLA* (New Rail Link through the Alps) has been continued. This investigation relates to the question whether there were agreements in contravention of the Cartels Act between the producers of cement and/or the producers of concrete in relation to the award of contracts for the main sections of the tunnel.

In the fourth quarter, the planned merger between the Swiss construction companies *Zschokke* and *Batigroup* to form the new entity known as Implenia was reported to Comco. The preliminary examination revealed indications that the planned merger could create or reinforce a dominant position in certain segments of the market. Comco has therefore decided to submit the merger plan to a detailed examination.

#### **c. Automobiles**

In the automobile market, the past year was devoted to implementing the Communication on vertical agreements related to automobile distribution.

In effect, a transitional period up to 31 December 2004 had been granted to those operating in this sec-

tor (car manufacturers /importers/component manufacturers) to allow them to amend their distribution agreements in order to comply with the abovementioned Communication. The monitoring carried out by the competition authorities was able to confirm that to a large extent the Communication had been well received by those in the automobile industry. However, a detailed examination of the distribution agreements has revealed that in certain cases there are still questions of compliance with the Communication. These cases are the subject of preliminary investigations conducted by the Comco Secretariat.

In addition, as part of an opposition procedure in terms of article 49a ACart, the Secretariat concluded an agreement with *BMW (Suisse) SA*. This agreement allows approved Swiss distributors to buy up new vehicles or original spare parts from any BMW supplier in the EEA. At the same time, the official Swiss distributors can sell new vehicles or original spare parts to end customers or other official distributors anywhere in the EEA. BMW (Suisse) SA has undertaken to notify its Swiss network of official distributors of the terms of this agreement.

#### **d. Watch industry**

The watch industry remained the focus of competition authorities in particular on two occasions. Comco specified the conduct that the company *ETA* had to adopt relating to the application of the amicable settlement that concluded the ETA decision of 8 November 2004 (RPW 2005/1, p. 128 et seq., ETA SA Manufacture Horlogère Swiss). ETA must in particular supply ébauches (watch movements) to companies that were not clients for the entire duration of the amicable settlement in order to determine the quantities that ETA will have to supply up to 2008/2010.

In addition, the preliminary investigation into the company *Nivarox* was concluded. Effectively, no abusive conduct was confirmed during the two previous years under consideration.

#### **e. Other sectors**

Among the other areas that have occupied the Industry and Production Service, there have been results in a number of significant cases.

A preliminary investigation was opened against SIEA (Swiss Interactive Entertainment Association) in order to establish whether the PEGI code of conduct, which requires retailers of *video games* to indicate the recommended ages for users on the boxes had the effect of blocking parallel imports. The investigation was concluded by amending the code in question in order to comply with competition law.

In the field of *sport*, the Swiss Volleyball Association has undertaken in the course of a preliminary investigation to comply with the Cartels Act and the Communication on "Authorisation of use and sponsorship of sports articles" (cf. RPW 1998/1, p. 158 et seq.). In particular, the association abandoned its requirement of the use of a particular ball in certain leagues for the entire sports season.



Finally, the Secretariat was called on to confirm compliance with the principles of competition law in relation to the purchase of helicopters as part of the arms procurement programme 2005. Having received a complaint from Augusta, a tendering company, the Secretariat began its investigations at the end of November 2005.

#### **4. Competence Centre for Investigations**

Based on its new searching powers in the ACart, the Secretariat has set up a Competence Centre for Investigations which has been made responsible for conducting training staff of the Secretariat and for drawing up the working documents required for this task. The training was provided by specialists from the federal administration (customs, Federal Police, Federal Tax Administration), as well as by experts from Great Britain, the Netherlands, and Germany.

The Competence Centre also held talks with representatives of the Federation of Swiss Direct Investors on "antitrust compliance" and the scope of the professional secrecy of company lawyers. Aware of the importance of these lawyers with regard to compliance with ACart within companies, it is monitoring the Swiss case law in this field while examining the development of international practices.

#### **5. International relations**

Since 2003, Competition Authorities have maintained a strong international representation and presence. This presence has led to close contacts being established with a large number of foreign authorities that firstly assist in the enforcement of ACart, in particular in the field of concentrations, by reducing up to 80% of the resources devoted to certain cases that have a global dimension. Secondly, the exchange of technical information and the support received in the area of education and training (cf. Competence Centre for Investigations) have been made possible through this international presence. Lastly, official visits to Switzerland (e.g. from Germany) and to foreign countries (e.g. Chinese Taipei) have taken place.

**OECD:** In 2005, representatives of the Comco Secretariat on three occasions formed part of the Swiss delegation to the OECD in Paris for the meetings that took place in this organisation. They took part in various lively discussions in OECD working groups and also made written contributions to the matters under consideration. In addition, Switzerland was the subject of a peer review on the subject of regulatory reform. Chapter three of this examination related to competition policy and important work was carried out in order to prepare for the session in Paris, in the course of which the President of Comco was able to respond to experts appointed by the OECD on the situation in Switzerland. Finally, the Comco Secretariat also assisted seco in the economic study of Switzerland conducted by the OECD.

**ICN:** The Competition Commission and the Secretariat took part in the fourth annual conference of the International Competition Network in Bonn. With more than 400 participants, this conference was the largest

event so far involving experts in competition law. The Secretariat also took part in the international Cartels Workshop in Seoul. As the ICN annual conference will take place in Switzerland in 2009, Switzerland is now a member of the ICN steering group. The other activities within the various working groups were carried out in the existing framework.

**UNCTAD:** As part of the development aid programmes (Compal) for five Latin American countries supported by seco in cooperation with UNCTAD, the Secretariat welcomed three trainees from Bolivia, each for a period of three months. The Secretariat was highly satisfied with the trainees' work. The Secretariat also took part in the "Fifth United Nations Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices" in Turkey, and during this conference acted as the examining country for the peer review of Kenya.

**CUTS:** In cooperation with seco, Comco is supporting a two-year project in the Mekong region entitled "Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in the Mekong" which is being implemented by CUTS. Comco and its Secretariat took part in the project interim meeting, which took place in Hanoi in August 2005, discussing the results of the first year and devising a plan of action for the second year, namely a specific strengthening of capacities relating to competition policies. This meeting was preceded by a two-day seminar with the Vietnamese competition authorities (VCAD) on the topic of mergers and acquisitions, where Comco actively participated in the capacity of expert.

#### **6. Outlook**

For 2006, the competition authorities will give priority to proceedings relating to horizontal cartels and hard vertical agreements (art. 5 paras. 3 and 4 ACart) as well as to proceedings relating to abuses by companies in dominant positions (art. 7 ACart) in terms of the revised Act.

At the same time, they will conclude wherever possible the investigations that are unresolved (cf. D.4 below) and open new investigations if preliminary investigations provide indications of unlawful restraints of competition.

In addition, Comco and its Secretariat will prepare for the implementation of the revised Internal Market Act, which is planned to come into force in the summer of 2006.

### **C Organisation and Statistics**

#### **1. Comco**

The following changes were made to the composition of the Competition Commission in 2005: Professor PETER ZWEIFEL, University of Zurich, and Professor MARCO BORGHI, University of Fribourg, stood down at the end of October 2005. Dr. STEFAN BÜHLER, Assistant Professor at the University of Zurich, and Professor VINCENT MARTENET, University of Lausanne, were ap-

pointed members of the Competition Commission by the Federal Council on 1 November 2005.

The Competition Commission held 19 plenary sessions in 2005, one of which was an "extra-mural" meeting at the University of Zurich. At an internal conference on the subject of "Convergence in Telecommunications" on 30 May 2005, experts from the sector provided information about possible developments in the telecommunications market to the Commission.

## 2. Secretariat

At the end of 2005, the Secretariat employed 57 members of staff (full and part-time). The percentage of women was 49 per cent. This corresponds to a total of 52 full-time positions. In comparison with the situation at the end of 2004, this represents a loss of three-and-a-half full-time positions.

The loss of staff mentioned above is due to three reasons:

- As a result of the 2003 review, the Secretariat of the Competition Commission did not receive the required financial resources for 15 new positions, the resources being sufficient for only ten.
- The program of budgetary cuts (EP 04) and the planned reduction of duties (AVP) within the Federal Administration will result in the loss of around three-and-a-half jobs by the end of 2008.
- Because virtually every employee in the Secretariat of the Competition Commission is eligible for a progressive salary increase, the planned statutory salary increases "cost" around one-and-a-half jobs every year.

In addition, as part of the AVP, the subsidies for trainees were cut by around 50 per cent in comparison with 2005, which led to a loss of three trainee positions.

Unless countermeasures are taken, the Secretariat of the Competition Commission will have lost around 9,5 positions by the end of 2008 or around 25 per cent of its specialist staff in comparison with staffing levels at the end of 2004. This reduction in the workforce at the competition authorities means that it has to concentrate on certain procedures and even in relation to these must make a selection, that little in the way of resources are available for deliberating and providing opinions on legislation, and that there is a reduced probability of action being taken against a specific restraint of competition. This means that the enforcement of the law is still possible, but there is a marked decline in the effectiveness of procedures.

The Secretariat and the President of the Competition Commission have informed the Department of Economic Affairs (DEA) and its head about the staff situation. The DEA and the Competition Commission will clarify together, how the enforcement of the toughened Cartels Act can notwithstanding be assured.

## 3. Statistics

Investigations	2004	2005
Carried out during the year	24	15
Carried over from previous year	21	12
Opened	3	3
Final decisions	10	4
Modification of conduct	1	1
Amicable settlement	2	1
Administrative ruling	3	1
Interim measures	1	1
Sanction proceedings	0	1
Preliminary investigations	2004	2005
Carried out during the year	47	75
Carried forward from previous year	25	37
Opened	22	38
Concluded	20	28
Investigations opened	3	2
Modification of conduct	2	15
No consequences	13	11
Notifications	2004	2005
In accordance with transitional provision of 20 June 2003	154	487
In accordance with art. 49a para. 3 let. a ACart	7	40
Advice in relation to the revised provisions	56	53
Monitoring of the market	2004	2005
Carried out during the year	102	46
Concluded	82	29
Ongoing	20	17
Mergers	2004	2005
Reports	21	27

No objection following preliminary examination	16	24	Expert report (art. 47 ACart or 11 TCA)	7	5
Investigations	6	6	Opinions on applications for RTVA concessions	13	7
Decisions of the Competition Commission	2	1	Follow-up checks	1	1
Early implementation	2	0	Notices (art. 6 ACart)	1	1
Sanctions	2	0	Internal Market Act	2004	2005
Expert reports, recommendations and opinions etc.	2004	2005	Recommendations / investigations (art. 8 IMA)	1	1
Expert report (art. 15 ACart)	3	2	Expert reports (art. 10 I IMA)	0	0
Recommendations (art. 45 ACart)	0	2	Guidelines (Secretariat)	3	4

#### 4. Investigations carried out in 2005

<i>Investigation</i>	<i>Investigation opened due to indications of:</i>	<i>Opened on</i>	<i>Conclusion</i>	<i>Result</i>
Elektra Baselland	Unlawful refusal of the transit of electricity	04.08.2000	pending	Possibly partial decision on reservation of art. 3 para. 1 ACart
Debit cards	Abuse of a market dominant position, prohibition of price discrimination based on method of payment	29.01.2002	pending	Proceedings suspended pending decision in credit card case
Axpo sales partnerships	Abuse of a market dominant position in relation to end distributors of electricity	27.03.2002	19.12.2005	After modification of conduct, no indications of abuse of a market dominant position
SWICO/S.EN.S	Unlawful competition-related agreements relating to the disposal of electrical waste	16.05.2002	21.03.2005	Agreement on market organisation justified for reasons of economic efficiency*
Teleclub/Cablecom	Abuse of a market dominant position due to non-activation of Teleclub digital on the CATV network	23.09.2002	pending	The interim measures are the subject of an appeal to the Federal Supreme Court*
Termination of mobile phone networks	Dominant position of mobile phone network operators in their networks as well as price fixing agreements for termination charges	15.10.2002	pending	Comco's competence has been contested. The Appeals Commission (REKO) took more than a year to reach a decision on this point
Publicitas	Abuse of a market dominant position due to discrimination	06.11.2002	pending	The procedure has been suspended in order to negotiate an amicable settlement
Book price-fixing ("Sammelrevers")	Unlawful price-fixing agreement (following a decision of the Federal Supreme Court, the Competition Commission is carrying out an efficiency assessment)	02.12.2002	21.03.2005	Unlawful price-fixing agreement that cannot be justified on the grounds of economic efficiency*

\*Appeal pending at Appeals Commission.

Zurich Airport - Valet Parking	Abuse of a market dominant position by not issuing licences for parking services	01.12.2003	pending	Interim measures against Zurich Airport on 1.12.2003 to maintain the current position; Sanctions due to violation of the interim measures on 5.12.2005*
Interchange Fee	Unlawful agreement restricting competition between credit card systems relating to the Interchange Fee	15.12.2003	5.12.2005	Amicable settlement on the objectified calculation of the Interchange Fee
Swisscom "Talk & Surf"	Abuse of a market dominant position by package offers	16.02.2004	pending	
Swisscom telephony services for business customers	Abuse of a market dominant position due to a price squeeze	16.02.2004	pending	
Cement and concrete prices on NRLA	Price-fixing agreements in the award of contracts, possible abuse of a market dominant position	22.11.2004	pending	
Road surfacing in the Canton of Ticino	Territorial allocations relating to tendering procedures; abuse of a market dominant position	08.04.2005	pending	
Data and software in Swiss health care	Excessive prices for the Compendium of Pharmaceuticals	21.06.2005	pending	
Swisscom - ADSL (pricing policy)	Excessive wholesale prices for resellers in comparison with the end customer prices (price squeeze)	20.10.2005	pending	

\* Appeal pending at Appeals Commission.

## **D Revision of the Internal Market Act**

### **1. Current Act**

The Federal Act on the Internal Market (IMA), which has been in force since 1 July 1996, has the aim of eliminating restrictions under public law on access to the market imposed by the cantons and the communes. It is intended to permit professional mobility together with economic exchanges, thus reinforcing the competitiveness of the Swiss economy. In this respect it is complementary to the Cartel Act, which aims to eliminate private law restrictions that harm competition.

The IMA is conceived as a framework act. Addressed to the cantons and communes, it is not intended to harmonise at a national level the various cantonal and communal laws relating to access to the market, but settles for laying down a certain number of minimum requirements which must be respected in order to establish a true Swiss internal market.

It is based primarily on the principle governing free access to the market according to rules on place of origin. Thus, any person, or any company based in Switzerland must have the right to offer goods or services anywhere in Switzerland provided that the

gainful activity in question is authorised in the canton or the commune where the person is resident or the company is based. The Act at the same time lays down the conditions under which freedom of access to the market may be restricted in respect of external suppliers: this form of restriction must be based on overriding public interests, apply in the same way to local providers, and comply with the principle of proportionality.

Again on the principle of place of origin, the IMA provides for the reciprocal recognition of cantonal qualification certificates that permit the exercise of a gainful activity.

The right of free access to the market also extends to public procurement markets in the cantons and communes.

At an institutional level, the Competition Commission (Comco) is responsible for ensuring compliance with the IMA. It is entitled to make recommendations to the cantons and communes relating to planned or existing legislation and to provide expert opinions. In contrast to the Cartels Act, the IMA does not give Comco the power to issue binding decisions.

The implementation of freedom of access to the market under the principles of the Internal Market Act is a matter for the individuals concerned, to whom the IMA grants a right of appeal against the restrictions to which they might be made subject.

## **2. Need for revision**

The effects of the IMA have nevertheless remained relatively modest so far. There is a significant discrepancy between the objectives pursued and the actual effects of the IMA. According to a detailed examination of the situation carried out by the Executive Supervision Board of the Parliament in February 2000 at the request of the Control Committee of the National Council, this is due to three main factors.

Firstly, the cantons and communes were required to have legislation that complies with the IMA. Relatively limited efforts have been made to do this so far, primarily because these bodies have no obligation to notify Comco in relation to such matters and are not required to comply with Comco's recommendations.

Secondly, the Federal Supreme Court has issued various judgements based on the IMA in which it has not exactly helped to assert the principle of the free access to the market according to the rules on place of origin. Often it has effectively favoured the principle of federalism in the establishment of a homogeneous internal economic area. Thus for example, it decided to exclude freedom of establishment from the principle of freedom of access to the market: accordingly a significant sector of the economy, i.e. any profession that has to be based at the place where it is practised (hotel and catering, medical and paramedical professions etc.) have been excluded from the scope of application of IMA by the legal precedent handed down by the Federal Supreme Court.

Finally, in view not only of the restrictive precedent laid down by the Federal Supreme Court on the one hand, but also of the long and complex procedures required to appeal against a refusal of access to the market, individuals have been reluctant to take legal action to gain access to the market on the basis of the IMA, the procedural obstacles often being regarded as too great in comparison with the potential benefits.

## **3. Objectives of the revision**

The revision of IMA as proposed by the Federal Council is intended to modify the effect of the Act on economic matters, individuals and institutions.

At an economic level, the operation of the internal market must be improved by continuing to eliminate the cantonal and communal obstacles by limiting the opportunities open to the cantons and communes to restrict free access to the market.

In relation to individuals, the aim is to reinforce the freedom to practise a profession in particular by avoiding the situation in which Swiss citizens will find themselves worse off than EU nationals under the Bilateral Agreement on the free movement of persons.

At an institutional level, lastly, the revision of the IMA must enable Comco's supervisory functions to be strengthened.

## **4. Essential elements of the revision**

To attain these objectives, the IMA will be revised in three main respects, namely a) extension of freedom of access to the market to cover freedom of establishment, while at the same time toughening the rules that enable any derogation from this, b) the recognition of qualification certificates according to the principles laid down in the agreement on the free movement of persons and c) the introduction of a right of appeal for the Comco.

### **a. Extension of freedom of access to the market to cover freedom of establishment**

One of the main points of the revision consists in extending freedom of access to the market to all professions that have to establish their business at the place where they operate, in order to counter the excessively restrictive precedent laid down by the Federal Supreme Court.

From now on, the principle of free access to the market according to the rules on place of origin will no longer apply solely to services provided by a person outside his canton or commune of origin (transborder services) but also to the establishment of residence of people outside their canton or commune of origin. In specific terms, this means that the persons concerned will not be required to ask for authorisation in the place where the service is provided in respect of activities that they have carried out legally in their canton or commune of origin. The supervision of an activity as such remains the responsibility of the canton or commune of destination, whereby the rules of the cantons and communes, in particular their commercial regulations, apply to all suppliers operating on their territory.

At the same time, the revision reduces the opportunities of the cantons and communes to refuse access to the market. By invoking the principle of equivalence of rules at a national level, now expressly stated in the Act, the cantonal and communal authorities can no longer simply refuse access to the market to a provider from a different Swiss canton. A restriction on access to the market, in the form of a requirement or condition, may be imposed only if it is necessary to safeguard public interests in this respect. In addition, professional experience acquired at the place of origin will have to be taken into account by the canton of destination if it is contemplating any restriction on free access to the market. This allows a provider from a canton where no special training or qualification is required to exercise his activities anywhere in Switzerland, even in the cantons where such qualifications are required.

This aspect of the reforms has given rise to lively debate in the Federal Assembly, in particular in relation to cafés and restaurants. At the instigation of Gastro-Suisse, certain members of Parliament attempted to exclude the restaurant and catering sector from the

scope of application of the IMA either by introducing an exception to the principle of the place of origin for this sector, or by the imposition of a basic training requirement at federal level. The main argument for applying this solution was a risk of deteriorating standards and a lack of training of restaurateurs, creating a public health risk. Eventually it was possible to avert an exception in the IMA that would have undeniably reduced its effectiveness. Nevertheless, the Parliament has introduced a provision in the Foodstuffs Act allowing the Federal Council to require those providing food and drinks intended for consumption on their premises to have attended a training course on hygiene.

#### b. Recognition of qualifications

With regard to the recognition of qualifications, the revised Act aims to harmonise procedures for the recognition of qualifications among the cantons, by basing these, in relation to the professions covered by the agreement, on the rules contained in the Bilateral Agreement on the free movement of persons.

An important exception to these new regulations is provided in respect of intercantonal agreements. Where cantons provide for the mutual recognition of qualifications in an intercantonal agreement, these provisions apply in relation to the IMA.

#### c. Comco's Right Of Appeal

The revision introduces the possibility for the Comco to appeal against decisions that place an improper restraint on access to the market. This new instrument should permit the Comco to request the courts to clarify issues on access to the market that are still unresolved and will allow the internal market to be implemented. This is all the more important as disadvantaged individuals have so far only rarely made use of their right of appeal.

There has been much debate in Parliament over the extent of Comco's right of appeal in relation to public procurement in the cantons and communes. The revision of IMA takes account of planned legislation relating to the Federal Supreme Court which provides that, in the area of public procurement, only decisions relating to legal issues of fundamental importance and connected with public procurement contracts that exceed the relevant threshold values may be subject of an appeal to the Federal Supreme Court. The National Council proposed extending Comco's right to appeal to the Federal Supreme Court to government procurement contracts that were below the relevant threshold values. The Council of States refused to introduce this exception into the planned legislation on the Federal Supreme Court. After the matter was

passed back and forth between the Chambers several times, the National Council withdrew its proposal and accepted the opinion of the upper Chamber.

#### d. Other modifications

The Parliament finally ratified various other amendments of less significance. Besides a number of terminological adjustments, the revised Act includes a more precise definition of the concept of a gainful activity, clarifying the material scope of application of the IMA.

In addition, the cantons and communes are now required, when relinquishing their monopoly rights and outsourcing their operations to private companies in the form of concessions, to do this by means of a tendering procedure.

The revised Act finally introduces new provisions on administrative assistance, which are intended to guarantee collaboration between the authorities concerned by providing a solid legal basis for such procedures. Added to this is the introduction of a duty for individuals involved in Comco investigations to provide information. To ensure compliance with this duty, it must be possible to impose penalties in cases of non-compliance or in the event of violations. The Act therefore provides sanctions.

The Parliament also added a provision to the initial legislative bill stating in specific terms the Cassis-de-Dijon principle relating to the application of federal legislation by the cantons. Thus, if the placing on the market of goods or services on Swiss territory has been approved in any one canton on the basis of a federal act, this approval applies throughout Switzerland.

### 5. Conclusion

For Comco, the adoption of this revised Act will lead to additional work. Firstly, cantonal and communal legislation will from now on have to comply with more strict criteria. Comco will have to ensure this by means of supervision, a systematic analysis of this legislation, and by making recommendations to the authorities concerned where required. Secondly, the new powers that it has been given mean that it must systematically monitor decisions on access to the market made by the cantons and communes in order to be able to exercise its right of appeal effectively. Only in this way will it be possible to establish a practice that will be capable of ensuring improved professional mobility and a strengthening of Swiss economic competitiveness.

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

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

B 1	1. <i>Vorabklärungen</i> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. <i>Profilierung von Bauvisieren</i>

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

*Accord illicite; art. 5 et 7 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart*

*Schlussbericht vom 19. Dezember 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Profilierung von Bauvisieren wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

#### **A Sachverhalt**

1. Mit den Schreiben vom 8. September 2004 und 15. November 2004 beschwerte sich die Swiss Construction Bauvisier GmbH (Swiss Construction) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) über allfällige Missstände im Bereich der Profilierung von Bauvisieren. Swiss Construction ist ein Unternehmen, welches sich auf das Erstellen von Aluminium-Bauvisieren in der Ost- und Innerschweiz spezialisiert hat. Solche Bauvisiere dienen dazu, die äusseren Umrisse von Bauvorhaben im Gelände kenntlich zu machen und sind in den meisten Kantonen im Zusammenhang mit Baueingaben an die Behörden gesetzlich vorgeschrieben.

2. Die Beschwerde der Swiss Construction richtete sich in erster Linie gegen mehrere Ingenieur- und Vermessungsbüros, welche nebst ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit auch in der amtlichen Vermessung tätig sind. Die amtliche Vermessung dient zusammen mit dem Grundbuch der Sicherung von Rechten und Pflichten über Grund und Boden. Plant beispielsweise ein Architekturbüro den Bau oder die Gestaltung eines Gebäudes, benötigt es genaue Angaben über Grundstücksgrenzen, den Verlauf von Röhren, Leitungen und vieles mehr. Die erforderlichen Informationen finden sich im Grundbuch und in verschiedenen Plänen, wie dem Orts-, dem Zonenplan oder dem Leitungskatasterplan.

3. Die amtliche Vermessung ist in der Mehrzahl der deutschsprachigen Kantone so organisiert, dass die amtlichen Nachführungsgeometer, welche für die Nachführung des Vermessungswerkes sowie die Da-

tenabgabe an Dritte zuständig sind, gleichzeitig in privaten Ingenieur- und Vermessungsbüros tätig beziehungsweise oftmals Eigentümer dieser Unternehmen sind. Durch diese Vermischung von amtlichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten entsteht ein erhebliches Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen zu Ungunsten von rein privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen. Allgemein können in diesem Zusammenhang drei Problemkreise identifiziert werden. Erstens besteht ein Informations- und Akquisitionsvorsprung der Nachführungsgeometer, da sie schon im Rahmen der Datenabgabe mit potenziellen Kunden in Kontakt treten können und über alle geplanten Bauvorhaben in ihrer Region informiert sind. Zweitens kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine gewisse Diskriminierung zwischen den Datenbezüglern vorgenommen wird, zum Beispiel im Sinne einer bevorzugten Behandlung von Kunden, welche nebst dem Datenbezug auch andere Dienstleistungen nachfragen. Schliesslich kann die Tatsache, dass die Unternehmen der Nachführungsgeometer über einen betriebsinternen Zugriff auf die Daten der amtlichen Vermessung verfügen sowie das Nachführungsmandat im Allgemeinen zu einem Kostenvorteil gegenüber der Konkurrenz führen.

4. Im Rahmen der Beschwerde von Swiss Construction hat sich zudem gezeigt, dass verschiedene von Nachführungsgeometern geführte Ingenieur- und Vermessungsbüros in den letzten zwei Jahren direkt oder über neugegründete Tochterfirmen mit der Profilierung von Bauvisieren begonnen haben. Zusätzlich zu diesem auffallend gleichzeitigen Markteintritt gaben mehrere Unternehmen auf ihren Homepages eine Kernregion an, in welcher sie Profilierungen vornehmen und verwiesen für Aufträge ausserhalb dieser Kernregion auf "Partnerunternehmen".

5. Zur Abklärung, ob im Bereich der Profilierung von Bauvisieren möglicherweise kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen vorliegen, eröffnete das Sekretariat am 13. Mai 2005 eine Vorabklärung nach Artikel 26 Kartellgesetz (KG). In diesem Zusammenhang wur-

den Fragebogen an sechs Ingenieur- und Vermessungsbüros versandt. Dabei handelte es sich um DUNA Bauprofile (DUNA), Donatsch Ingenieur- & Vermessungsbüro (Donatsch), Geoterra AG (Geoterra), KOPA Bauprofile (KOPA), Degima SA (Degima) und GABARITS Sàrl (Gabarits).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die genannten Ingenieur- und Vermessungsbüros sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

7. Vorab ist festzuhalten, dass die Organisation und operative Durchführung der amtlichen Vermessung den Kantonen obliegt. Diese regeln Nachführung, Unterhalt und Abgabe von Daten der amtlichen Vermessung in kantonalen Verordnungen. Auch die Gebührenregelung für den Bezug solcher Daten wird in Verordnungen festgelegt. Es bestehen folglich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG, die amtliche Vermessung entzieht sich dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Die in Randziffer 3 angesprochenen möglichen Wettbewerbsverzerrungen, welche aufgrund der gleichzeitigen Ausführung von amtlichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten resultieren, können folglich nicht Gegenstand dieser Vorabklärung sein.

8. Im zu beurteilenden Markt, auf welchem die Ingenieur- und Vermessungsbüros rein privatwirtschaftlich tätig sind, gibt es hingegen keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Eine möglicherweise bestehende Gebietsabsprache betreffend der Profilierung von Bauvisieren fällt deshalb nicht unter die vorbehaltenen Vorschriften. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird in diesem Bereich von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

#### B.3.1 Wettbewerbsabrede

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

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

12. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die Kerngebiete der einzelnen Unternehmen und die von ihnen auf ihren Homepages weiterempfohlenen Partnerunternehmen auf. Aus der Tabelle geht hervor, dass ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken an einer Abrede in vorliegendem Fall nicht offensichtlich ist. Nur drei Unternehmen (KOPA, DUNA und Donatsch) verweisen auf ihrer Homepage überhaupt auf andere Unternehmen. Bezüglich Degima und Gabarits kann zudem festgehalten werden, dass diese seit jeher auf die Profilierung von Bauvisieren spezialisiert sind und keine Partnerunternehmen ausserhalb ihrer Kerngebiete empfehlen. Ein kollusives Zusammenwirken dieser beiden Unternehmen mit den anderen Ingenieur- und Vermessungsbüros scheint auch aufgrund der Regionalität des Bauvisiermarktes (vgl. Rz. 18 ff.) wenig wahrscheinlich, da sich ihre Kerngebiete in der französisch- beziehungsweise italienischsprachigen Schweiz befinden.

<i>Unternehmen</i>	<i>Kerngebiet</i>	<i>Empfohlene Partnerunternehmen</i>
Geoterra	Raum Zürich, Innerschweiz	-
KOPA	Nordwestschweiz	Geoterra, Donatsch, DUNA, Degima, Gabarits
Donatsch	Churer Rheintal und Umgebung	KOPA, Lutz und Schmid
DUNA	Berner Oberland, Aare- und Gürbetal	Geoterra, Donatsch, KOPA, Degima, Gabarits
Degima	Tessin	-
Gabarits	Fribourg, Riviera, La Côte, Chablais, Nord Vaudois, Valais romand	-

Tabelle 1

13. Geoterra, KOPA, Donatsch und DUNA sind hingegen alles von Nachführungsgeometern geführte Unternehmen, welche teilweise aneinandergrenzende Kerngebiete bedienen. Aus den Antworten auf die Fragebogen des Sekretariats geht auch hervor, dass die Firmeninhaber als Berufskollegen einen gelegentlichen Erfahrungsaustausch pflegen und die Idee, in den Bauvisiermarkt einzusteigen, zusammen besprochen wurde. Dies könnte auf ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken hindeuten.

14. Zur Frage, ob eine Abrede vorliegt, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, kann Folgendes angeführt werden. Gemäss den übereinstimmenden Angaben der Geoterra, KOPA, Donatsch und DUNA bestehen zwischen diesen Unternehmen weder Beteiligungen noch sonstige Verträge oder Abmachungen. Ob die Tatsache, dass auf der



Homepage eines Unternehmens andere, ausserhalb des Kerngebietes tätige Unternehmen weiterempfohlen werden, ausreicht, um eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zu begründen, scheint fraglich. Selbst wenn dies bejaht würde, kann der vorliegende Sachverhalt, wie nachfolgend aufgezeigt, jedoch nicht als kartellrechtlich bedenklich eingestuft werden.

### B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

15. Eine Gebietsabsprache würde unter Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG fallen und somit einen Vermutungstatbestand darstellen. Auch die Voraussetzung, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, wäre gegeben.

16. Um festzustellen, ob eine eventuelle Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt beziehungsweise eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### B.3.2.1 Relevanter Markt

17. Als sachlich relevanter Markt kann der Markt für die Profilierung von Bauvisieren identifiziert werden.

18. Bezüglich der räumlichen Abgrenzung des relevanten Marktes kann festgehalten werden, dass dieser eine regionale Dimension aufweist. Alle Unternehmen geben an, dass der ausschlaggebende Faktor in der Kostenkalkulation die Fahrdistanz darstelle, das heisst insbesondere die während der "unproduktiven" Anfahrtszeit anfallenden Lohnkosten, was die Konzentration der Unternehmen auf eine Kernregion erklärt.

19. Wie es allgemein aufgrund von Transport- beziehungsweise Zeitkosten  $[c(d)]$  zur Bildung von Kernregionen kommen kann, sei grafisch am Beispiel von zwei Unternehmen (X,Y), welche an den entsprechenden Standorten auf der Abszisse domiziliert sind, illustriert (vgl. Abbildung 1).

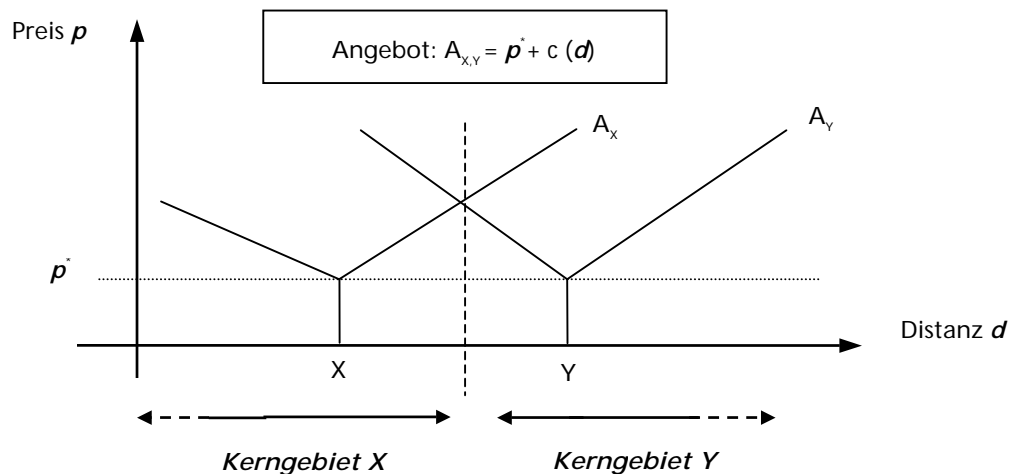


Abbildung 1

#### B.3.2.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

20. Aufgrund der Abhängigkeit der Konkurrenzfähigkeit von der Fahrdistanz ist es schwierig, genaue Marktanteile der betroffenen Unternehmen zu bestimmen. So geben die meisten Unternehmen an, in ihrer unmittelbaren Umgebung über Marktanteile zwischen 15% und 30% zu verfügen, machen jedoch darauf aufmerksam, dass dieser Marktanteil mit einer Fahrdistanz von ca. 30-40 Minuten gegen Null tendiert. Über ihre Kerngebiete betrachtet, gehen die Unternehmen von durchschnittlichen Marktanteilen zwischen 2% und 5% aus. Innerhalb der Kerngebiete können die Marktanteile der zur Diskussion stehenden Unternehmen folglich als unproblematisch bezeichnet werden.

21. Die Konkurrenzverhältnisse auf lokaler Ebene sind gemäss der Angaben der Unternehmen dadurch charakterisiert, dass in den meisten Ortschaften Bauunternehmen und/oder Zimmermannsbetriebe existieren, welche als Ergänzung ihrer Dienstleistungspalette

auch die Profilierung von Bauvisieren anbieten. Zudem sind einige als überregional zu bezeichnende, auf die Erstellung von Bauvisieren spezialisierte Unternehmen auf dem Markt tätig. Zu diesen Unternehmen gehört, neben der Keller + Steiner AG und der Sivag, auch die sich beschwerende Swiss Construction. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass genügend aktueller Wettbewerb besteht.

22. Auch dürfte das Bestehen von potenziellem Wettbewerb bejaht werden, da keine grösseren Markteintrittsschranken vorhanden sind. So werden für die Profilierung von Bauvisieren keine speziellen Qualifikationen oder Voraussetzungen wie Fähigkeitsnachweis, Diplome oder sonstige Zulassungen benötigt. Einzig ein gewisses basistechnisches Vermessungswissen für die korrekte Positionierung der Bauvisiere ist erforderlich.

### **B.3.3 Ergebnis**

23. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den zur Diskussion stehenden Ingenieur- und Vermessungsbüros keine Beteiligungen, Verträge oder sonstige Abmachungen existieren, welche Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich problematische Verhaltensweise liefern. Ob die Tatsache, dass auf der Homepage eines Unternehmens andere, ausserhalb des Kerngebietes tätige Unternehmen weiterempfohlen werden, ausreicht, um eine Abrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG zu begründen, scheint fraglich. Selbst wenn dies bejaht würde, liegen keine Anhaltspunkte vor, welche eine Beseitigung oder Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vermuten lassen würden.

24. Trotzdem kann abschliessend vermerkt werden, dass die Beschwerde der Swiss Construction nicht völlig unbegründet ist, auch wenn kein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vorliegt. Dies aufgrund der in Randziffer 3 erläuterten Problematik im Bereich der amtlichen Vermessung. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass die neu in den Bauvisiermarkt eingetretenen Unternehmen der Nachführungsgeometer aufgrund ihrer regionalen Monopolstellungen bezüglich der Abgabe von Daten der amtlichen Vermessung

über einen gewissen Wettbewerbsvorteil verfügen. Dieser begründet sich insbesondere über deren Informations- und Akquisitionsvorsprung, da für die Profilierung von Bauvisieren zwingend Daten der amtlichen Vermessung benötigt werden. Auch könnte die Möglichkeit einer Mischrechnung, das heisst eine Quersubventionierung zwischen Einnahmen aus der amtlichen und der privatwirtschaftlichen Tätigkeit einen entscheidenden Kostenvorteil für die Unternehmen der Nachführungsgeometer bewirken. Die Behebung solcher möglicher Wettbewerbsverzerrungen kann jedoch nicht direkt im Rahmen des Kartellgesetzes erwirkt werden, sondern würde eine wettbewerbsneutrale Organisation der amtlichen Vermessung auf Ebene der einzelnen Kantone bedingen.

### **C Schlussfolgerungen**

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

- 1) stellt das Verfahren ohne Kostenfolgen ein;
- 2) empfiehlt der Wettbewerbskommission, im Bereich der amtlichen Vermessung eine Empfehlung gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG zu erlassen.

B 1.1

**2. Lieferung von Nivarox-Assortiments****Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG****Pratique illicite; art. 7 LCart****Pratiche illecito; art. 7 LCart**

**Schlussbericht vom 21. Dezember 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend einer möglichen zahlenmässigen Koppelung von Assortiments an die Liefermenge von Ebauches der ETA wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG**

**A Sachverhalt****A.1 Gegenstand der Vorabklärung**

1. Die Nivarox FAR SA, Le Locle (nachfolgend: Nivarox), ist eine Tochtergesellschaft der Swatch Group AG, Biel (nachfolgend: Swatch Group). Ihre Geschäftstätigkeit besteht namentlich in der Herstellung von so genannten "Assortiments" (vgl. unten Rz. 2 und 30 f.) sowie im Verkauf von diesen an die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (nachfolgend: ETA; ebenfalls eine Tochtergesellschaft der Swatch Group und Herstellerin sowie Verkäuferin von Ebauches resp. Uhrwerken) sowie an sämtliche Hersteller von mechanischen Uhren respektive Uhrwerken.

2. Das Assortiment bildet das Herzstück, den regulierenden Bestandteil eines mechanischen Uhrwerks. Es besteht aus diversen Einzelteilen wie Unruh, Spirale, Ankerrad und Anker. Unter einem Ebauche versteht man die rohen Bestandteile eines mechanischen Uhrwerks in Form eines Bausatzes, welcher zusammen mit einem Assortiment ein vollständiges mechanisches Uhrwerk, ein Mouvement, ergibt.<sup>1</sup>

3. Die La Joux Perret SA, La-Chaux-de-Fonds (nachfolgend: La Joux Perret; vormals Jaquet SA), ist eine schweizerische Aktiengesellschaft, dessen Kerngeschäft in der "Modifikation" von Ebauches respektive Mouvements besteht. Dabei werden Ebauches vor dessen Verarbeitung mit den entsprechenden Assortiments zu fertigen Uhrwerken mit zusätzlichen Funktionen ausgestattet beziehungsweise veredelt (z.B. markenspezifische Gravuren, Dekorationen, Grossdatum, Mondphasen, Tourbillon etc.). Daneben produziert La Joux Perret eigene Uhrwerke, deren Bestandteile mit Ausnahme des Assortiments vollumfänglich intern hergestellt werden. Dabei handelt es sich einerseits um hochpreisige, artisanale Werke, welche nur in geringer Stückzahl hergestellt werden (sog. "Manufakturwerke") oder um eigene Entwicklungen. Volumenmässig bewegt sich die Herstellung dieser eigenen Werke jedoch deutlich unter derjenigen von modifizierten Werken. La Joux Perret produziert des Weiteren kundenspezifische Komplikationsmodule für Uhrwerke, welche von den Kunden selbst montiert werden. Die Kunden von La Joux Perret bestehen aus einer Vielzahl von Luxusuhrenmarken. La Joux Perret ist langjährige Kundin von Nivarox.<sup>2</sup>

4. La Joux Perret gelangte an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) zur Prüfung der Verhaltensweisen von Nivarox und ETA respektive der Swatch Group. Nivarox wurden namentlich wiederholte Lieferverzögerungen und Lieferstopps bezüglich der bestellten Assortiments, eine indirekte Beschränkung der Liefermenge von Nivarox-Assortiments durch deren zahlenmässige "Koppelung" an die Liefermenge von Ebauches der ETA sowie massive Preiserhöhungen in den letzten Jahren vorgeworfen.

5. Die Sellita Watch Co SA, La Chaux-de-Fonds (nachfolgend: Sellita), ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in La-Chaux-de-Fonds. Das Kerngeschäft von Sellita besteht in der Herstellung von Uhrwerken, also in der Montage von Ebauches und Assortiments zu fertigen Uhrwerken. Dabei montiert Sellita Uhrwerke nach speziellen Wünschen und Erfordernissen ihrer Kunden. Zu den Kunden von Sellita zählt eine Reihe von Uhrenmarken von guter und sehr guter Qualität sowie Unternehmen, welche montierte Uhrwerke modifizieren.<sup>3</sup>

6. Auch Sellita beklagte sich beim Sekretariat über einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Nivarox beziehungsweise durch die Swatch Group und machte unter anderem die Unzulässigkeit von Lieferbeschränkungen im Sinne einer zahlenmässigen "Koppelung" der zu liefernden Assortiments an die Liefermenge Ebauches von ETA geltend.

7. Um den gegebenen Sachverhalt und die Gründe der geltend gemachten Beanstandungen besser zu verstehen sowie aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs der vorliegenden Vorabklärung mit dem ETA-Verfahren sind nachfolgend einige Ausführungen zum zweitgenannten Verfahren notwendig.

8. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) hat mit Verfügung vom 8. November 2004<sup>4</sup> festgestellt, dass ETA auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Als nachgelagerter Markt wurde der Markt für montierte Uhrwerke (Mouvements) definiert. Die Untersuchung wurde mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen. Darin verpflichtete sich ETA, ihren bisherigen Kunden bis Ende 2008 in leicht reduziertem Umfang und anschliessend für wei-

<sup>1</sup> Vgl. auch RPW 2005/1, S. 128 ff., ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

<sup>2</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 5 f.

<sup>3</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 8.

<sup>4</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff.

tere zwei Jahre in stärker reduziertem Umfang Ebauches für mechanische Uhrwerke zu liefern.<sup>5</sup>

9. Der Grund für die Eröffnung der Untersuchung stellte das von ETA geplante, so genannte phasing-out dar. Dieses sah vor, dass ETA die Liefermengen von Ebauches ab dem 1. Januar 2003 reduzieren und die Lieferungen ab dem 1. Januar 2006 gänzlich einstellen würde. Während der dreijährigen phasing-out-Periode plante ETA, in dem Umfang Uhrwerke zu liefern, in welchem sie die Lieferung von Ebauches reduzieren wollte. Durch die einvernehmliche Regelung wurde bewirkt, dass sämtliche Abnehmer von Ebauches bis ins Jahr 2008 in leicht reduziertem Umfang respektive bis ins Jahr 2010 in stärker reduziertem Umfang Ebauches von ETA beziehen können. Das phasing-out wurde somit bis ins Jahr 2008 respektive 2010 verlängert.<sup>6</sup>

10. La Joux Perret und Sellita beanstandeten die zahlenmässige Koppelung der zu liefernden Assortiments an die Liefermenge Ebauches von ETA deshalb, weil eine solche dem Effekt eines phasing-out auch für Assortiments gleichkommen würde. Beide machten geltend, dass eine solche Verhaltensweise, wie auch das eigentliche phasing-out, als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Nivarox respektive der Swatch Group zu qualifizieren sei.

11. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bildeten somit die Abklärungen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Artikel 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251; KG) vorliegen.

## A.2 Verfahren

12. Am 13. August 2002 ging beim Sekretariat seitens La Joux Perret ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 ff. KG in Bezug auf die Verhaltensweisen von Nivarox und ETA respektive der Swatch Group ein (vgl. oben Rz. 4). Beantragt wurde die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung sowie der Erlass vorsorglicher Massnahmen.

13. Am 30. August 2002 reichte Sellita ebenfalls ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von ETA beziehungsweise der Swatch Group ein (vgl. oben Rz. 6). Sellita machte zudem geltend, die gegen ETA laufende Untersuchung müsse auf Nivarox ausgedehnt werden.

14. Am 3. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat gegen ETA eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ETA. Das Sekretariat eröffnete deshalb am 4. November 2002 im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen vereinbarte die Weko am 18. November 2002 mit ETA in einer einvernehmlichen Regelung insbesondere die Weiterführung der Lieferungen von mechanischen

Ebauches für die Dauer des Untersuchungsverfahrens vor der Weko in reduziertem Umfang.

15. Am 4. Dezember 2003 wurde gegen Nivarox in einem separaten Verfahren eine Vorabklärung eröffnet. In einem ersten Fragebogen wurden Nivarox insbesondere Fragen zur Abklärung ihrer Stellung auf dem relevanten Markt (Marktstruktur und -anteile, Produktsortiment, Liefermengen, Preisentwicklung, Abnehmer) sowie zu den in Frage stehenden Verhaltensweisen (Lieferverzögerungen, Koppelung von Ebauches und Assortiments) gestellt.

16. Das Sekretariat führte zudem im Rahmen des Verfahrens gegen ETA diverse Sitzungen mit Unternehmen durch, von denen bekannt war, dass sie beabsichtigten, mit Bestandteilen (Ebauches und Assortiments) oder fertigen Uhrwerken in den Markt einzutreten. Am 17. März 2004 versandte das Sekretariat deshalb einen Fragebogen an sieben dieser Unternehmen. Letztere wurden aufgefordert, ihre Projekte anhand ihrer Businesspläne vorzustellen. Das Sekretariat stellte insbesondere Fragen zur Produktpalette, zum beabsichtigten Produktionsvolumen, zum Zeithorizont und zu den erwarteten Kosten. Sechs der befragten Unternehmen beantworteten den Fragebogen und liessen dem Sekretariat ihre Businesspläne zukommen.

17. Mit Datum vom 30. November 2004 versandte das Sekretariat sodann einen Fragebogen an die Kunden von Nivarox. Darin wurden insbesondere Fragen gestellt zur Abklärung der Marktstellung von Nivarox (Marktstruktur, Produktsortiment, Liefermengen, Preisentwicklung, Abnehmer) sowie zu den in Frage stehenden Verhaltensweisen von Nivarox (Lieferverzögerungen, Koppelung von Ebauches und Assortiments).

18. Mit Datum vom 20. Mai 2005 wurde Nivarox ein zweiter Fragebogen betreffend Kalkulationsgrundlagen, Preisgestaltung und Zahlungskonditionen zugestellt.

19. In den Sitzungen vom 22. September 2005 und 12. Oktober 2005 wurden den Parteien die Ergebnisse der Auswertung der Fragebogen mündlich zur Kenntnis gebracht sowie auch das weitere Vorgehen besprochen.

20. Die nachfolgenden Ausführungen halten diese Ergebnisse fest und sollen darlegen, weshalb Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Nivarox gegeben sind, ab dem Jahre 2004 jedoch keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch dieser Stellung mehr vorliegen und die Vorabklärung deshalb ohne Folgen eingestellt wird.

<sup>5</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff.

<sup>6</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

21. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten hierbei sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

22. Bei Nivarox handelt es sich um ein privates Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG.

### **B.2 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

23. 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).

24. Nachfolgend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte bestehen, dass Nivarox über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese Stellung missbraucht, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen würden.

#### **B.2.1 Marktbeherrschende Stellung**

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

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

##### **B.2.1.1 Relevanter Markt**

###### **Sachlich relevanter Markt**

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

28. Um den relevanten Markt abzugrenzen, müssen vorab die Besonderheiten der von Nivarox hergestellten Produkte und deren Besonderheiten für ihren Gebrauch dargelegt werden.

###### **Assortiments für mechanische Uhrwerke**

29. Wie bereits die Untersuchung in Sachen ETA,<sup>7</sup> spielt sich auch die vorliegende Vorabklärung im Bereich der Produktion von mechanischen Uhren ab. Die vorliegend zu prüfenden Verhaltensweisen von Niva-

rox beziehen sich ebenfalls auf die Produktion und den Verkauf von Bestandteilen für mechanische Uhrwerke.<sup>8</sup>

###### **Das Angebot von Nivarox**

30. Aus Sicht der Nachfrager sowie in technischer Hinsicht besteht die vorliegend relevante Produktpalette aus:

- Bestandteilen des Regulators: die Unruh und die Spirale bilden die regulierenden Bestandteile der mechanischen Uhr. Diese Elemente führen sozusagen das Zählen der Zeit aus. In einer Uhr ist das feststellende Organ das Pendel. Die Spirale als kleine Feder wird als Seele der mechanischen Uhr betrachtet. Dank ihrer Elastizität erlaubt die Spirale der Unruh eine gleichmässige Gangregelung.
- Assortiment: Gesamtheit der regulierenden Bestandteile des mechanischen Uhrwerks im Sinne der Hemmung. Letztere stellt einen zwischen das Räderwerk und das regulierende Organ gestellten Mechanismus dar, welcher die Ganggenauigkeit des Uhrwerks gewährleistet. Die Hemmung besteht aus dem Ankerrad, dem Anker und dem Plateau.

31. Der Einfachheit halber wird nachfolgend die Gesamtheit der oben erwähnten Komponenten als Assortiment bezeichnet.

###### **Marktgegenseite**

32. Als Marktgegenseite gelten die Abnehmer der Produkte von Nivarox. Zu den Kunden von Nivarox gehören Monteure, Modifizierer sowie Uhrenhersteller beziehungsweise Uhrenmarken, welche ihre Uhrwerke selber montieren und/oder modifizieren und dann in ihre Uhren einbauen.<sup>9</sup> Zur Marktgegenseite gehören somit insbesondere Sellita und La Joux Perret, die Assortiments von Nivarox beziehen.

33. Während es unter den Uhrenherstellern auch solche gibt, die bereits fertig montierte und modifizierte Uhrwerke in ihre Uhren einbauen, fragen Monteure ausschliesslich Assortiments und Ebauches nach. Ihre Geschäftstätigkeit besteht gerade in der Herstellung ("Montage") eines Uhrwerks. Modifizierer fragen in der Regel ebenfalls Assortiments und Ebauches nach, da gerade die komplexeren Komplikationsmodule nicht auf bereits montierten Werken angebracht werden können.<sup>10</sup> Entsprechend der Untersuchung in Sachen ETA<sup>11</sup> stellt die Möglichkeit des Bezugs von bereits fertig montierten Uhrwerken (mit Assortiments

<sup>7</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 42.

<sup>8</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 42.

<sup>9</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 44.

<sup>10</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 45.

<sup>11</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 46.

von Nivarox versehen) anstelle der einzelnen Assortiment-Bestandteile für Monteure und Modifizierer keine Alternative dar. Der sachlich relevante Markt ist somit auf mechanische Assortiments zu beschränken.

### *In der Schweiz produzierte Assortiments*

34. Aufgrund der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren (SR 232.119) ist die Montage eines "swiss-made"-Uhrwerks grundsätzlich möglich, auch wenn hierbei ausländische Assortiments verwendet würden.<sup>12</sup>

35. Befragungen der Marktgegenseite in der Untersuchung ETA ergaben, dass eine überwiegende Mehrheit (ca. 80%) Ebauches nachfragen, welche in der Schweiz produziert werden. Es handelt sich dabei um ein Marketingkonzept, um dem "swiss-made"-Label mehr Ausdruck zu verleihen beziehungsweise das "swiss-made"-Image aufrechtzuerhalten und zu pflegen. Dieses Image soll durch die ausschliessliche Verwendung inländischer Komponenten für ein Uhrwerk geschützt werden, weshalb es über die in der Verordnung über die Benützung des Schweizer Namens für Uhren festgehaltenen Minimalstandards hinausgeht. Aus Marketinggründen kommt die Verwendung ausländischer Komponenten für eine "swiss-made"-Uhr daher nicht in Frage.<sup>13</sup>

36. Vorliegend ist für Assortiments grundsätzlich von den gleichen Erwägungen auszugehen. Diese Schlussfolgerung wird insbesondere durch den Umstand gestützt, dass es sich bei Assortiments um das so genannte Herzstück eines mechanischen Uhrwerks handelt. Kunden der Monteure und der Modifizierer, das heisst hauptsächlich die Uhrenmarken, können sich nicht erlauben, ein Mouvement zu kaufen, das ein nicht in der Schweiz angefertigtes Assortiment enthält, wenn ihre Uhr das Label "swiss-made" tragen soll. Die Herstellung von Uhrwerken, welche nicht in der Schweiz gefertigte Assortiments enthalten, ist zum heutigen Zeitpunkt somit aus Gründen des Marketings und auch aus Gründen der Qualität nicht denkbar. Selbst wenn die beiden vorgenannten Gründe als nicht gegeben betrachtet würden, so wären die anfallenden, sehr hohen Transaktionskosten beim Wechsel auf einen anderen Anbieter in die Beurteilung mit einzubeziehen.

### *Substituierbarkeit der Nachfrage*

37. Im Verfahren ETA wurde festgestellt, dass "jede Uhr mit einem speziellen Uhrwerk ausgestattet ist, welches wiederum auf einem bestimmten Ebauches-Kaliber basiert. Um ein Uhrwerk für ein bestimmtes, bereits existierendes Uhrenmodell zu produzieren, kann daher nur ein bestimmtes Kaliber verwendet werden, welches sich durch eine bestimmte Technik und einen bestimmten Preis auszeichnet. Wird dieses Kaliber nicht mehr produziert, kann das Uhrwerk beziehungsweise das Uhrenmodell nicht mehr in der bisherigen Form hergestellt werden. Mit einem anderen Uhrwerk wäre die Uhr eine andere".<sup>14</sup>

38. Gleiches hat grundsätzlich auch für Assortiments zu gelten. So sind ebenfalls die jeweiligen Assortiments für die einzelnen Uhrwerke eigen, mit dem es

montiert wird. Die Fertigung eines Uhrwerks für ein bereits existierendes Uhrenmodell kann nur mit einem einzigen Kaliber (Ebauche und dazugehöriges Assortiment) erfolgen. Somit versorgen sich die Abnehmer von Uhrwerken, das heisst Uhrenhersteller, mit Uhrwerken für jeweils eine spezifische Uhr. Ein bereits existierendes Uhrenmodell kann nicht mit anderen Uhrwerken angefertigt werden (z.B. 2824 ETA), ohne die nahezu vollständige Änderung der Uhr in Kauf nehmen zu müssen. Eine solche Änderung müsste grundsätzlich als nicht zumutbare Aufwendung qualifiziert werden.

39. Für bereits existierende Uhrenmodelle kann der Kalibertyp nicht mehr geändert werden. Da die jeweiligen Assortiments spezifisch für die einzelnen Uhrwerke hergestellt werden, können Monteure und Modifizierer jeweils bloss diejenigen Assortiments nachfragen, welche für das vom Kunden bestellte Uhrwerk respektive für das bereits bestehende Uhrenmodell vorgesehen ist. Somit sind zum Beispiel jeweils bloss diejenigen Assortiments untereinander substituierbar, welche mit dem entsprechenden Uhrwerk 2824 von ETA kompatibel sind.

40. Da die Assortiments der einzelnen Kaliber untereinander nicht als substituierbar betrachtet werden können, wäre der relevante Markt als mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments für jeweils ein bestimmtes Kaliber abzugrenzen. Ob für die vorliegende Vorabklärung tatsächlich eine solche Abgrenzung des relevanten Marktes vorgenommen werden müsste, kann jedoch offen gelassen werden, da einerseits bereits bei der dargelegten weiteren Marktabgrenzung für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments genügend Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung gegeben sind, andererseits zum heutigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise mehr vorliegen.

### *Angebotsumstellungsflexibilität*

41. Die Umstellung der Produktion von einem Kaliber einer Kaliberfamilie derselben Preiskategorie auf ein anderes Kaliber derselben Kaliberfamilie derselben Preiskategorie ist technisch problemlos möglich. Ein Unternehmen, das imstande ist, Assortiments für ein bestimmtes Kaliber einer Familie zu liefern, ist grundsätzlich innert kurzer Zeitspanne sowie unter geringer Kostenfolge imstande, Assortiments für sämtliche Kaliber der entsprechenden Familie zu produzieren. Die Produktionsmaschinen erfordern zwar eine Umrüstung, was eine gewisse Bearbeitungszeit in Anspruch nimmt, insgesamt können der Kosten- und der Zeitaufwand für diese Umrüstung jedoch als nicht übermässig erachtet werden.

42. Der sachlich relevante Markt ist für die vorliegende Vorabklärung auf mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments zu beschränken.

<sup>12</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 47 ff.

<sup>13</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 49 f.

<sup>14</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 55 ff.

### **Räumlich relevanter Markt**

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

44. Wie oben bereits dargelegt (Rz. 34 ff.), können für die vorliegend interessierenden Assortiments grundsätzlich dieselben Überlegungen wie bereits für die Ebauches angestellt werden. Assortiments ausländischer Herkunft sind somit nicht als mit schweizerischen Assortiments substituierbar, das heisst als taugliche Alternative zu betrachten. Aus den genannten Marketing- ("swiss-made") und Qualitätsgründen ist der räumlich relevante Markt daher auf die Schweiz zu beschränken.

#### **B.2.1.2 Beurteilung der Marktstellung**

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

#### **Aktuelle Konkurrenz**

46. Die mechanische Uhrenindustrie ist vertikal unterteilt.<sup>15</sup> Im Rahmen dieser vertikal aufgegliederten Marktstruktur (Konzeption der Uhrwerke, Herstellung von Assortiments wie auch Ebauches, Montage, Anbringen von Komplikationen, Verkauf und Marketing durch die Uhrenmarken) verlangt jede dieser Stufen von den Unternehmen spezielle Fähigkeiten (Know-how) wie auch spezifische Produktionswerkzeuge, die als Markteintrittsbarrieren zu qualifizieren sind.

47. Auch wenn einige Unternehmen oder Gruppen vertikal beinahe vollständig integriert sind, ist zum heutigen Zeitpunkt die grosse Anzahl der Akteure bloss auf einer dieser Marktstufen tätig. Dies ist insbesondere für die Herstellung von Assortiments und Ebauches, die Montage von Uhrwerken sowie das Anfertigen von Komplikationen der Fall.

48. Wie bereits im Verfahren betreffend ETA festgestellt, beziehen die Uhrenhersteller die in ihren mechanischen Uhren enthaltenen Uhrwerke von Monteuren und Modifizierern oder die entsprechenden Uhrwerke werden von den Unternehmen der Uhrenmarken selbst hergestellt. Nur einige wenige Marken verfügen über ihre eigene Manufaktur.<sup>16</sup>

49. Da für jedes mechanische Uhrwerk ein mechanisches Assortiment benötigt wird, ist der nachgelagerte Markt für Uhrwerke mit den in diesem Markt vorherrschenden Wettbewerbsverhältnissen in die Analyse der Marktposition von Nivarox mit einzubeziehen.

50. Im Vergleich zur Marktstellung von ETA im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Ebauches mit einem Stückpreis bis zu CHF 300.- verfügt Nivarox im vorliegend relevanten Markt über eine noch stärkere Marktstellung. Dies veranschaulicht zum Beispiel der Umstand, dass selbst Rolex als Uhrenmarke mit hoher vertikaler Integration bloss vereinzelt Assortiments selbst herstellt, sondern diese grösstenteils von

Nivarox bezieht. In diesem Sinne ist selbst Rolex für den Bezug von Assortiments von Nivarox in einem gewissen Grad abhängig. Die von Rolex eigens produzierten Assortiments werden dabei nur in sehr geringen Mengen und ausschliesslich für den eigenen Gebrauch hergestellt. Aus diesem Grund scheidet Rolex als alternative Quelle beziehungsweise als aktuelle Konkurrentin auf dem Markt für mechanische Assortiments aus.<sup>17</sup> Weiter bestehen einige wenige Uhrenmarken, welche ebenfalls über ihre eigene Manufaktur verfügen, jedoch nur einen kleinen Teil ihres Eigenbedarfs an Assortiments aus eigener Produktion decken können und den Rest bei Modifizierern oder Montageunternehmen einkaufen.

#### **Marktanteile:**

51. Der Anteil der von Nivarox hergestellten Assortiments im Verhältnis zur Gesamtheit der in der Schweiz gefertigten, mechanischen Uhrwerke betrug im Jahr 2004 mehr als 90%. Der Anteil anderer Hersteller sicherlich unter 10% (Rolex, Parmigiani, Jaeger-LeCoultre, Patek Philippe etc.).

52. Nivarox verfügt somit bezüglich in der Schweiz gefertigter, mechanischer Uhrwerke mit einem Assortiment von Nivarox über einen Marktanteil von mehr als 90%. Werden die integrierten Manufakturen nicht berücksichtigt, so verfügt Nivarox auf dem Markt für in der Schweiz gefertigte, mechanische Assortiments über einen noch höheren Marktanteil.

53. Zum heutigen Zeitpunkt ist keines der gegenwärtig auf dem Markt für Assortiments respektive Uhrwerke tätigen Unternehmen in der Lage, Assortiments in vergleichbaren industriellen Mengen wie Nivarox herzustellen oder kann von sich zumindest behaupten, ein nicht unwesentlicher Akteur auf dem relevanten Markt zu sein. Derzeit bestehen neben Nivarox grundsätzlich keine Anbieter von in der Schweiz hergestellten Assortiments respektive Uhrwerken, die das Angebot von Nivarox ersetzen könnten.

54. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass derzeit neben Nivarox grundsätzlich kein anderes Uhren-, Montage- oder Modifizierunternehmen existiert, welches in der Schweiz hergestellte mechanische Assortiments in industriellen Mengen anfertigt oder auch geringere Mengen nur schon an Dritte verkauft. Kein anderes Unternehmen kann Nivarox im heutigen Zeitpunkt ausreichend unter Wettbewerbsdruck setzen. Es bestehen somit Anhaltspunkte, dass kein aktueller Wettbewerb auf dem Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments besteht.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu die grafische Darstellung der aktuellen Wettbewerbssituation in der Uhrenindustrie in: RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 89.

<sup>16</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 67 ff.

<sup>17</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 70.

### **Potenzielle Konkurrenz**

55. Unter der potenziellen Konkurrenz ist die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts, die voraussichtliche Zeitspanne und das voraussichtliche Ausmass solcher Marktzutritte zu prüfen.

56. Das Sekretariat befasste sich im Rahmen des Verfahrens gegen ETA eingehend mit potenziellen Markteintretern und deren Projekten, um mit Bestandteilen (Ebauches und Assortiments) respektive fertigen Uhrwerken in den Markt einzutreten.<sup>18</sup> Diese Abklärungen haben ergeben, dass ein Markteintritt auch auf den vorliegend relevanten Markt sehr zeitintensiv ist.

57. Gleich der Entwicklung und Produktion von Ebauches kann die Entwicklung und Produktion von Assortiments respektive Mouvements in die folgenden Etappen eingeteilt werden:<sup>19</sup>

- Konzepterstellung
- Prototyp-Phase
- Testphase
- industrielle Produktion

58. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass sich aufgrund der höheren technischen Komplexität die Entwicklung und Produktion von Assortiments schwieriger gestaltet als diejenige von Ebauches.

### **Ergebnis**

59. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bedeuten die oben stehenden Erwägungen, dass Nivarox zurzeit einziger aktueller Hersteller und Verkäufer von mechanischen Assortiments ist und grundsätzlich auch kein potenzieller Wettbewerb besteht, der Nivarox ausreichendem Wettbewerbsdruck aussetzen könnte.

60. Es bestehen somit Anhaltspunkte, dass Nivarox über eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügt.

#### **B.2.2 Unzulässige Verhaltensweisen**

61. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unter anderem dann unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen.

62. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Nivarox vorgeworfenen Verhaltensweisen als Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren sind, welche nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden können.

##### **B.2.2.1 Koppelung der Lieferung von Ebauches und Assortiments/sachliche Rechtfertigungsgründe**

63. In ihren Eingaben beanstandeten La Joux Perret und Sellita eine von Nivarox zahlenmässige Koppelung von Ebauches und Assortiments. Es wurde vorgebracht, dass eine zahlenmässige Koppelung der bestellten und zu liefernden Assortiments an die be-

stellte und zu liefernde Menge Ebauches von ETA dem Effekt eines wie schon für die Ebauches geplanten phasing-out auch für Assortiments gleichkommen würde. Ein solches hätte auch nicht bekannt gegeben werden müssen, wie dies durch ETA für Ebauches mit Schreiben im Juli 2002 erfolgte. Durch eine entsprechende Koppelung hätte es sich sozusagen um eine Art "stilles" phasing-out gehandelt. Diese Verhaltensweise, wie auch das eigentliche phasing-out von ETA, sei als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Nivarox respektive der Swatch Group zu qualifizieren.

64. Betreffend die vorgeworfene Koppelung der bestellten und zu liefernden Assortiments an die bestellte und zu liefernde Menge Ebauches von ETA führte eine Mehrzahl der Unternehmen, die sowohl Produkte von Nivarox wie auch von ETA beziehen, aus, dass eine Kontrolle der entsprechenden Liefermengen Ebauches und Assortiments stattgefunden habe. Dies sei unter anderem auch mit Nachfragen um Begründung verbunden worden, wenn eine grössere Menge Assortiments als Ebauches bestellt wurde. Dass in der Vergangenheit Koppelungen zumindest vereinzelt ausgeführt wurden, belegen weiter auch die dem Sekretariat vorliegenden Korrespondenzen zwischen Nivarox mit ihren Abnehmern respektive mit ETA. Nach Meinung des Sekretariats wäre ein phasing-out für Assortiments aufgrund der beschriebenen Marktstellung von Nivarox (vgl. Rz. 45 ff.) aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als problematisch zu beurteilen. Dies gilt insbesondere auch, wenn ein solches phasing-out über die dargelegte Koppelung von Ebauches an Assortiments erzielt würde. Für ein solches Verhalten jedoch bestehen ab dem Jahre 2004 keine Anhaltspunkte mehr.

##### **B.2.2.2 Lieferverzögerungen/sachliche Rechtfertigungsgründe**

65. Die Auswertung der Fragebogen hat ergeben, dass grundsätzlich sämtliche Abnehmer von Assortiments während der nachgefragten Zeitspanne von 2000 bis 2004 in den Jahren 2000 bis 2003 von enormen Lieferverzögerungen betroffen waren.

66. Dies bestätigt auch Nivarox, indem sie diesbezüglich in ihrer Stellungnahme vom 31. März 2004 ausführte, dass es aufgrund nicht vorhersehbarer grosser Bestellmengen sowie betrieblicher Schwierigkeiten zu für alle Beteiligten unangenehmen Lieferverzögerungen kam. Als Gründe für die betrieblichen Schwierigkeiten nannte Nivarox unter anderem die Materialprobleme bei der Produktion der Spirale, welche durch die ihr (der Nivarox) im Jahre 2001 ursprünglich wie auch nachträglich gelieferte, mangelhafte Ware hervorgerufen wurde. Weiter wurden die Unwetter-schäden im Herbst 2002 am Hauptwerk in Fontaines

<sup>18</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 93 ff.

<sup>19</sup> RPW 2005/1, S. 128 ff., Rz. 98 ff.



für die Lieferverzögerungen verantwortlich gemacht, da diese zu weiteren Produktionsausfällen aufgrund der Vernichtung von Materialvorräten führten. Nivarox machte geltend, dass sie im Rahmen der bestehenden Lieferverzögerungen stets darum bemüht gewesen sei, sämtliche ihrer Kunden gleich zu behandeln und die der Swatch Group angehörigen Unternehmen nicht zu privilegieren. Die eingereichten Unterlagen belegen denn auch, dass sämtliche Abnehmer in vergleichbarer Weise von den Lieferverzögerungen betroffen waren, seien dies der Swatch Group angehörige oder dieser nicht angehörige Unternehmen. Die soeben dargelegten Gründe stellen Anhaltspunkte dar, dass die erfolgten Lieferverzögerungen durch sachliche Gründe, so genannte "legitimate business reasons", gerechtfertigt waren.

67. Die von Nivarox eingereichten Unterlagen zeigen auf, dass die aktuelle Situation als stabil bezeichnet werden kann. Die Auslieferungsrückstände konnten grundsätzlich beseitigt werden, so dass branchenübliche Lieferfristen wieder eingehalten werden können. Weiter wird von Seiten Nivarox prognostiziert, dass für die nächsten Jahre keine vergleichbaren Probleme zu erwarten seien. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass gemäss den Angaben von Nivarox stets klar gewesen sei, dass sie grundsätzlich jederzeit unverändert jede Nachfrage befriedige respektive befriedigen wollte. Die Antworten der befragten Abnehmer belegen ebenfalls, dass etwa ab dem Jahr 2003 grundsätz-

lich keine vergleichbaren Lieferverzögerungen mehr zu beanstanden waren.

### **B.2.2.3 Ergebnis**

68. Die vorangehenden Erwägungen zeigen, dass die beanstandeten Verhaltensweisen zum heutigen Zeitpunkt angepasst oder aufgegeben wurden und somit andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr behindert werden.

69. Ab dem Jahre 2004 liegen somit keine Anhaltspunkte mehr vor für ein missbräuchliches Verhalten von Seiten Nivarox.

### **C Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte vorliegen, dass Nivarox über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für mechanische, in der Schweiz hergestellte Assortiments verfügt;
2. stellt fest, dass seit dem Jahre 2004 keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung mehr bestehen;
3. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung ohne weitere Folgen einzustellen.

## B 2

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

B 2	1. <b>Vorsorgliche Massnahmen</b> Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. <b>Teleclub AG</b>

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG*

*Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 LCart*

*Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato, art. 7 LCart*

*Verfügung vom 7. November 2005 betreffend vorsorgliche Massnahmen gegen Teleclub AG wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 KG*

**A. Sachverhalt**

**1. Vorgeschichte**

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

Im Einzelnen wurde beantragt:

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

*Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass der folgenden*

**vorsorglichen Massnahmen:**

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

*a) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Backbone-Netz zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Be-*

*zeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Die Gesuchstellerin stellt ferner den*

**prozessualen Antrag:**

*“Es sei bei Gutheissung der beantragten vorsorglichen Massnahmen einer allfälligen Beschwerde der Gesuchsgegnerinnen gegen die Verfügung betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG zu entziehen.“*

2. Mit Datum vom 23. September 2002 erliess die Wettbewerbskommission vorsorgliche Massnahmen gegen Cablecom und eröffnete gleichzeitig eine Untersuchung gegen Cablecom: Das Dispositiv (ohne Kostenpunkt, Rechtsmittelbelehrung und Eröffnungsformel) lautete folgendermassen:

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

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

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

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

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

3. Cablecom focht die Verfügung an. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wies die Beschwerde mit Entscheid vom 20. März 2003 ab. Dagegen erhob Cablecom Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Mit Entscheid vom 5. September 2003 hob das Bundesgericht den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf die Dispositivziffern 2 und 4 auf. Demgegenüber ist Ziffer 3 des Dispositivs rechtskräftig und hat bis heute Bestand. Inhalt ist das Verbot für Cablecom, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Im Dezember 2002 wurden die digitalen Fernsehsignale der Teleclub gemäss den von der Wettbewerbskommission angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf dem Cablecom Kabelnetz aufgeschaltet. In der Folge konnten sich die Parteien über die Modalitäten der Verbreitung der Teleclub Signale jedoch nie einigen. Cablecom verzichtete bis zum Erlass vorliegender Verfügung auf die Abschaltung der Teleclub Fernsehsignale.

**2. Verfahren**

5. Am 2. Juni 2005 ging beim Sekretariat ein Gesuch der Cablecom um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Teleclub ein (nachfolgend: Gesuch).

Im Einzelnen wurde beantragt:

**1. Die Teleclub sei unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, alle nötigen Handlungen vorzunehmen, um die unverzügliche Migration der Verbreitung ihres Pay TV-Programms an Kunden, welche das Teleclub-Signal über das Kabelnetz der Gesuchstellerin oder eines ihrer Partnernetze beziehen (nachfolgend die "Betroffenen Kunden"), auf die Digital-Plattform der Gesuchstellerin zu ermöglichen, insbesondere;**

**1.1 innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung des vorliegenden Gesuchs alle betroffenen Kunden schriftlich in der Form gemäss Anhang A zu diesem Gesuch über die Migration zu informieren;**

**1.2 der Gesuchstellerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung des vorliegenden Gesuchs schriftlich und in elektronischer Form die Namen und Adressen der betroffenen Kunden sowie alle sonstigen Informationen mitzuteilen, um den Austausch der Teleclub-Set-Top-Boxen und Teleclub-Smartcards gegen Set-Top-Boxen und Smartcards der Gesuchstellerin zu ermöglichen;**

**1.3 der Gesuchstellerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung des vorliegenden Gesuchs in elektronischer Form sämtliche für die Migration notwendigen Kundendaten der betroffenen Kunden, insbesondere abonnierte Produkte und Services, mitzuteilen;**

**1.4 der Gesuchstellerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung des vorliegenden Gesuchs in schriftlicher Form alle produktrelevanten Daten, insbesondere Produktnamen, Service-Namen und Produktkonfiguration mitzuteilen, die die Gesuchstellerin für die digitale Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme benötigt;**

**1.5 auf Anforderung der Gesuchstellerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung des vorliegenden Gesuchs, der Gesuchstellerin den digitalen Datenstrom mit den zum Zeitpunkt der Einreichung des vorliegenden Gesuchs übertragenen Teleclub-Pay-TV-Programmen in unverschlüsselter Form im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen;**

**1.6 auf Anforderung der Gesuchstellerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung des vorliegenden Gesuchs, der Gesuchstellerin über den digitalen Datenstrom in unverschlüsselter Form sämtliche sonstigen Daten zu übermitteln und im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen, die die Gesuchstellerin zur Steuerung der Teleclub-Pay-TV-Programme oder sonst zur Verbreitung des digitalen Programmangebots von Teleclub benötigt, insbesondere die Daten für den elektronischen Programmführer;**

**1.7 auf Anforderung der Gesuchstellerin im erforderlichen Umfang an den notwendigen Integrations- und Funktionstests für die Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Boxen der Gesuchstellerin mitzuwirken;**

**1.8 ihre Preisstruktur so anzupassen, dass den betroffenen Kunden keine Kosten der Bereitstellung und der Verwaltung der Set-Top-Boxen mehr berechnet werden; die betroffenen Kunden sind monatlich mindestens um den Betrag von CHF 15.- zu entlasten, welcher künftig von der Gesuchstellerin für die Bereitstellung und Verwaltung der Set-Top-Boxen verrechnet wird;**

**1.9 zu dulden, dass die Gesuchstellerin den ihr angelieferten digitalen Datenstrom verschlüsselt und nach dem Transcontrol-Prinzip verbreitet, so dass nach Massgabe der Kundendaten der Gesuchstellerin die betroffenen Kunden in der Lage sind, die von diesen abonnierten Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Box der Gesuchstellerin zu entschlüsseln und zu empfangen;**

**1.10 zu dulden, dass die Gesuchstellerin nach Massgabe einer zwischen der Gesuchstellerin und Gesuchsgegnerin zu treffenden Vereinbarung zur technisch-infrastrukturbezogenen Verwaltung der betroffenen Kunden alle nötigen Handlungen vornimmt, die erforderlich sind, um die vertragsgemässe Dienstleistung der Gesuchsgegnerin zu erbringen, und in dem dafür erforderlichen Umfang mitzuwirken;**

**2. die Anordnungen gemäss Ziffer 1 hiervor seien unverzüglich als vorsorgliche Anordnung auszusprechen;**

**3. einer allfälligen Beschwerde gegen den Erlass der vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffer 1 hiervor sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;**

**eventuell: die Massnahmen gemäss Ziffer 1 bis 3 hiervor seien unter der Auflage zulasten der Gesuchstellerin anzuordnen, dass diese alle nötigen Massnahmen trifft, um sicherzustellen, dass die Daten der betroffenen Kunden nicht für die Bewerbung oder den Verkauf von Produkten der Gesuchstellerin verwendet werden (ausgenommen die infrastrukturelle Kundenbeziehung bezüglich Kabelnetzanschluss und der um Empfang digitaler Programme und Dienste nötigen Infrastruktur, insbesondere Set-Top-Box und Smartcard).**

**alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Teleclub.“**

6. Am 1. Juli 2005 nahm die Gesuchsgegnerin zum Gesuch Stellung und beantragte, auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten beziehungsweise es sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sofern die vorsorglichen Massnahmen gewährt würden, beantragte die Gesuchsgegnerin, es sei einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen und von Cablecom eine Sicherheitsleistung in Höhe von CHF 45 Mio. zu erbringen.

7. Am 18. Juli 2005 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zur Kenntnis gebracht und der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt.

### **3. Die Parteien**

8. Teleclub ist seit 1989 Inhaberin einer Veranstalterkonzession für ein analoges Pay-TV-Programm, seit dem Jahr 2000 für drei analoge Programme und seit dem 8. März 2002 im Besitze der Bewilligung des UVEK zur digitalen Verbreitung des Teleclub Programms. Diese Bewilligung des UVEK beinhaltet die Feststellung, dass die ADB Set-Top-Box von Teleclub die erforderlichen Auflagen in Bezug auf die Meinungs- und Angebotsvielfalt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe g RTVG in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 RTVG erfüllt. Nach eigenen Angaben hat Teleclub gegenwärtig rund [...] Abonnenten, wobei [Bandbreite zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses: 80%-100%] aller Teleclub Abonnenten über das Kabelnetz vorsorgt würden.

9. Bei der Cablecom handelt es sich um eine Kabelnetzbetreiberin. Sie betreibt in dieser Eigenschaft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze in der Schweiz. Dazu betreibt sie einerseits ein als Backbone bezeichnetes Hauptnetz, das die Grobverteilung der Fernsehsignale an die lokalen und regionalen Ortsnetze vornimmt und andererseits nimmt Cablecom Netzdienstleistungen für die Vermittlung von Fernsehsignalen an die Endabnehmer mit regionalen Ortsnetzen vor (Feinverteilung). Über ihre Infrastruktur bietet sie weitere Dienstleistungen wie Telefonie, Internet etc. an, die für das vorliegende Verfahren jedoch nicht von Bedeutung sind.

10. Seit Mai 2000 bietet Cablecom ein Pay-TV-Programmpaket an. Seit dem 26. Juni 2002 ist Cablecom zudem im Besitz einer Veranstalterkonzession per 1. August 2002. Am 12. August 2002 hat Cablecom den Betrieb eines digitalen Pay-TV im Raum Basel aufgenommen, seit 17. September 2002 auf dem gesamten Gebiet der deutschen Schweiz.

11. Um das digitale TV-Programm empfangen zu können, benötigt der Fernsehzuschauer eine Set-Top-Box, welche die digitalen Signale in für die heutigen Fernsehgeräte lesbare analoge Signale umwandelt. Sowohl Cablecom als auch Teleclub bieten für ihre digitalen Programme je eine eigene Set-Top-Box an. Diese Boxen müssen gestützt auf öffentlich-rechtliche Vorschriften gewisse technische Eigenschaften aufweisen,

die sie für den Empfang anderer digitaler Programme kompatibel machen.

#### 4. Vorgehen der Parteien

12. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 5. September 2003 hatte nur noch Ziffer 3 des Dispositivs der Massnahmeverfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 Bestand, nämlich das Verbot für Cablecom, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen. Die Parteien versuchten, mindestens für die Dauer des Hauptverfahrens vor der Wettbewerbskommission eine einstweilige Verbreitungsregelung zu vereinbaren.

13. Als Grundlage sollte ein so genanntes Term Sheet dienen, welches die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin am 24. November 2003 zukommen liess. Danach folgte über Monate Korrespondenz zwischen den Parteien, die am 10. Juni 2004 zwar in eine Zustimmung der Gesuchsgegnerin zum Term Sheet der Gesuchstellerin mündete. Allerdings konnten sich die Parteien danach über die Auslegung des Term Sheet und über die detaillierten Modalitäten der Verbreitung der Teleclub-Signale nie einigen, weshalb die Gesuchstellerin in Bezug auf die Umsetzung des genannten Term Sheet am 18. November 2004 den Zivilrichter anrief.

14. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses vorliegender Verfügung wurden die Teleclub-Programme über die Teleclub-Set-Top-Boxen empfangen. Cablecom verzichtete bis zum Erlass vorliegender Verfügung auf die Abschaltung der Teleclub-Fernsehsignale, um die vollständige Migration auf die Cablecom-Set-Top-Boxen durchzusetzen.

15. Während sich die Gesuchstellerin zur Begründung ihres vorliegend zu prüfenden Gesuchs darauf beruft, das Bundesgericht erachte für die Dauer des Hauptverfahrens die Koppelung der Verbreitung der Teleclub-Signale an die Verwendung der Cablecom-Set-Top-Box für zulässig, nimmt die Gesuchsgegnerin für sich in Anspruch, dass das Bundesgericht Teleclub den unselbstständigen Auftritt nur soweit zugemutet hat, als die Kundenverwaltung bei Teleclub verbleibt. Im Einzelnen stellen sich die Positionen der Parteien wie folgt dar:

16. Cablecom verlangt von Teleclub die Migration auf die Cablecom-Digitalplattform. Das technische Management und die technische Administration der Produkt- und Kundendaten des Teleclub-Programms würden nach vollzogener Migration ausschliesslich in den Systemen (insbesondere dem Subscriber Management System [SMS] und dem Conditional Access System [CAS]) und durch Mitarbeiter der Gesuchstellerin erfolgen. Nach Auffassung der Gesuchstellerin entspricht dies dem vom Bundesgericht im Urteil vom 5. September 2003 in Erwägung 5.2.3 (allerdings eingeschränkt auf die Dauer des Verfahrens) vorgezeichneten Modell eines unselbstständigen Auftritts von Teleclub, wie es von Cablecom auch für andere eigenständige Pay-TV-Anbieter wie zum Beispiel Canal+ praktiziert werde. Cablecom unterscheidet dabei

zwischen der Kundenverwaltung bezüglich der Teleclub-Programme und der technischen Kundenadministration. Nach Auffassung der Gesuchstellerin läuft das Beharren von Teleclub auf der Verwendung des eigenen SMS, also die eigene technische Kundenadministration, auf eine Verweigerung der Migration hinaus. Ohne infrastrukturelle Kundenbeziehung bestünde nach Auffassung der Gesuchstellerin weiterhin eine separate, virtuelle Digitalplattform von Teleclub auf dem Netz der Cablecom. Denn gemäss Cablecom umfasst der Betrieb einer Digitalplattform sowohl systemseitig wie auch kundenseitig die nötige technische Infrastruktur für die Verbreitung digitaler Fernsehsignale und Dienste. Dazu gehörten nach dieser Auffassung neben der eigentlichen Verbreitungsinfrastruktur (Kabelnetz) namentlich das CAS und das SMS. Unter dem CAS wird das System des Plattformbetreibers verstanden, welches im Zusammenspiel mit der Set-Top-Box des Kunden sicherstellt, dass jeder Kunde nur die von ihm abonnierten Dienste beziehen kann. Das CAS des Plattformbetreibers ist mit dem SMS verbunden, welches im Wesentlichen eine Datenbank mit den Kundendaten und den von ihnen abonnierten Diensten umfasst. Das SMS übermittelt diese Daten dem CAS, welches für die Freischaltung der betreffenden Dienste sorgt.

17. Cablecom macht geltend, mit der Übernahme von Teleclub beziehungsweise Cinetrade erlange Swisscom nunmehr unmittelbaren Zugriff auf die Pay-TV-Kunden von Teleclub und damit gleichzeitig auf diejenigen Kabelnetz-Kunden der Gesuchstellerin, die Dienste von Teleclub beziehen. Swisscom könne damit, sobald sie unter Benutzung ihres eigenen Netzes ihre eigene digitale TV-Plattform ausgerollt habe, was für Anfang 2006 angekündigt sei, Kunden der Gesuchstellerin mit direktem Marketing zu einer vollständigen Migration auf die Swisscom-Plattform verleiten, ohne dass die Gesuchstellerin eine Möglichkeit habe, der Swisscom im Wettbewerb die Stirn zu bieten. Eine kartellrechtliche Überprüfung der befürchteten Verhaltensweise von Swisscom ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der nachstehend unter Ziffer 30 ff. dargelegten Gründe nicht möglich. Dies umso mehr, als Swisscom noch nicht auf dem Markt für die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihr Netz tätig ist. Selbstverständlich wird sich Swisscom kartellrechtskonform zu verhalten haben, sofern sich die geschilderte Problematik nicht mittels technischer Lösungen vermeiden lässt.

18. Teleclub macht demgegenüber geltend, dass die von der Gesuchstellerin verlangte Migration gegen die rechtskräftige Ziffer 3 der Massnahmeverfügung der Wettbewerbskommission verstosse, wonach die Kundenverwaltung bei Teleclub zu verbleiben habe. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid vom 5. September 2003 ausdrücklich ausgeführt, Ziffer 3 der Massnahmeverfügung der Wettbewerbskommission könne bestehen bleiben. Der Gesuchstellerin könne deshalb auch nach Ansicht des Bundesgerichts verboten werden, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen. Die Kundenverwaltung umfasse die Kundendaten, ein-

schliesslich der Daten über die beanspruchten Leistungen und damit über die individuell bevorzugten Angebote. Die Unterscheidung der Gesuchstellerin in eine "infrastrukturelle" und "kommerzielle" Kundenverwaltung sei fadenscheinig und konstruiert, denn die Kundenverwaltung funktioniere nur über die Infrastruktur, das heisst SMS, CAS und Smartcard. Die Gesuchstellerin habe selber im Untersuchungsverfahren stets akzeptiert, dass die Koppelung zwischen digitaler Verbreitung und Kundenverwaltung gegen Artikel 7 verstosse, weshalb sie Ziffer 3 der Massnahmeverfügung der Wettbewerbskommission weder vor der Rekurskommission noch vor Bundesgericht angefochten habe. Dementsprechend sei im Verfahren vor der Wettbewerbs- und der Rekurskommission im Jahre 2002 zu Recht nur die Kundenverwaltung thematisiert worden. Weiter führt die Gesuchsgegnerin an, der Bundesrat habe die beiden Konzessionen für Teleclub und Cablecom je an die Auflage geknüpft, dass ein Common Interface verwendet werde. Das Common Interface stelle sicher, dass mit einer einzigen Set-Top-Box Pay-TV-Signale verschiedener Veranstalter entschlüsselt werden können. Durch Einsatz multi-encrypt-fähiger Set-Top-Boxen und von Common Interface Modulen werde gewährleistet, dass eine Set-Top-Box Verschlüsselungssysteme (CAS) verschiedener Veranstalter verarbeiten könne. Damit sei der Bundesrat ebenfalls davon ausgegangen, dass die Kundenverwaltung beim jeweiligen Pay-TV-Veranstalter verbleibe und dieser sein eigenes SMS und CAS sowie die eigene Smartcard verwende.

19. Cablecom verfolgt nach eigenen Angaben mit dem vorliegenden Gesuch den Zweck, die Präjudizierung des Endentscheids in der laufenden Untersuchung zu verhindern und die negativen Folgen für den Wettbewerb der vom Bundesgericht aufgehobenen früheren vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission zu beseitigen.

## **B. ERWÄGUNGEN**

### **1. Zuständigkeit**

20. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5/7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (RPW 1999/3, S. 395; RPW 1997/4, S. 621). Die Befugnis der Wettbewerbskommission zur Behandlung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen setzt nicht voraus, dass ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eröffnet worden ist. Jedoch kann der Erlass vorsorglicher Massnahmen nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen (vgl. PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 284). Daher muss, falls im Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist, gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet werden.

21. Im vorliegenden Fall ist eine Untersuchung bereits hängig. Nach Auffassung der Gesuchstellerin sollen die beantragten Massnahmen die Präjudizierung des

Endentscheids in der laufenden Untersuchung verhindern und die negativen Folgen für den Wettbewerb der vom Bundesgericht auf Beschwerde hin aufgehobenen früheren vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission beseitigen.

22. Die Gesuchstellerin bejaht entgegen früherer Auffassung die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission für den Erlass vorsorglicher Massnahmen in dem vom Bundesgericht in seinem Entscheid vom 5. September 2003 definierten Umfang. In der von der Gesuchstellerin angeführten Erwägung 4.1.3 hat das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung im Fernmelderecht ausgeführt, dass eine sektorielle Regulierung wie das Rundfunkrecht zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse (vgl. RPW 2003/4, S. 912 ff.).

23. Cablecom bezweckt mit dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, die Migration der Gesuchsgegnerin auf die Cablecom-Plattform zu erwirken (vgl. Ziff. 16 f. hiervor). Sie ist der Auffassung, der aktuelle Zustand präjudiziere den Verfahrensausgang im Hauptverfahren zu Ungunsten des Wettbewerbs und der Gesuchstellerin. Die Weigerung, zu einer echten Migration Hand zu bieten, ermögliche es der Gesuchsgegnerin, ihre unangefochtene Position als marktbeherrschende Pay-TV-Anbieterin vor jeglichem Wettbewerb zu schützen und erlaube Swisscom/Teleclub, ihre marktbeherrschenden Stellungen auf den gesamten Bereich triple-play-fähiger Infrastrukturen und Digitalplattformen für die Fernsehübertragung auszudehnen.

24. Teleclub macht demgegenüber geltend, das Gesuch von Cablecom um Erlass vorsorglicher Massnahmen ziele ausschliesslich darauf ab, Partikulärinteressen zu verfolgen, die die Existenz von Cablecom in keiner Art und Weise tangieren würden, weshalb über diese höchstens der Zivilrichter und nicht die Wettbewerbsbehörde zu befinden habe.

25. Die Reko WEF hat im Entscheid Cornèr Banca SA v. Telekurs AG<sup>1</sup> festgehalten, dass ein Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Kartellverfahren nur subsidiär und höchstens insoweit bestehen könne, als die Wahrung des öffentlichen Interesses das Einschreiten der Wettbewerbskommission verlangt. Die Wettbewerbskommission habe bei der Beurteilung dieser Frage dabei darauf abzustellen, ob sie die beantragte Massnahme auch von Amtes wegen angeordnet hätte (funktionaler Zusammenhang).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Reko WEF, Cornèr Banca SA v. Telekurs AG, RPW 2004/2, E. 1.2.4, S. 637.

<sup>2</sup> DUCREY, in: Das Kartellgesetz in Praxis, S. 122.

26. Da im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres summarisch beurteilt werden kann, ob die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs oder ob Partikulärinteressen im Vordergrund stehen, ist auf das vorliegende Gesuch einzutreten. Die sachliche Zuständigkeit ist somit gegeben.

## 2. Vorbehaltene Vorschriften

27. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Eröffnung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Vorliegend sind keine vorbehaltenen Vorschriften zu berücksichtigen. Die Bestimmungen des Radio- und Fernsehgesetzes sind, wie bereits unter Ziffer 22 hiervor mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung dargelegt, nicht als solche zu qualifizieren. Diese von der Wettbewerbskommission praxismässig vertretene Auffassung wurde letztmals durch den vorstehend mehrfach genannten Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 bestätigt.

## 3. Materielle Voraussetzungen

28. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden (RPW 1999/3, S. 396). Als gestaltende Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten (RPW 1997/4, S. 604 f.).

29. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidprognose, einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35). Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen, sondern lediglich glaubhaft gemacht werden (RPW 1997/4, S. 612).

### a. Entscheidprognose

30. Im Rahmen der Entscheidprognose wird geprüft, ob für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fallenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/4, S. 590).

31. Die Gesuchstellerin macht geltend, sie beantrage die vorsorglichen Massnahmen, um den Zustand herzustellen, wie er vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 5. September 2003 vorgezeichnet worden sei, und um die Wirkungen zu beseitigen, welche die nach ihrer Auffassung unzulässigen vorsorglichen Massnahmen vom 23. September 2002 verursacht haben. Nach Auffassung der Gesuchstellerin sollen die beantragten Massnahmen im Hinblick auf den Endentscheid in der laufenden Untersuchung den Zustand sichern und erhalten, welcher im Nachgang zu der angeblich unzulässigen vorsorglichen Intervention der

Wettbewerbskommission die geringste Gefahr irreversibler Marktstrukturveränderungen biete.

32. Die Argumentation der Gesuchstellerin ist unbehelflich. Das Bundesgericht hat mit Ausnahme des Problemkreises der Kundenverwaltung die vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission aufgehoben. Dieser letztinstanzliche Entscheid bedeutet, dass Cablecom jedenfalls bis zum Entscheid in der Hauptsache nicht dulden muss, dass Teleclub für die Ausstrahlung ihres Programms über das Cablecom-Netz die eigene Plattform verwendet. Aufgrund der Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 bleibt kein Raum für einen Widerruf der angesprochenen Verfügung der Wettbewerbskommission oder, wie die Gesuchstellerin es formuliert, für eine Folgenbeseitigung. Die Gesuchstellerin macht ohne weitere Begründung geltend, im vorliegenden Fall seien Wiederherstellungsmassnahmen notwendig, um den Rechtsmittelentscheid umzusetzen. Eine solche Notwendigkeit ist nicht ersichtlich. Soweit sich die Notwendigkeit von Wiederherstellungsmassnahmen auf eine Migration von Teleclub auf das Netz von Cablecom unter Einschluss der Kundenverwaltung beziehen sollte, besteht ein Beseitigungsanspruch jedoch deshalb nicht, weil der Rechtsmittelentscheid die Verfügung der Wettbewerbskommission in diesem Punkt bestätigt hat.

33. Das Erfordernis der günstigen Entscheidprognose kann jedoch bereits aufgrund anderer Gründe nicht erfüllt werden: Das Untersuchungsverfahren, in dessen Rahmen das vorliegend zu prüfende Gesuch eingereicht wurde, und damit auch der später zu fallende Hauptentscheid, bezwecken die Prüfung der Frage, ob sich *Cablecom* auf dem *Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze* in der Deutschschweiz in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG missbraucht (vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission im Bundesblatt Nr. 46 vom 19.11.2002, S. 7334).

34. Das vorliegend zu prüfende Gesuch richtet sich gegen Teleclub, wobei innerhalb der Begründung zusätzlich argumentiert wird, Swisscom missbrauche eine marktbeherrschende Stellung, indem sie es darauf angelegt habe, aus der vertikalen Integration mit Teleclub, einem marktbeherrschenden Inhalte-Anbieter, einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil im Plattform-Bereich zu erlangen.

35. Im Rahmen des hängigen Verfahrens kann jedoch weder gegen Teleclub noch gegen Swisscom verfügt werden, da Verhalten und Marktstellung von Cablecom Gegenstand der Untersuchung bilden. Vorsorgliche Massnahmen kommen nur gegen den Adressaten der Endverfügung, vorliegend also gegen Cablecom in Betracht (vgl. PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverfahrensverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel, Genf, München 2002, S. 162). Danach wäre eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG gegen Teleclub und allenfalls Swisscom

zu eröffnen, wenn sich Massnahmen gegen Dritte aufdrängen würden.

36. Allerdings ist das Gesuch vom Hauptverfahren nicht trennbar, weil die gegen Teleclub erhobenen Vorwürfe darin bestehen, dass die Gesuchsgegnerin nicht bereit ist, für die Dauer des Hauptverfahrens eine Migration unter Abtretung der Kundenverwaltung vorzunehmen: Oder anders formuliert: Mit dem Gesuch wird der Erlass vorsorglicher Massnahmen bezweckt, der den Streit der Parteien über die Interpretation des Bundesgerichtsentscheids vom 5. September 2003 beziehungsweise dessen Folgen bis zum Erlass der Hauptverfügung der Wettbewerbskommission klären soll. Die Gesuchstellerin selbst macht geltend, es gehe bei ihrem Gesuch nicht primär um eine Entscheidprognose hinsichtlich einer allfälligen Hauptsachenverfügung gegen Teleclub beziehungsweise Swisscom, sondern darum zu verhindern, dass der Ausgang des laufenden Hauptverfahrens präjudiziert werde.

37. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht das Ergebnis der Untersuchung gegen Cablecom darstellen können, weil sich das Gesuch weder gegen die Verfügungsadressaten und deren Verhaltensweisen in der Hauptsache richtet noch mit dem der Hauptsache zugrunde liegenden Markt deckungsgleich ist und damit der zu prüfenden Marktstellung nicht entsprechen kann. Damit liegt eine ungünstige Entscheidprognose ohne weiteres vor. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt kumulativ eine günstige Entscheidprognose, einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie Dringlichkeit und

Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35). Das Gesuch ist daher bereits aufgrund einer ungünstigen Entscheidprognose abzuweisen. Die Prüfung der weiteren materiellen Voraussetzungen, das heisst des Vorliegens eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für den wirksamen Wettbewerb, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit erübrigt sich.

#### **b. Ergebnis**

38. Aus den oben erwähnten Gründen ergibt sich, dass die materiellen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt sind.

#### **C. KOSTEN**

39. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

#### **D. DISPOSITIV**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]



B 2	2. <i>Untersuchungen</i> <i>Enquêtes</i> <i>Inchieste</i>
B 2.2	1. <i>Kreditkarten - Interchange Fee</i>

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005 gegen UBS AG, Credit Suisse, Viseca Card Services SA, Cornèr Banca SA, Telekurs Multipay AG in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Kreditkarten - Interchange Fee wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

*Befristete Genehmigung für eine Zeitdauer von vier Jahren der Vereinbarung vom 29. März 2005 zwischen den Kreditkartenherausgebern (Issuer) und den Unternehmen, welche die Händler für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben (Acquirer), einerseits, sowie dem Sekretariat der Wettbewerbskommission, andererseits, als einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG.*

*Qualifikation der zwischen den Issuern und Acquirern multilateral vereinbarten Gebühr (Domestic Multilateral Interchange Fee [DMIF]) als Preisabrede, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Acquiring- und Issuing-Markt führt. Bejahung von Effizienzvorteilen eines multilateralen Verfahrens zur Bestimmung der DMIF hinsichtlich Markteintritt neuer Acquirer und Einsparung von Transaktionskosten. Allerdings darf die DMIF nicht weitere Kosten berücksichtigen als die effektiven Netzwerkkosten.*

*Die einvernehmliche Regelung sieht folgende Massnahmen vor: Einschränkung der DMIF auf die netzwerkinhärenten Kosten mittels Vereinbarung eines objektivierten Kostenrasters, Verpflichtung, die DMIF gegenüber den Händlern und den Wettbewerbsbehörden offen zu legen sowie Abschaffung der Nicht-diskriminierungsklausel.*

*Approbation en application de l'article 30 LCart limitée à une durée de quatre ans de l'accord amiable du 29 mars 2005 entre les entreprises émettrices de cartes de crédit (Issuer) et les entreprises qui affilient les commerçants pour l'acceptation d'une carte de crédit (Acquirer) d'une part et le secrétariat de la Commission de la concurrence d'autres part.*

*La commission d'interchange fixée de manière multilatérale entre les Issuer et les Acquirer (Domestic Multilateral Interchange Fee [DMIF]) est qualifiée d'accord sur les prix ayant un effet notable sur la concurren-*

*rence sur les marchés de l'acquiring et de l'issuing. Il existe des motifs d'efficacité économique (entrée sur le marché de nouveaux Acquirer et coûts de transactions) pour une procédure multilatérale en vue de la fixation de la DMIF. La DMIF ne doit toutefois pas prendre en compte d'autres coûts que les coûts effectifs du réseau.*

*L'accord amiable prévoit les mesures suivantes: limitation de la DMIF aux coûts de réseau sur la base d'une procédure objectivée, communication des Acquirer aux commerçants de la hauteur de la DMIF relevante pour leur secteur ainsi qu'abrogation de la clause de non discrimination.*

*Approvazione in applicazione dell'articolo 30 LCart, limitata a quattro anni, della conciliazione del 29 marzo 2005 tra le imprese emittenti di carte di credito (issuer) e le imprese che affiliano i commercianti che accettano una carta di credito (acquirer), da una parte, e la segreteria della Commissione della concorrenza, dall'altra.*

*La commissione d'interscambio fissata in riunioni comuni tra gli issuer e gli acquirer (Domestic Multilateral Interchange Fee [DMIF]) è considerata un accordo sui prezzi che intralcia notevolmente la concorrenza sul mercato del acquiring e del issuing. Esistono dei motivi di efficienza economica (entrata sul mercato di nuovi acquirer e costi di transazione) che giustificano una procedura multilaterale per la determinazione della DMIF. Detta commissione deve però essere definita unicamente sulla base dei costi legati al sistema delle carte di credito.*

*La conciliazione prevede le seguenti misure: limitazione della DMIF ai costi del sistema sulla base di una procedura oggettiva, comunicazione da parte degli acquirer ai commercianti del ammontare della DMIF rilevante per il settore e l'abrogazione della clausola di non discriminazione (NDR).*

**Abkürzungsverzeichnis**

ActDMIF	Tatsächlich angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee	MSC NDR OFT	Merchant Service Charge Non Discrimination Rule Office of Fair Trading, United Kingdom
Aduno	Aduno SA	Reko/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
B&S	B&S Card Service GmbH	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
CC	Card Committee MasterCard	SBV	Schweizerischer Bankverein
ConCardis	ConCardis GmbH	SDR	Swiss Domestic Rules
Cornèr Banca	Cornèr Banca SA	SNB	Schweizerische Nationalbank
CS	Credit Suisse	Swisscard	Swisscard AECS AG
dDIF	durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee	TCS	Telekurs Card Solutions AG
DMIF	Domestic Multilateral Interchange Fee(s)	Telekurs Multipay	Telekurs Multipay AG
Europay	Europay Switzerland AG	UBS	UBS AG
HACR	Honor All Cards Rule	UCC	UBS Card Center AG
IAFV	Issuer/Acquirer Forum Visa	VEZ	Verband Elektronischer Zahlungsverkehr
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251)	Viseca	Viseca Card Services SA
KG-Gebührenverordnung	Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (SR 251.2)	VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4)
MIF	Multilateral Interchange Fee	Weko [...]	Wettbewerbskommission Angaben in Klammern stellen Geschäftsgeheimnisse dar.

**Zusammenfassung**

Im modernen Bankgeschäft offerieren die Institute ihren Kunden die Möglichkeit, für das Zahlen am Verkaufspunkt eine Kreditkarte zu benutzen. In der Schweiz bieten die beiden Grossbanken UBS AG und Credit Suisse, Cornèr Banca SA sowie die Kantonal-, Raiffeisen- und Regionalbanken diese Dienstleistung an. Sie erheben dafür eine Jahresgebühr sowie gewisse Kommissionen. UBS AG, Credit Suisse und Cornèr Banca SA geben die Kreditkarten direkt heraus, die Kantonal-, Raiffeisen- und Regionalbanken betrauen Viseca Card Services SA mit diesem Auftrag.

Die Institute, welche Kreditkarten herausgeben, werden als Issuer bezeichnet. Sie sind - unter anderem - Lizenznehmer von Visa und MasterCard. Im Visa- und MasterCard-Kreditkartensystem befassen sich die Issuer mit der Herausgabe von Kreditkarten an ihre Kunden.

Mit den Vertragsbeziehungen zu den Händlern werden besondere Institute betraut, die so genannten Acquirer. Diese befassen sich mit der Akquisition einer

möglichst grossen Anzahl von Händlern, welche bereit sind, mit ihnen Verträge abzuschliessen, wonach sie die Bezahlung von Waren und Dienstleistungen mit Kreditkarten akzeptieren. Die Händler entrichten dafür eine Gebühr in Form eines bestimmten Prozentsatzes des Verkaufspreises. Diese Händlerkommission wird Merchant Service Charge genannt und zwischen den Acquirern und dem Händler individuell ausgehandelt. In der Schweiz sind zurzeit Telekurs Multipay AG und Aduno SA für Visa und MasterCard im Acquiring-Geschäft tätig.

Die Bezahlung mittels Kreditkarte beruht somit auf einem komplexen Mehrparteienverhältnis. In diesem Verhältnis treten neben den Issuern und den Acquirern die Karteninhaber auf der einen Seite und die (Vertrags-) Händler auf der anderen Seite auf. Beim Visa- und MasterCard-Kreditkartensystem spricht man deshalb von Vier-Parteien-Systemen.

Neben dem Vier-Parteien-System existieren auch Drei-Parteien-Systeme. Bei diesen wird die Funktion der Kartenherausgabe und des Acquiring vom gleichen

Institut wahrgenommen. In der Schweiz funktionieren Diners Club und American Express nach dem Drei-Parteien-System.

Die Visa- und MasterCard-Kreditkartensysteme verfügen im gesamten schweizerischen Kreditkartenmarkt über einen Anteil von beinahe [85%-95%]. Der entsprechende Marktanteil von Diners Club und American Express beläuft sich auf ca. [5%-15%].

Die vorliegende Untersuchung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Kreditkartenmarkt.

Bei den nach dem Vier-Parteien-System funktionierenden Visa- und MasterCard-Kreditkartensystemen wird zwischen den Kartenherausgebern und den Acquirern eine Gebühr verrechnet, welche die Acquirer den Herausgebern für gewisse Dienstleistungen der Issuer zu entrichten haben. Diese Gebühr wird als Multilateral Interchange Fee (MIF) bezeichnet. Man unterscheidet des Weiteren zwischen nationalen, interregionalen und internationalen Interchange Fees.

In der Schweiz kommen verschiedene nationale Interchange Fee-Sätze zur Anwendung. Sie beziehen sich jeweils auf unterschiedliche Branchen und Transaktionsarten und können beträchtlich voneinander abweichen.

Die Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) wird in der Schweiz in zwei Gremien festgelegt, nämlich dem Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und dem Card Committee MasterCard (CC). Da in der Schweiz alle Institute sowohl Visa als auch MasterCard vertreiben (so genanntes "Dual Branding"), sind in beiden Gremien die gleichen Parteien vertreten. Die in diesen Gremien festgelegten DMIF umfassen dementsprechend ca. [85%-95%] des gesamten schweizerischen Kreditkartenmarktes.

Die Wettbewerbskommission (Weko) qualifiziert die Festlegung der DMIF in diesen Gremien grundsätzlich als eine Preisabrede. Eine Preisabrede ist nach dem Kartellgesetz vermutungsweise unzulässig. Die Unzulässigkeitsvermutung kann nur beim Vorliegen besonderer Umstände umgestossen werden.

Die DMIF im Vier-Parteien-System ist kein Endpreis. Sie bildet aber eine wesentliche Preiskomponente. Diese beläuft sich durchschnittlich auf ca. 70% der Merchant Service Charge, welche die Händler den Acquirern zu entrichten haben. Bei den Kartenherausgebern betragen die Einnahmen aus der DMIF rund einen Fünftel der Gesamteinnahmen und haben somit einen beträchtlichen Einfluss auf die Höhe der Kartengebühren. Es bleibt folglich ein gewisser Raum für Wettbewerb, welchen die Parteien grundsätzlich ausnützen können. Der Anreiz hierzu ist allerdings zurzeit gering. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass es den Händlern nach den geltenden Verträgen verwehrt ist, von den Kunden einen tieferen Preis zu verlangen, wenn sie nicht mit der Kreditkarte bezahlen (Non Discrimination Rule).

Die Weko hat festgestellt, dass seit einiger Zeit ausländische Acquirer auf dem schweizerischen Markt tätig geworden sind. Ihre Marktanteile sind gering, aber ihre Präsenz hat zum Aufbau eines gewissen

Wettbewerbsdruckes auf der Ebene der Acquirer geführt.

Insgesamt ergab die Untersuchung, dass der Wettbewerb zwar nicht vollständig beseitigt, aber erheblich beeinträchtigt ist. Die Beeinträchtigung ist darauf zurückzuführen, dass die DMIF in den Gremien in einem multilateralen Verfahren, also gemeinsam von den Herausgebern und den Acquirern ausgehandelt wird.

Bei komplexen Systemen wie dem Vier-Parteien-System kann ein solches multilaterales Verfahren Effizienzvorteile haben. Es erleichtert insbesondere den Markteintritt für ausländische Acquirer, welche ansonsten mit jedem einzelnen Schweizer Issuer einen Vertrag abschliessen müssten. Zudem führt das multilaterale Verfahren zu einer Einsparung von Transaktionskosten, welche in einem bilateralen System exponentiell mit der Anzahl Marktteilnehmer steigen.

Die Vorteile des multilateralen Verfahrens überwiegen jedoch nach Ansicht der Weko nur dann, wenn sich die Festlegung der DMIF objektiv auf Kostenelemente beschränkt, welche mit dem Netzwerk funktionsnotwendig verbunden sind. Diese Voraussetzung war nach dem bisherigen System nicht gegeben: Die DMIF wurde nach Kriterien ausgehandelt, welche in einer "Gebühr" resultierten, die bedeutend über diese Netzwerkkosten hinaus ging.

Vor diesem Hintergrund haben sich die Parteien einverstanden erklärt, die Festlegung der DMIF auf Netzwerkkostenelemente zu beschränken. Zu diesem Zweck haben sie mit dem Sekretariat ein objektiviertes Kostenraster vereinbart, welches nur Kostenelemente enthält, die netzwerkinhärent sind. Ausgeschlossen sind insbesondere die Kosten für die zinsfreie Periode sowie Kosten für Kreditverluste im Rahmen der Zahlungsgarantie, da diese Dienstleistungen für das Funktionieren des Netzwerkes nicht notwendig sind und insbesondere für den Händler keinen wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Dasselbe gilt für Kosten des Merchant Marketing und Spend Incentives Programme. Ausserdem haben sich die Parteien verpflichtet, die so errechnete DMIF sowohl gegenüber der Wettbewerbsbehörde als auch auf Anfrage gegenüber den einzelnen Händlern offen zu legen.

Schliesslich verpflichten sich die Parteien, fortan den Händlern keine Nichtdiskriminierungsklausel mehr aufzuerlegen.

Die Weko befand, dass diese Verpflichtungen geeignet sind, den wettbewerbsrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen. Sie erlauben es, die Effizienzvorteile des multilateralen Systems auszuschöpfen, ohne dass der Wettbewerb über ein koordiniertes Verhalten der Parteien beeinträchtigt wird.

Die durch die Offenlegung der DMIF geschaffene Transparenz erhöht ausserdem die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern.

Schliesslich setzt die Abschaffung der Nichtdiskriminierungsklausel das Kreditkartensystem einem erhöhten Wettbewerbsdruck durch andere Zahlungssysteme aus. Es steht so dem einzelnen Händler zukünftig frei,

den Kunden zwischen den Vorteilen der Benutzung einer Kreditkarte, möglicherweise verbunden mit einem höheren Preis, und der Verwendung eines anderen Zahlungsmittels, verbunden mit einem tieferen Preis, wählen zu lassen. Auf diese Weise entscheidet der Wettbewerb und schliesslich der Konsument darüber, wie viel das Bezahlen mit Kreditkarte letztlich kosten darf.

Aus allen diesen Gründen nahm die Weko die Verpflichtungen der Parteien entgegen und genehmigte sie als einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG).

Die Entwicklungen auf dem Kreditkartenmarkt sind aber trotz dieser Regelung zum heutigen Zeitpunkt nicht im Detail abzuschätzen. Um eine zukünftige ungebührliche Erhöhung der DMIF zu verhindern, beschränkt die Weko daher die DMIF auf den Betrag, der sich aufgrund der vereinbarten Regelung heute ergeben würde und setzte dementsprechend einen Höchstbetrag der DMIF von [1,3%-1,35%] fest. Dieser Betrag liegt im europäischen Vergleich im mittleren bis unteren Drittel.

Die Weko wird den Markt weiterhin beobachten. Sie behält sich ihre Handlungsfreiheit für die Zeit nach Ablauf der Einführungsphase der einvernehmlichen Regelung vor und befristet ihre Genehmigung auf vier Jahre.

Die neue Vereinbarung ist von den Parteien am 29. März 2005 unterzeichnet worden, und zwar uneingeschränkt und bedingungslos. Damit ist sie vor Ende der Übergangsfrist des revidierten Gesetzes von 20. Juni 2003, welche am 31. März 2005 ablief, eingegangen worden. Es besteht daher kein Raum für eine Sanktionierung in diesem Verfahren.

## A. Sachverhalt und Verfahren

### A.1 Gegenstand und Parteien der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung betrifft die Abrede zwischen Kreditkarteninstituten bezüglich der so genannten *Domestic Multilateral Interchange Fee* im Bereich der Kreditkarten-Systeme Visa und MasterCard für inländische Kartentransaktionen (vgl. Rz. 34). Bei der DMIF handelt es sich um ein Entgelt pro getätigte Kreditkartentransaktion, welches von den Acquirern an die Issuer bezahlt wird. Die Vereinbarung legt dabei die Höhe dieses Entgelts in Form eines Prozentsatzes des zugrunde liegenden Transaktionsbetrages fest. Sie wird in den so genannten Swiss Domestic Rules für beide Kreditkartensysteme Visa und MasterCard festgehalten und damit für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer gültig, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

2. Die Untersuchung richtet sich gegen die folgenden Issuing- und Acquiring-Unternehmen:

3. Die **UBS AG** (UBS) ist eine schweizerische Universalbank mit Sitz in Zürich und Basel. Die UBS ist via ihre Tochtergesellschaft UBS Card Center AG (UCC) im

Herausgabegeschäft (Issuing) von Visa- und MasterCard-Kreditkarten tätig.

4. Die **Credit Suisse** ist ebenfalls eine schweizerische Universalbank mit Hauptsitz in Zürich und gibt neben American Express hauptsächlich die Kreditkarten von Visa und MasterCard aus. **Swisscard AECS AG** (Swisscard) ist ein *Joint Venture* von Credit Suisse und American Express in Form einer Aktiengesellschaft. Im Bereich des Issuing übernimmt Swisscard im Auftrag der Credit Suisse das Day-to-Day-Management und somit die Verantwortung für Produktentwicklung und -management, Marketing und Vertrieb, Kundendienst, Risikomanagement, Kartenverarbeitung sowie Entwicklung/Betreuung der Zusatzdienstleistungen und Kundenbindungsprogramme aller Kreditkarten der Credit Suisse und ihrer *Co-Branding-Partner*. Swisscard erbringt diese Dienstleistungen für American Express-, MasterCard- und Visa-Kreditkarten.

5. **Viseca Card Services SA** (Viseca) ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Kantonalbanken, Raiffeisenbanken, RBA-Banken, Migrosbank, Bank Coop sowie verschiedener Privat- und Handelsbanken (Viseca-Partnerbanken). Im Auftrag dieser Institute und Vereinigungen gibt Viseca verschiedene MasterCard- und Visa-Kreditkarten sowie Karten von Co-Branding-Partnern (Post, Mercedes) heraus. Die Firma wurde am 5. September 1999 gegründet und ist seit dem 1. Januar 2000 operativ im Issuing-Geschäft tätig. Viseca verfügt über eine Principal Licence für MasterCard. Im Visa-System werden Lizenzen nur an Unternehmen, die über eine Banklizenz im Sinne der nationalen Bankengesetzgebung verfügen, erteilt. Deshalb wird die Visa-Lizenz den Viseca-Partnerbanken erteilt, und die *Swiss Domestic Rules* (SDR) für Visa werden auch von den Viseca-Partnerbanken unterzeichnet.

6. Im Juli 2005 kaufte die Viseca das Acquiring-Geschäft von der Cornèr Banca SA und betreibt dieses seither über ihre Tochtergesellschaft Aduno SA.<sup>1</sup>

7. **Cornèr Banca SA** (Cornèr Banca) ist eine schweizerische Bank mit Sitz in Lugano. Sie ist hauptsächlich im Private Banking tätig und war bis vor kurzem sowohl im Kreditkarten Issuing- wie auch Acquiring-Geschäft für Visa und MasterCard aktiv. Im Juli 2005 wurde das Acquiring-Geschäft an die Aduno SA verkauft. Die Cornèr Banca betreibt weiterhin das Issuing-Geschäft.

8. Die **Telekurs Multipay AG**<sup>2</sup> (Telekurs Multipay) ist eine Tochtergesellschaft der Telekurs Holding AG. Die Telekurs Holding AG ist ein so genanntes Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken. Die Gruppengesellschaften Telekurs Multipay, Telekurs Card Solutions (TCS), Swiss Interbank Clearing (SIC), PayNet (Schweiz), Telekurs Financial und Telekurs Services

<sup>1</sup> <http://www.aduno.ch/ueber/index-de.html>.

<sup>2</sup> Zuvor war das Unternehmen unter Telekurs Europay AG im Handelsregister eingetragen. Sie wurde am 28. Mai 2003 in Telekurs Multipay AG umfirmiert.

bieten im In- und Ausland Dienstleistungen und Produkte in den Bereichen internationale Finanzinformationen, bargeldlose Zahlungsinstrumente sowie elektronischer Zahlungsverkehr und IT-Services an. Telekurs Multipay ist als Acquirer für Visa und MasterCard aktiv.

9. Die **Aduno SA** (Aduno) wurde im Juli 2005 zum Zweck des Betriebs des Acquiring-Geschäfts namentlich für die Marken Visa, MasterCard und Maestro gegründet. Die Gesellschaft übernahm im Anschluss an die Gründung die gesamte Acquiring-Sparte von der Cornèr Banca. Die Aduno ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Visa. Die Geschäftsführung wird durch den Vorsitzenden der Geschäftsleitung der Visa besorgt.

10. Daneben besitzen auch die Banken SCS Alliance und Rothschild eine Lizenz für den Vertrieb von Visa-beziehungsweise Visa-Gold-Kreditkarten. Die beiden Banken vertreiben die Visa-Kreditkarten nur als Zusatzdienstleistung für ihre Kunden. Die Anzahl herausgegebener Karten dieser beiden Institute ist marginal.

11. An der Untersuchung teilgenommen hat auch der **Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ)**. Beim VEZ handelt es sich um einen Wirtschaftsverband, in welchem zahlreiche Einzelunternehmen und Verbände aus dem Schweizer Handel zusammengeschlossen sind. Zweck des VEZ ist die Wahrung der Interessen seiner Mitglieder im Bereich EFT/POS (electronic funds transfer at the point of sale). Der Verband definiert die Anforderungen des Handels an ein bargeldloses Zahlungssystem und ergreift die geeigneten Massnahmen zur Erreichung dieser Ziele. Da der VEZ an der Absprache nicht beteiligt ist, gilt er als Dritter mit Parteistellung im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe b KG. Im Folgenden werden deshalb als Parteien nur die an den Visa- und MasterCard-Vereinbarungen beteiligten Unternehmen bezeichnet.

**A.2 Kreditkartensysteme**

**A.2.1 Bezahlkarten und Kreditkarten**

12. Bei den Zahlungsmitteln kann zwischen Bargeld und bargeldlosen Zahlungsmitteln unterschieden werden, wobei die bargeldlosen Zahlungsmittel wiederum in verschiedene Kategorien unterteilt werden können (vgl. Abbildung 1).

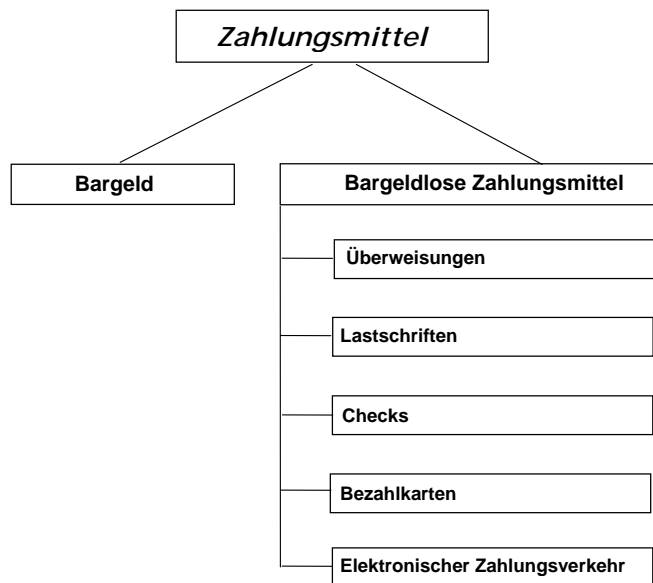


Abbildung 1: Übersicht verschiedener Zahlungsmittel

13. Im Bereich der Bezahlkarten kann des Weiteren zwischen verschiedenen Kartentypen unterschieden werden (vgl. Abbildung 2). Sämtliche Bezahlkarten ermöglichen es, bargeldlos Einkäufe zu tätigen. Lediglich die Kredit- und Debitkarten erlauben zusätzlich, bei den Geldherausgabeautomaten (sog. Bancomaten) Bargeld zu beziehen.

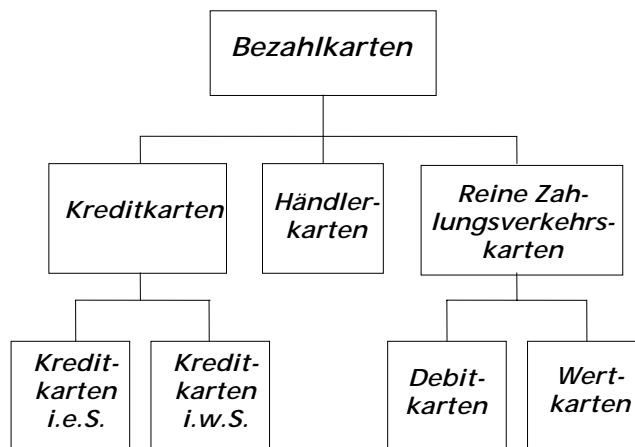


Abbildung 2: Kartentypen

14. Kreditkarten sind in der Regel zusätzlich zur Möglichkeit des bargeldlosen Einkaufens und Bargeldbezugs mit einer Kreditlimite verbunden. Im Gegensatz zur Debitkarte (bspw. Maestro, M-Card oder Postcard) wird bei der Kreditkarte der geschuldete Betrag nicht sofort vom Bankkonto abgebogen, sondern wird erst am Ende der Abrechnungsperiode (i.d.R. ein Monat) fällig. Die Darlehensschuld kann bei Kreditkarten im engen Sinn zudem auf die neue Rechnung vorgetragen und in Raten abbezahlt werden (vgl. Studie "Cards '02"). Neben ihrer Funktion als Zahlungsmittel weist die Kreditkarte somit als wichtiges Merkmal die Kreditfunktion auf. Dadurch wird sie zum Träger eines eigentlichen Konsumkredits (vgl. Studie "Cards '02").

15. Händlerkarten sind Bezahlkarten, welche von einzelnen Händlern oder von Händlervereinigungen herausgegeben werden (bspw. Myone, Loeb-Karte, Möbel Pfister-Karte etc.). Sie erlauben meist den Bezug von Waren und Dienstleistungen auf künftige Rechnung. Bei den Wertkarten wiederum kauft der Karteninhaber vor Benutzung der Karte ein bestimmtes Wertguthaben (bspw. Telefonkarten) oder lädt dieses darauf (bspw. CASH).

**A.2.2 Kreditkarten im Besonderen**

16. Kreditkarten-Systeme können als Drei- oder Vier-Parteien-Systeme organisiert sein. In der Schweiz werden zurzeit zwei Vier-Parteien-Systeme (Visa und MasterCard) und drei Drei-Parteien-Systeme (American Express, Diners Club und JCB<sup>3</sup>) betrieben.

17. In einem Vier-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert (vgl. unten Abbildung 3):

- **Acquirer:** Der Acquirer ist das Kreditkartenunternehmen, welches Händler/Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Kreditkarten anwirbt und mit ihnen entsprechende Verträge abschliesst. Sämtliche Transaktionen werden zudem via den Acquirer und den Acquirer-Processor abgewickelt und an den Issuer weitergeleitet.
- **Issuer:** Der Issuer gibt gegen eine Jahresgebühr Kreditkarten an Konsumenten heraus und ist für die Abwicklung von Kartentransaktionen auf Seite der Karteninhaber zuständig.
- **Händler,** welcher die Bezahlung durch Kreditkarten akzeptiert.
- **Kunde oder Karteninhaber.**

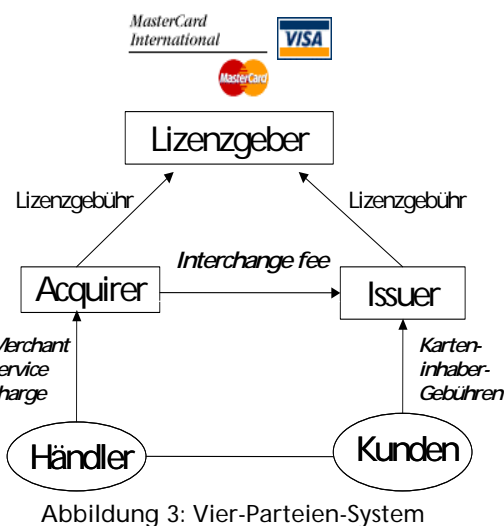


Abbildung 3: Vier-Parteien-System

18. Daneben existiert ein Lizenzgeber, welcher jedoch nicht aktiv im Kreditkartengeschäft auftritt. Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems und stellt als System-Provider die weltweite Abwicklung des Daten- und Werteflusses zwischen Issuern und Acquirern im Zusammenhang mit dem kartenba-

sierten Zahlungsverkehr sicher. Durch einen Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer das Recht auf Nutzung einer ihm gehörenden Marke einzuräumen, wobei dafür in der Regel eine Entschädigung anfällt.

19. In einem Vier-Parteien-System existieren typischerweise folgende Gebühren (vgl. Abbildung 3):

- **Interchange Fee:** Die Interchange Fee ist eine Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Die Interchange Fee bildet Gegenstand dieses Verfahrens.
- **Merchant Service Charge (MSC):** Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
- **Karteninhaber-Gebühren:** Karteninhaber-Gebühren (wie z.B. die Jahresgebühr) werden vom Karteninhaber an den Issuer bezahlt.
- **Lizenzgebühr:** Die Lizenzgebühr wird von den Issuern und Acquirern an den Lizenzgeber bezahlt. Während in einem Drei-Parteien-System (vgl. Rz. 20) die Lizenzen exklusiv verteilt werden, werden in einem Vier-Parteien-System Lizenzen sowohl im Issuing- als auch im Acquiring-Geschäft an verschiedene Konkurrenzinstitute gewährt.

20. Im Drei-Parteien-System (vgl. Abbildung 4) wird sowohl das Issuing als auch das Acquiring durch dasselbe Unternehmen getätigt.<sup>4</sup> Demzufolge existiert in einem solchen System keine Interchange Fee. Im Drei-Parteien-System würde die Interchange Fee einem internen Transfer gleichkommen.

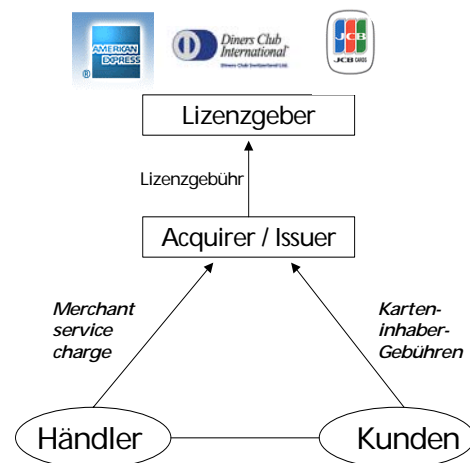


Abbildung 4: Drei-Parteien-System

<sup>3</sup> Die JCB-Kreditkarte wird von einzelnen Händlern in der Schweiz akzeptiert. Sie richtet sich vor allem an asiatische Touristen und wird in der Schweiz nicht herausgegeben.

<sup>4</sup> Zur Ratio eines Drei- oder Vier-Parteien-Systems vgl. z.B. den im März 2000 publizierten "Cruikshank Report" des OFT, S. 251 ff., insbesondere D3.32.

**A.2.3 Die Kreditkartenorganisationen**

21. *Visa International Service Association* mit Hauptsitz in San Francisco (USA) ist als eine *nonstock, for-profit corporation*-Eigentümerin und Lizenzgeberin der Marke Visa. Die Issuer und Acquirer von Visa sind bei ihr Mitglied.

22. Inhaberin der Marke MasterCard ist *MasterCard International Incorporated* mit Hauptsitz in New York (USA). Es handelt es sich dabei um eine *private share corporation*, bei der die Issuer und Acquirer Anteilseigner sind.

23. Sowohl Visa International als auch MasterCard International haben fünf beziehungsweise sechs Zweigniederlassungen (Europa Regional, Asia/Pacific Regional, Latin America & Caribbean und North America Regional Headquarters), welche das Recht besitzen, den Banken ihrer Region eine Lizenz für das Issuing und/oder Acquiring einzuräumen. Dabei werden zwei Arten von Lizenzen unterschieden: Die *Principal Licence* berechtigt die entsprechende Bank sowohl für das Issuing als auch das Acquiring der jeweiligen Marke. Die *Affiliate beziehungsweise Associate Licence* berechtigt den Lizenznehmer zu den in einer Vereinbarung mit einem Principal festgehaltenen Tätigkeiten. Der Principal zeigt sich gegenüber dem Lizenzge-

ber verantwortlich für die Einhaltung der Regeln durch seine Affiliate beziehungsweise Associate Members. Die Banken, die Mitglieder beziehungsweise Inhaber der jeweiligen Dachorganisation sind, entsenden Vertreter in die *Regional Boards* (Visa Europe Ltd. und MasterCard Europe sprl.), welche ihrerseits wiederum Vertreter für das *International Board* stellen.

**A.3 Die Entwicklung der schweizerischen Kreditkarten-Industrie**

24. Die schweizerische Kreditkarten-Industrie ist seit ihrem Bestehen sowohl auf der Acquiring- als auch auf der Issuing-Seite durch eine starke Konzentration gekennzeichnet.

**A.3.1 Issuing**

25. 1972 erhielt die Cornèr Banca als erstes Finanzinstitut in der Schweiz eine Lizenz für den Vertrieb von Visa-Kreditkarten in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein (siehe Abbildung 5). Sie vertrieb Visa-Kreditkarten zunächst exklusiv, bis im Jahr 1979 die Bank Finalba AG (Finalba), damals eine Tochtergesellschaft des Schweizerischen Bankvereins (SBV), ebenfalls eine Visa-Lizenz erhielt.

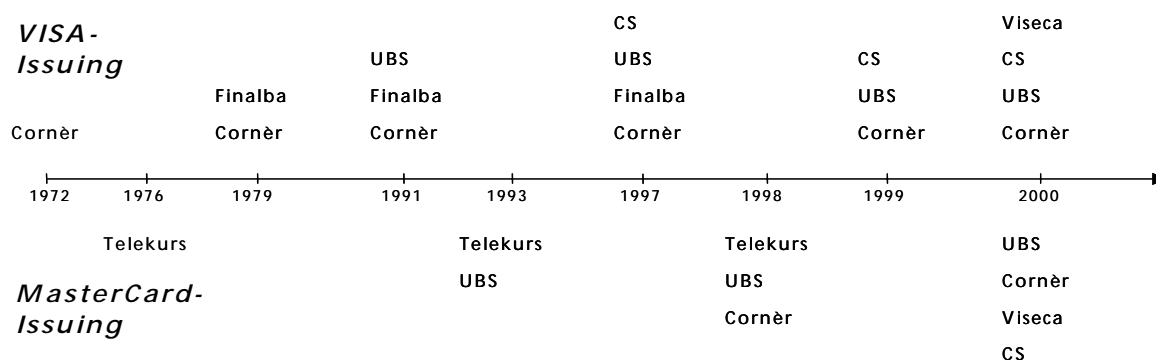


Abbildung 5: Entwicklung Issuing-Geschäft

26. Der Vertrieb von MasterCard-Kreditkarten erfolgte anfänglich durch die im Jahr 1976 gegründete Eurocard (Switzerland) SA. Diese wurde 1978 durch die Schweizerische Bankiervereinigung und im Jahr 1982 durch Telekurs Multipay übernommen. Bis 1993 war Telekurs Multipay als einziger Anbieter im Issuing und Acquiring von MasterCard-Kreditkarten in der Schweiz tätig.

27. Nachdem in den 90er Jahren die Lizenzierungsregimes von Visa und MasterCard liberalisiert worden waren, sind mehrere Finanzinstitute in den Markt für das Kreditkarten-Issuing eingetreten. Die UBS erhielt im Jahr 1991 eine Lizenz für den Vertrieb von Visa-Kreditkarten. Im Jahr 1993 wurde der Geschäftsbe-  
reich der Tochtergesellschaft UCC auf die Herausgabe

von MasterCard ausgeweitet. Die UBS verfolgte somit als erstes Institut eine so genannte Dual Brand-Strategie.<sup>5</sup> Nach dem Zusammenschluss von UBS und SBV wurde das Kartengeschäft der Finalba im Jahr 1999 in die UCC integriert. Als weiterer Anbieter erwarb die Credit Suisse im Jahr 1997 eine Visa- und im Jahr 2000 eine MasterCard-Lizenz. Die Cornèr Banca erwarb im Jahr 1998 zusätzlich zu ihrer bereits bestehenden Visa-Lizenz eine Lizenz zum Vertrieb von MasterCard-Kreditkarten (vgl. Geschäftsbericht 1998, S. 41). Die Viseca erhielt im Jahr 2000 je eine Lizenz

<sup>5</sup> Eine Dual Brand-Strategie respektive ein Dual Brand-Angebot bedeutet das Issuing und/oder Acquiring zweier Kreditkarten-Marken, z.B. Visa und MasterCard, aus einer Hand.

für das Issuing von MasterCard- und Visa-Kreditkarten. Im Jahr 2000 zog sich die Telekurs Multipay im Rahmen einer Neuausrichtung ihres Kreditkarten-Geschäftes aus dem Issuing von MasterCard-Kreditkarten zurück. Das MasterCard-Issuing der Telekurs Multipay wurde dabei an die UBS, die Credit Suisse und die neugegründete Viseca verkauft.

28. Gegenwärtig sind auf dem Schweizer Markt mit Cornèr Banca, UBS, Credit Suisse und Viseca somit vier Issuer für Visa- und MasterCard-Kreditkarten tätig. Dabei betreiben alle Issuer Dual-Branding, das heisst, die Issuer bieten sowohl MasterCard- als auch Visa-Kreditkarten an.

29. Daneben gibt es mehrere Anbieter von Kreditkarten im Rahmen von Drei-Parteien-Systemen. So besitzt Credit Suisse seit 1998 eine Exklusivlizenz zum Vertrieb von American Express-Kreditkarten in der Schweiz. Zum Vertrieb gründete die Credit Suisse mit American Express das Joint Venture Swisscard. Seit 1978 besteht zudem eine exklusive Lizenz zum Vertrieb der Diners Club-Kreditkarte in der Schweiz. Diese ist heute im Besitz von Diners Club Switzerland Ltd.

### A.3.2 Acquiring

30. Die Cornèr Banca war von 1972 bis 1979 die einzige im Visa-Acquiring tätige Bank. 1979 erhielt die Finalba eine Acquiring-Lizenz für Visa. MasterCard wurde von 1976 bis 1993 exklusiv von Telekurs Multipay akquiriert. Die UBS erhielt im Jahr 1991 für Visa und im Jahr 1993 für MasterCard eine Acquiring-Lizenz. 2001 erwarb die Cornèr Banca zusätzlich zum Visa-Acquiring eine Lizenz für das Acquiring von MasterCard. Überdies hat Telekurs Multipay im Mai 2003 das Visa-Acquiring der UCC übernommen. Schliesslich hat die Cornèr Banca im Juli 2005 das gesamte Acquiring-Geschäft an die Viseca übertragen. Letztere betreibt dieses über ihre Tochtergesellschaft Aduno (vgl. Rz. 5).

31. Gegenwärtig sind somit auf dem Markt zwei schweizerische Acquirer, Telekurs Multipay und Aduno, für Visa- und MasterCard-Kreditkarten tätig. Trotz der Übernahme im Sommer 2005 hat sich deshalb in der bisherigen Marktstruktur des Acquiring-Geschäfts nichts verändert.

32. Ab 2002 sind zudem mehrere ausländische Acquirer mit Sitz in verschiedenen europäischen Ländern in den Markt eingetreten. Zurzeit sind ca. zehn ausländische Acquirer in der Schweiz tätig (vgl. Rz. 196). Von diesen konnten sich aber einzig zwei deutsche Acquirer (ConCardis GmbH [ConCardis] und B&S Card Service GmbH [B&S]) wirklich in der Schweiz etablieren (vgl. Rz. 240).

33. Die Erhebung des Sachverhalts basiert auf dem Zeitraum zwischen Januar 2002 und dem Kauf des Acquiring-Geschäfts durch die Viseca im Juli 2005. Die der nachfolgenden Würdigung zugrunde liegenden Tatsachen beziehen sich deshalb noch auf das Acquiring-Geschäft der Cornèr Banca. Mangels wesentlicher Veränderungen der bisherigen Marktverhältnisse, welche von den Parteien im Übrigen auch nicht geltend gemacht werden, ist eine erneute Sachverhalts-

erhebung weder sachlich gerechtfertigt noch prozess-ökonomisch angezeigt.

### A.3.3 Die Domestic Interchange Fee

34. In Vier-Parteien-Systemen wird zwischen verschiedenen Interchange Fees unterschieden: die interregionale Interchange Fee (auf grenzüberschreitende Transaktionen ausserhalb Europa anwendbar), die intraregionale Interchange Fee (auf grenzüberschreitende Transaktionen im europäischen Raum anwendbar<sup>6</sup>) und die Domestic Interchange Fee (auf inländische Transaktionen anwendbar). Dabei gilt eine Transaktion dann als inländisch, wenn sie mit einer in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarte erfolgt und der Verkaufspunkt in der Schweiz oder im Fürstentum Lichtenstein liegt.

35. Die Domestic Interchange Fees werden in der Schweiz in einem nationalen Gremium *multilateral* festgesetzt. Im Folgenden wird sie daher als DMIF bezeichnet. Es besteht je ein separates Gremium für MasterCard und für Visa (vgl. Rz. 37), wobei die beiden Gremien grundsätzlich gleich funktionieren. Da dieselben Parteien in beiden Gremien Einsitz nehmen (vgl. Abschnitt A.3.4) und die Sitzungen am selben Tag und am selben Ort stattfinden, wird im Folgenden nicht zwischen den zwei Systemen unterschieden. Die Sitzungen finden in einem informellen Rahmen statt und werden nach Bedarf ca. 2-3 Mal pro Jahr einberufen.

36. Je nach Branche bestehen teilweise verschiedene DMIF. Neben einer Standard DMIF gibt es zurzeit je eine DMIF für Tankstellen, Parking, Supermärkte und bei Visa für Airlines. Die Standard-DMIF von MasterCard wurde 2001 von [...] % auf 1,8% erhöht. Seit 2001 ist die Höhe der Standard DMIF sowohl für Visa wie auch für MasterCard identisch (vgl. Tabelle 1). Die DMIF für Tankstellen, Parking, Supermärkte und Airlines sind im Vergleich zur Standard DMIF teilweise wesentlich tiefer.<sup>7</sup>

	VISA	MASTERCARD
Standard	1,8%	1,8%
Tankstellen	[...] %	[...] %
Parking	[...] %	[...] %
Supermärkte	[...] %	[...] *
Fluggesellschaften	[...] %	-

Tabelle 1: Aktuelle Höhe der DMIF

\* Umsatzgestaffeltes Interchange-Modell, ab CHF [...] Umsatz nur noch [...] %

<sup>6</sup> Die intraregionalen Interchange Fees werden vom regionalen Board festgelegt und sind tiefer als die Domestic Interchange Fees, was - gemäss den Aussagen der Parteien - auf die grösseren Verarbeitungsvolumen zurückzuführen sei.

<sup>7</sup> Die einzelnen DMIF-Sätze sind Geschäftsgeheimnisse der Parteien (vgl. Rz. 115).



### **A.3.4 Die schweizerischen Kreditkartenforen**

37. Die DMIF wird in der Schweiz für Visa im IAFV und für MasterCard im CC verhandelt. Die schriftliche Vereinbarung SDR wird nach Unterzeichnung durch die an der Vereinbarung teilnehmenden Parteien an [...] zur Registrierung weitergeleitet. Dadurch werden diese de facto für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer verbindlich, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

38. Sowohl auf der Seite von Visa wie auch von MasterCard sind grundsätzlich dieselben Parteien an der Abrede beteiligt. Es sind dies: Telekurs Multipay, Cornèr Banca, UBS, Credit Suisse/Swisscard und Viseca. Die kürzlich in den Markt eingetretene Aduno ist eine Tochtergesellschaft der Viseca. Sie hat sich bisher nicht selbstständig an der Abrede beteiligt, wird aber in den beiden Kartenforen durch ihre Muttergesellschaft Viseca vertreten. Im Folgenden werden die beiden Karten-Gremien näher umschrieben.

#### **A.3.4.1 Visa**

39. Im IAFV sind folgende Institute vertreten:

- UBS
- Credit Suisse (wird vertreten durch Swisscard)
- Viseca (für alle Karten herausgebenden Institute der Kantonal-, Regional- und Raiffeisenbanken sowie der Handels-, Privat- und Auslandsbanken)
- Cornèr Banca
- Telekurs Multipay (früher UCC)

40. Infolge der Übernahme des Visa-Acquirings der UCC durch Telekurs Multipay trat im Mai 2003 die UCC aus dem IAFV aus. Ihr Platz wurde durch Telekurs Multipay eingenommen.

41. Die Mitgliedschaft steht auch weiteren Karten herausgebenden Instituten und Acquirern offen; die Aufnahme neuer Mitglieder bedarf allerdings der Zustimmung [...].

42. Die SDR werden zusätzlich noch durch die Post und SCS Alliance unterschrieben. Weder SCS Alliance noch die Post haben je an den Verhandlungen zur DMIF teilgenommen. Vor 2000 wurde die SDR auch noch von der Zürcher Kantonalbank und dem Finalba Visa Center unterzeichnet. Dies hängt mit der Entwicklung des Lizenzsystems zusammen. Das Kartengeschäft der Finalba wurde 1999 von der UBS in die UCC integriert.

#### **A.3.4.2 MasterCard**

43. Im CC sind folgende Institute vertreten:

- UBS
- Credit Suisse
- Viseca (für alle Karten herausgebenden Institute der Kantonal-, Regional- und Raiffeisenbanken sowie der Handels-, Privat- und Auslandsbanken)
- Cornèr Banca
- Telekurs Multipay

44. Die Mitgliedschaft steht auch weiteren Karten herausgebenden Instituten und Acquirern offen; die Aufnahme neuer Mitglieder bedarf allerdings der Zustimmung [...].

45. Die SDR wurden nur von den obgenannten Parteien unterzeichnet (vgl. Rz. 37).

### **A.4 Verfahren**

#### **A.4.1 Vorabklärung und Untersuchung**

46. Im Januar 2002 häuften sich die Klagen von Konsumenten über massive Erhöhungen der Jahresgebühren und die Verschlechterung anderer Konditionen für Kreditkarten einzelner Anbieter. So hat zum Beispiel Viseca per 1. Januar 2002 ihre Jahresgebühren denjenigen ihrer Konkurrenten angepasst.

47. Erste Abklärungen des Sekretariats ergaben, dass sowohl die Jahresgebühren wie auch die anderen Konditionen für die am stärksten verbreiteten Kreditkarten MasterCard und Visa bei den Anbietern in der Schweiz praktisch identisch sind (vgl. Rz. 271 ff.).

48. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden stellte sich deshalb die Frage, ob die Angleichung der Jahresgebühren und der übrigen Konditionen das Resultat einer expliziten Absprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise sein könnte. In diesem Fall wäre eine Anwendung von Artikel 5 KG zu prüfen. Zur genaueren Klärung dieser Problematik wurde am 18. Januar 2002 eine Vorabklärung eröffnet. Dabei wurden sämtliche fünf Kreditkarten-Issuer (inkl. Diners), Telekurs Multipay sowie verschiedene Konsumentenschutzorganisationen schriftlich befragt.

49. Im Rahmen des Verfahrens wurde das Sekretariat von verschiedenen Seiten auf die Problematik der Interchange Fee aufmerksam gemacht. Die Abklärungen haben ergeben, dass bezüglich der DMIF Indizien bestehen, dass die Kreditkarten-Issuer und -Acquirer in der Schweiz diese Gebühren gemeinsam abgesprochen und erhöht hatten.

50. Das Sekretariat hat deshalb am 10. April 2003 beschlossen, die Vorabklärung Kreditkartenkonditionen auf die Problematik der Interchange Fee auszudehnen. Demzufolge wurde die Vorabklärung auch gegenüber Kreditkarten-Acquirer in der Schweiz geführt.

51. Zur Klärung des rechtlich relevanten Sachverhaltes und um ein möglichst vollständiges Bild des Kreditkartenmarktes zu gewinnen, wurden die Issuer (UBS, Viseca, Credit Suisse und Cornèr Banca) und die Acquirer (Telekurs Multipay, UCC<sup>8</sup>, Cornèr Banca) von MasterCard- und Visa-Kreditkarten je separat zu einem informellen Gespräch eingeladen. Zudem wurden auch Diners Club und die Swisscard für American Express bezüglich der Unterschiede zwischen einem

<sup>8</sup> Das Gespräch mit dem UCC fand einige Tage vor der Ankündigung der Übernahme des Acquiring-Geschäfts der UCC durch die Telekurs statt.

Drei- und einem Vier-Parteien-System befragt. Da die Frage der Interchange Fee bereits seit einigen Jahren in der ökonomischen Literatur intensiv diskutiert wird<sup>9</sup> und für verschiedene Wettbewerbsbehörden immer wieder ein Thema darstellt, wurden zudem verschiedene ausländische Wettbewerbsbehörden um Informationen zu dieser Problematik angefragt.<sup>10</sup>

52. Die Vorabklärung hat ergeben, dass die Kreditkarten-Issuer und -Acquirer die DMIF in den Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa gemeinsam festsetzen. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko hat das Sekretariat deshalb am 15. Dezember 2003 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Kreditkarten-Issuer und -Acquirer der Marken Visa und MasterCard in der Schweiz eröffnet. Die Vorabklärung hatte gezeigt, dass die Frage der Kreditkartenkonditionen und der Interchange Fee eng miteinander verbunden ist (vgl. insb. Rz. 162). Deshalb wurde der Gegenstand der Untersuchung auf die Interchange Fee fokussiert.

53. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG am 6. Januar 2004 im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie am 13. Januar 2004 im Bundesblatt (BBl 2004 I 63) bekannt. Auf die Publikation hin meldete sich der VEZ und verlangte, am Verfahren teilnehmen zu können. Mit Schreiben vom 19. Februar 2004 wurde dem VEZ die Wahrung seiner Rechte zugesichert.

54. Im Laufe der Untersuchung versandte das Sekretariat am 11. Februar 2004 und 6. August 2004 Fragebogen an die Parteien.

55. Mit Schreiben vom 30. März 2004 und Nachtrag vom 27. April 2004 lud das Sekretariat die Schweizerische Post zur Beantwortung eines Fragebogens ein. Um insbesondere die Abgrenzung der relevanten Märkte abzuklären, wurden mit Schreiben vom 1., 3. und 4. Juni 2004 ca. 200 Händler/Dienstleistungsanbieter angeschrieben. Weitere Auskunftsbegehren wurden am 22. April 2004 der Rothschild Bank AG und am 6. Juni 2004 der Banque SCS Alliance SA gestellt. Im Weiteren versandte das Sekretariat am 6. Juni 2004 Fragebogen an diverse Acquirer in Deutschland, England, Irland, Belgien, Dänemark und Holland. Mit Schreiben vom 5. August 2004 wurden auch Visa Europe Ltd. und MasterCard Europe sprl. befragt. Schliesslich lud das Sekretariat mit Schreiben vom 9. August 2004 Diners Club zur Beantwortung eines Fragebogens ein.

56. Am 3. März 2004 erhielten die UBS und am 22. April 2004 die Credit Suisse Akteneinsicht. Zudem wurde der Viseca am 22. September 2004 eine Kopie aller Akten ab act. [...] zugestellt.

57. Die Parteien haben mit Schreiben vom 19. April 2004, 22. April 2004, 6. Mai 2004 und 7. Mai 2004 sowie vom 6. September 2004, 8. September 2004, 16. September 2004 und 17. September 2004 die Fragebogen beantwortet. Auf die Argumente der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen vertieft eingegangen.

#### A.4.2 Verpflichtungszusagen der Parteien

58. Auf Anfrage der Parteien fand am 20. September 2004 ein Treffen zwischen dem Sekretariat und den Parteien statt. Die Parteien gaben ihren Willen kund, den Streitgegenstand einvernehmlich zu regeln. Im Anschluss an diese Sitzung stellten die Parteien dem Sekretariat mit Schreiben vom 16. Dezember 2004 einen Lösungsvorschlag zu.

59. Am 23. Dezember 2004 trafen sich die Parteien und das Sekretariat erneut zu einer Besprechung. Ziel dieser Besprechung war es, den Lösungsvorschlag der Parteien vom 16. Dezember 2004 zu diskutieren. Das Sekretariat teilte den Parteien mit, dass grundsätzlich eine multilaterale Lösung in Frage kommen könne, diese jedoch ein objektiviertes Verfahren für die Festsetzung der DMIF vorsehen müsse. Zudem sei eine multilaterale Lösung nur mit begleitenden Massnahmen vorstellbar. Es wurde deshalb festgehalten, dass bis Mitte Januar 2005 ein konkreter Vorschlag für eine Objektivierung der DMIF gemacht wird.

60. Am 20. Januar 2005 fand eine erste Sitzung zur Besprechung der Objektivierung der DMIF statt. Im Nachgang zu dieser Sitzung und zu den Vorschlägen der Issuer bezüglich eines Kostenrasters zur Berechnung der DMIF liess das Sekretariat den Issuern ein Schreiben mit seinem Standpunkt zukommen. Mit Schreiben vom 24. Februar 2005 reichte Telekurs Multipay zudem eine Stellungnahme zu den Fragen der Aufhebung der Non Discrimination Rule (NDR), der Publikation der spezifischen Domestic Interchange Fees sowie der Unabhängigkeit der Telekurs Multipay gegenüber den Issuern ein.

61. Zur Präzisierung des Kostenrasters für die Berechnung der DMIF verlangte das Sekretariat den Beizug eines unabhängigen Revisionsunternehmens. Mit Vertrag vom 28. Februar 2005 wurde PriceWaterhouseCoopers (PWC) mit dieser Aufgabe beauftragt. Gleichzeitig wurden die Issuer verpflichtet, sämtliche Kosten für diese Beratungsarbeit zu übernehmen.

62. Nach zusätzlichen Sitzungen am 28. Februar und am 3. März 2005 liess das Sekretariat sämtlichen Parteien am 18. März 2005 einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung zukommen. Die Issuer nahmen mit Schreiben vom 23. März 2005 zu diesem Vorschlag Stellung.

63. Nach der Präzisierung des Kostenrasters durch PWC wurde den Parteien mit Schreiben vom 25. März 2005 ein letzter revidierter Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung zugestellt. Letzterer wurde nach

<sup>9</sup> Siehe dazu die Übersicht ökonomische Literatur zu Payment Systems.

<sup>10</sup> Siehe dazu die Übersicht ausländischer Entscheide zu Interchange Fees in Kreditkartensystemen. Besonders interessant in dieser Hinsicht ist der EU-Entscheid vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABI. L 318/17 vom 22.11.2002 sowie der Entscheid des OFT vom 6. September 2005 i.S. MasterCard UK Members Forum Ltd. (MMF); zuletzt gefunden unter: <http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/6CC8A113-4BA9-49C7-992E-01COA74055B0/0/oft811.pdf>.

gewissen formellen Anpassungen anlässlich der Sitzung vom 29. März 2005 von allen Parteien unterzeichnet.

64. Die einvernehmliche Regelung wurde einerseits zwischen UBS, Credit Suisse, Viseca, Cornèr Banca und Telekurs und andererseits zwischen den Parteien und dem Sekretariat abgeschlossen. Sie gibt folgenden Grundsatz wieder:

**“PRÄAMBEL**

*Am 15. Dezember 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Kreditkarten-Issuer und -Acquirer der Marken Visa und MasterCard in der Schweiz wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.*

*Im Interesse einer raschen und einvernehmlichen Erledigung des Untersuchungsverfahrens schliessen die Parteien die nachfolgende Vereinbarung im Sinne einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG.*

**A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLE- GUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL IN- TERCHANGE FEES**

**a. Grundsatz**

*a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa- und MasterCard.*

*a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.“*

(Die weiteren Bestimmungen zu Kapitel A. finden sich in der einvernehmlichen Regelung im Anhang 1 zu diesem Entscheid.)

**B. AUFHEBUNG DES VERBOTS DER PREIS- DIFFERENZIERUNG**

*B1. Die Acquirer (Telekurs Multipay AG und Cornèr Banca SA) verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung (“Non Discrimination Rule”) nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzuheben. Die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung gilt ab Rechtskraft der Verfügung der Weko.*

*B2. Die Acquirer verpflichten sich zudem, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Annahmevertrag eingegangen sind, über die Aufhebung der NDR-Klausel gemäss Ziffer B1. innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft der Verfügung der Weko schriftlich zu informieren.*

**C. OFFENLEGUNG DER BRANCHEN- UND TRANSAKTIONSSPEZIFISCHEN DOMESTIC INTERCHANGE FEES**

*C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den be-*

*troffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.*

*C2. Die Acquirer verpflichten sich, diese Möglichkeit nach Rechtskraft der Verfügung der Weko bekannt zu machen. Bei Neukunden wird die Möglichkeit der Anfrage der DMIF in den AGBs eingefügt. Bei Altkunden wird den Händlern die Möglichkeit der Anfrage der DMIF gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Aufhebung der NDR gemäss Abschnitt B2 schriftlich mitgeteilt.*

**D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN**

*D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer-beziehungsweise acquirer-spezifische statistische Marktdaten, wie zum Beispiel Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard-Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.*

**E. VERFAHRENSABSCHLUSS**

*E1. Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Kreditkarten-Issuer und -Acquirer der Marken Visa und MasterCard in der Schweiz abgeschlossen. Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.“*

65. Die Vereinbarung ist von sämtlichen von der Untersuchung betroffenen Parteien und vom Sekretariat unterzeichnet worden. Der Vereinbarung in Anhängen beigefügt sind der Kostenraster (Anhang 2), die Definitionen zu den relevanten Kosten des Kostenrasters (Anhang 3) sowie eine Zeittabelle zur Implementierung des objektivierten Verfahrens für die Festsetzung der DMIF (Anhang 4). Sie bilden einen integrierenden Bestandteil der Vereinbarung.

66. Mit Schreiben vom 18. Mai 2005 wurde den Parteien sowie dem VEZ schliesslich Gelegenheit gegeben, zum Antrag des Sekretariates Stellung zu nehmen. Die Stellungnahmen sind nach Gewährung entsprechender Fristverlängerungsgesuche am 14. Juli 2005 beim Sekretariat eingegangen.

67. Die Parteien hatten zusätzlich mit Schreiben vom 30. und 31. März 2005 den von der Untersuchung betroffenen Sachverhalt im Sinne der Schlussbestimmungen zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 gemeldet.

68. Am 7. Juli 2005 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass die Möglichkeit der Meldung eines bereits vor der Wettbewerbsbehörde laufenden Verfahrens

nach Übergangsbestimmung des revidierten Kartellgesetzes Gegenstand einer Rechtsfrage sei, welche vom Bundesgericht in einem anderen Verfahren entschieden werde.<sup>11</sup>

69. Mit Bezug auf die Übernahme des Acquiring-Geschäfts von der Cornèr Banca erklärte die Viseca gegenüber dem Sekretariat am 26. Mai 2005, dass sie als künftiger Acquirer sämtliche Verpflichtungen aus der einvernehmlichen Regelung, welche von der Cornèr Banca eingegangen worden sind, vorbehaltlos erfüllen werde.

70. Nach Abschluss des Beweisverfahrens vor dem Sekretariat waren der Wettbewerbsbehörde weitere Dokumente zugekommen. Darunter auch das Schreiben von MasterCard Europe sprl., Belgien, vom 28. Juli 2005, welches eine Übersicht über sämtliche in den Mitgliedstaaten des europäischen Wirtschaftsraums geltenden DMIF enthält sowie je ein Schreiben der Issuer, in welchem die issuerspezifischen Transaktionsvolumen sowie die branchen- und transaktionsspezifischen DMIF (angewandt per 31.12.2004) aufgeführt werden.

71. Den Parteien sowie dem VEZ wurde der Eingang von Akten durch jeweiligen Versand eines aktualisierten Aktenverzeichnisses angezeigt, letztmals mit Schreiben vom 20. Oktober 2005.

72. Für das vorliegende Verfahren waren folgende Kommissionsmitglieder im Ausstand: Prof. ROGER ZÄCH, Vizepräsident, Dr. RUDOLF HORBER, Dr. KLAUS HUG, Dr. JÜRIG NIKLAUS, Prof. ANNE PETITEPIERRE und Herr THOMAS PLETSCHER. Die Kommission entschied im Übrigen in der Zusammensetzung gemäss Bundesratsbeschluss vom 27. September 2005, mit welchem die zwei per 31. Oktober 2005 zurückgetretenen Mitglieder Prof. MARCO BORGHI und Prof. PETER ZWEIFEL durch Prof. VINCENT Martenet und Herr Dr. STEFAN BÜHLER ersetzt wurden. Den Parteien wurde die Ernennung der beiden neuen Mitglieder mit Schreiben vom 24. Oktober 2005 mitgeteilt.

#### **A.4.3 Stellungnahmen der Parteien und des VEZ**

73. Credit Suisse, Cornèr Banca und Telekurs Multipay beantragen die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung. Die ersten beiden fordern zudem einen Verzicht auf die Erhöhung der Verfahrenskosten um 50% und argumentieren diesbezüglich, eine solche Erhöhung setze gemäss Praxis der Weko eine erhebliche Beeinträchtigung beziehungsweise eine Beseitigung des Wettbewerbs voraus. Dies sei aber im vorliegenden Fall gerade bestritten. Zudem habe die Erhöhung sanktionierenden Charakter, wenn - wie vorliegend - die Parteien von sich aus eine einvernehmliche Regelung vorgeschlagen und damit zu einer raschen Verfahrenserledigung beigetragen hätten. Im Übrigen müssten die betroffenen Unternehmen zusätzlich die Kosten für das anschliessende Verfahren zur Umsetzung und Überwachung der einvernehmlichen Regelung übernehmen.

74. Der VEZ beantragt, die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 sei nur zu genehmigen, sofern die

Verfügungsadressaten im Dispositiv zusätzlich - und damit unabhängig von ihren Kosten - verpflichtet würden, die DMIF für die Schweiz so festzulegen, dass die gewichtete DMIF (ActDMIF; siehe Ziff. A. Bst. d der einvernehmlichen Regelung im Anhang 1) für die Schweiz analog zum Entscheid der EG-Kommission (Entscheidung vom 24.7.2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, Abl. L 318/17 vom 22.11.2002) schrittweise auf 0,7% gesenkt werde und nicht über folgenden Prozentsätzen liege:

- ab 1. Januar 2006 nicht über 1,4%
- ab 1. Januar 2007 nicht über 1,0%
- ab 1. Januar 2008 nicht über 0,7%

Eventualiter sei die Untersuchung zu ergänzen und ein neuer Verfügungsentwurf auszuarbeiten, welcher die Obergrenze für die ActDMIF analog zum Visa-Entscheid der EG-Kommission per 1. Januar 2008 auf 0,7% festlege. Die Verfügung der Weko sei dem VEZ ebenfalls zu eröffnen.

75. Der VEZ macht im Wesentlichen geltend, dass

- die einvernehmliche Regelung eine marktumfassende horizontale Preisabsprache darstelle, welche alle Konkurrenten umfasse und aus Sicht des Handels 80% des Preises (MSC) fixiere;
- durch die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung ein hartes Preiskartell gebilligt werde, welches nach dem revidierten Kartellgesetz zwingend mit einer Busse sanktioniert werden müsse;
- die einvernehmliche Regelung auf die Kosten der Issuer abstelle, obwohl bekanntermassen Kartellteilnehmer überhöhte Kosten ausweisen würden, da sich diese ja gerade einem Wettbewerbs- und damit Kostendruck entziehen könnten;
- die überhöhte DMIF in der Schweiz für ausländische Acquirer unattraktiv wirke und diese deshalb auf einen Markteintritt verzichten;
- der fehlende Kostendruck in der Schweiz zu einer im Vergleich zu Europa deutlich höheren DMIF von durchschnittlich 1,8% führe.

76. Zur Begründung hält der VEZ fest, bei der Vereinbarung der DMIF handle es sich um eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG. Da auf dem Issuingmarkt weder ein Innen- noch ein Aussenwettbewerb unter den Issuern festzustellen sei, könne die Vermutung aus Artikel 5 Absatz 3 KG nicht umgestossen werden. Die Vereinbarung zwischen den Issuern bezüglich der DMIF beseitige daher den Wettbewerb und sei unzulässig.

77. Auch auf dem Acquiring-Markt erachtet der VEZ den Wettbewerb durch die Abrede als beseitigt, da die DMIF mit rund 80% den grössten Preisbestandteil

<sup>11</sup> Urteil 2A.287/2005 des Bundesgerichts vom 19. August 2005 i.S. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG und Swisscom Mobile AG.

der Händlerkommission (MSC) darstelle. Die Absprache eines Preisbestandteiles in dieser Höhe genüge bereits, um einen ausreichenden Innenwettbewerb auszuschalten, zumal beide Acquirer gleichgerichtete Interessen hätten und infolge der personellen und finanziellen Verflechtungen von den Issuern kontrolliert würden. Darüber hinaus verfügten die beiden Schweizer Acquirer über einen Marktanteil von 95%, was das Vorliegen von Aussenwettbewerb ausschliesse. Somit beseitige die Vereinbarung über die DMIF auch auf dem Acquiringmarkt den Wettbewerb.

78. Selbst wenn aber die Vermutungen umgestossen werden könnten, liege trotzdem eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs vor. Diese könne nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden, da insbesondere die Transaktionskosten im Falle von bilateralen Verhandlungen bei lediglich vier Issuern gering seien. Überhaupt führe das System zu einer falschen Kostenallokation, da die Issuer und Karteninhaber als eigentliche Nutzniesser des Systems einen wesentlichen Teil der Kosten gerade eben nicht tragen würden. Im Gegenteil müsse der Handel Kosten für Dienstleistungen übernehmen, welche für ihn nicht von Bedeutung seien, wie beispielsweise die Zahlungsgarantie.

79. Weiter argumentiert der VEZ, der schweizerische Kreditkartenmarkt weise eine sehr hohe Konzentration auf. Die zwischen den Schweizer Issuern und Acquirern bestehende personelle und finanzielle Verflechtung verhindere, dass die Acquirer einen zusätzlichen Druck auf die Issuer ausüben und diese damit in den Wettbewerb zwingen könnten. Das über die Issuer und Acquirer gebildete Kartell nehme eine - allenfalls kollektive - marktbeherrschende Stellung ein und missbrauche diese durch das Erzwingen von einem im Vergleich zum europäischen Niveau überhöhten Preis.

80. Dass die Parteien überhöhte Kosten auswiesen, sei - so der VEZ - schon durch das grundsätzliche Interesse eines Kartells begründet. Im Übrigen würden die Kosten in Form der DMIF weder von den Issuern noch von Kreditkarteninhabern getragen, sondern den Händlern weiterverrechnet. Dies widerspreche aber dem Verursacherprinzip, da der Handel kaum von den Kreditkarten profitiere. Zudem sei auch aktenkundig, dass überhöhte Kosten in Form einer hohen DMIF klar auf eine "Abschottung des Schweizer Acquiring Marktes" abzielten, wie dies im Verfügungsentwurf des Sekretariats bereits ausgeführt werde.

81. In Anbetracht der Bedeutung, welche der Kreditkarte in Zukunft als Zahlungsmittel zukomme und der Tatsache, dass die Preise in der Schweiz im Vergleich zum Ausland hoch seien, dürfe die Weko durch ihren Entscheid die "Hochpreisinsel Schweiz" nicht weiter zementieren.

82. Weiter enthalte die im Anhang eingereichte eidesstattliche Erklärung eine Liste mit den in verschiedenen europäischen Ländern erhobenen DMIF für die Handelsbranche. Daraus sei ersichtlich, dass die DMIF in den meisten dieser Länder bereits heute wesentlich tiefer sei als in der Schweiz, nämlich in der Regel zwi-

schen 0,7% und 0,95%. Auch die Argumentation der Parteien in Bezug auf die Unmöglichkeit eines Vergleiches der Schweiz mit anderen europäischen Ländern sei nicht überzeugend, da Länder mit vergleichbaren Volumen wie Belgien, Dänemark, Finnland, Holland, Irland, Island und Luxemburg ebenfalls eine tiefere DMIF hätten.

83. Schliesslich bringt der VEZ vor, mit der hohen Schweizer DMIF würden inländische Händler gegenüber ausländischen diskriminiert. So würden Letzteren lediglich die intraregionale Interchange Fee von 0,7% verrechnet, währenddem Händler in der Schweiz eine DMIF von 1,8% bezahlen müssten. Zudem stosse die Behauptung der Parteien, die intraregionale Interchange Fee könne aufgrund der unterschiedlichen Höhe der Transaktionsvolumen nicht mit der Schweizer DMIF verglichen werden, ins Leere, da gerade der Grossteil des Kreditkartenumsatzes auf inländische Transaktionen entfalle und deshalb die schweizerische DMIF deutlich tiefer sein müsste als die intraregionale Interchange Fee, zumal auch das inländische Ausfall- und Betrugsrisiko wesentlich kleiner sei. Die einvernehmliche Regelung sei aus diesem Grunde nur dann zu genehmigen, wenn die - basierend auf den Kosten der Schweizer Issuer - berechnete DMIF mittelfristig nicht über dem von der EG-Kommission als zulässig erachteten Wert von 0,7% liege.

84. Mit Schreiben vom 16. August 2005 nahm die UBS Stellung zu den Vorbringen des VEZ. In ihrer Eingabe entgegnete die UBS dem VEZ, dessen Stellungnahme enthalte zahlreiche unrichtige oder widersprüchliche Aussagen. So handle es sich bei der DMIF gerade nicht um ein Preiskartell.

85. Unrichtig sei auch die Aussage, wonach die nationalen DMIF in Europa zwischen 0,7% und 0,95% lägen. Bei dem vom VEZ angestellten Vergleich handle es sich nicht um die für die aufgeführten Länder jeweils gültige Standard DMIF, sondern um die niedrigsten im betreffenden Land anwendbaren DMIF-Sätze. Ein direkter Vergleich mit der schweizerischen Standard DMIF sei deshalb irreführend. Ihre Aussage belegt die UBS mit einer Übersicht zu den minimalen und maximalen DMIF-Sätzen für MasterCard in einzelnen europäischen Ländern, welche sie am 11. August 2005 einer Online-Site von MasterCard entnommen hat.

86. Überdies bringt die UBS vor, ein Vergleich einzelner DMIF-Sätze sei nicht sinnvoll, da in den einzelnen Ländern unterschiedliche Bedingungen vorherrschten. Dagegen zeige der Vergleich von Standard-Sätzen für Visa und MasterCard zwischen mehreren EU-Nachbarländern und der Schweiz, dass die ausländischen Sätze auf schweizerischem Niveau lägen.

87. Die UBS führt weiter aus, dass der Vorwurf des VEZ, wonach die Issuer Interesse an Kostensteigerungen und damit an einer Erhöhung der DMIF hätten, falsch sei. In diesem Zusammenhang schaffe gerade die einvernehmliche Regelung einen Anreiz zur Kostensenkung, da ein Teil der Kosten des Issuers nicht mehr durch die Interchange Fee abgedeckt werde. Im

Übrigen würden die DMIF-relevanten Kostenarten gerade nicht ins Belieben des Issuers gestellt.

88. Unrichtig sei auch der Vorwurf des VEZ bezüglich der ineffizienten Zuordnung der Kosten. So würden Kreditverluste im Rahmen der Zahlungsgarantie bei der Berechnung der DMIF gerade durch das Kostenraster ausgeschlossen. Auch Kosten (Fraud losses) aus dem Missbrauch könnten inskünftig bei Verwendung besserer Sicherheitssysteme entfallen.

89. Sodann gehe der Verweis des VEZ auf den spanischen Entscheid fehl, da dieser in seinem Urteil keine Limite der spanischen DMIF fixiere, sondern einen objektiven und transparenten Kostenbezug verlange. Auch die Aussage, wonach lediglich bei einer DMIF von 0,7% ausländische Acquirer in den schweizerischen Markt eintreten würden, zeige anhand der Beispiele von Concardis und B+S Card Services, dass sie tatsachenwidrig sei. Letztlich sei auch die Aussage unrichtig, wonach die Händler keine Vorteile von Kreditkartentransaktionen hätten, sei doch gerade die Bargeldabwicklung für die Händler mit hohen Kosten und hohem Aufwand verbunden.

90. Mit Schreiben vom 9. August 2005 stellte ein neuer Rechtsvertreter namens und im Auftrag der Viseca und ihrer Tochtergesellschaft Aduno ein Gesuch um beschleunigte Genehmigung der einvernehmlichen Regelung. Eventualiter beantragte der Rechtsvertreter eine Anhörung gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG, sollte die Weko die einvernehmliche Regelung nicht genehmigen wollen. Mit Schreiben vom 25. August 2005 reichte die Viseca eine rechtsgültig unterzeichnete Vollmacht nach und hielt gleichzeitig fest, dass ihre Tochtergesellschaft Aduno keine Parteieigenschaft beantrage und - soweit diese überhaupt vom hängigen Verfahren betroffen sei - durch die Viseca vertreten werde.

91. Im Rahmen ihrer Beratung lud die Weko am 8. September 2005 Cornèr Banca, Credit Suisse, Telekurs, UBS und Viseca zu einer erneuten Stellungnahme ein. Sie machte die angeschriebenen Parteien darauf aufmerksam, dass sie eine Ergänzung des Verfügungsdispositivs dahingehend in Erwägung ziehe, als zusätzlich zur Genehmigung der einvernehmlichen Regelung eine Senkung der ActDMIF auf den ermittelten Wert der durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) innerhalb von drei Jahren angeordnet und die Genehmigung zeitlich auf vier Jahre beschränkt werde.

92. Im Weiteren teilte die Weko mit, dass sie auch die Offenlegung sämtlicher inländischen und ausländischen branchen- und transaktionsspezifischen DMIF sowie die aufgrund der von den Issuern eingelieferten Tatsachen ermittelten Werte der dDIF (siehe Ziff. A. Bst. c der einvernehmlichen Regelung im Anhang 1) sowie der ActDMIF gegenüber Dritten in Erwägung ziehe. Da diese Tatsachen jedoch von den betroffenen Parteien bisher als Geschäftsgeheimnis bezeichnet worden seien, werde deren Einverständnis zur Offenlegung benötigt.

93. Ein teilweise gleichlautendes Schreiben richtete die Weko am 16. September 2005 auch an den VEZ

und lud diesen gleichfalls ein, zu den möglichen Ergänzungen des Verfügungsdispositivs Stellung zu nehmen. Zusätzlich forderte die Weko den VEZ auf, dessen Aussagen in der Stellungnahme vom 14. Juli 2005 zum Schweizer Standardsatz im Vergleich mit ausländischen DMIF unter Beilage entsprechender Beweismittel zu substantiieren.

94. Cornèr Banca, Credit Suisse, Telekurs Multipay, UBS und Viseca nahmen jeweils mit Schreiben vom 13. September 2005 Stellung zur Frage der Geheimhaltungsqualität der inländischen und ausländischen DMIF sowie der beiden ermittelten Werte dDIF und ActDMIF. Während die Viseca vorbehaltlos mit der Offenlegung sämtlicher die Schweiz betreffenden Daten einverstanden war (eine Ausnahme machte sie mit Verweis auf MasterCard Europe sprl. und Visa Europe Ltd., welche Geheimnisherren bezüglich der ausländischen DMIF seien), gestatteten UBS und Credit Suisse die Offenlegung lediglich unter Vorbehalt der Zustimmung der jeweils zuständigen Schweizer Kartengremien.

95. Cornèr Banca verweigerte unter Verweis auf die Pflicht zur individuellen Bekanntgabe der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gemäss Bestimmung C der einvernehmlichen Regelung und der Offenlegungspraxis der Weko<sup>12</sup> (Verfügung vom 8.11.2004, CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.) die Zustimmung.

96. Telekurs Multipay gab in ihrer Eingabe zu Bedenken, dass die offengelegte Differenzierung der Branchensätze für die Kunden nicht nachvollziehbar wäre, da sich die verschiedenen Kommissionssätze (MSC) neben der Interchange Fee auch aus anderen Kostenkomponenten (Einlieferungsart, Branche, Anteil des Inland- und Auslandumsatzes, weitere vom Kunden bezogene Leistungen, operative kundenspezifische Aufwendungen etc.) zusammensetzen würden. Telekurs Multipay wäre diesbezüglich mit einem hohen Erklärungsaufwand gegenüber den Händlern konfrontiert. Im Übrigen sehe die einvernehmliche Regelung bereits eine individuelle Offenlegung der DMIF vor. Telekurs Multipay habe deshalb bereits in diesem Umfang auf eine Geheimhaltung der Interchange-Sätze verzichtet. Eine Zustimmung könne deshalb lediglich für eine einmalige Offenlegung im Sinne der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Weko erfolgen. Im Anschluss an den Entscheid solle jedoch die Offenlegung nur im Rahmen der Vorgaben gemäss einvernehmlicher Regelung erfolgen.

97. Im gleichen Schreiben vom 13. September 2005 erklärte sich Viseca auch mit der Anordnung der Senkung der ActDMIF innerhalb von drei Jahren einverstanden. Hingegen hält sie eine Befristung grundsätzlich nicht für notwendig, da die einvernehmliche Regelung selber schon eine Möglichkeit zur Anpassung

<sup>12</sup> Entscheid Weko vom 8. November 2004 i.S. CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.

des Verfahrens zur Bestimmung der DMIF nach sechs Jahren vorsehe und die übrigen Verpflichtungen aus der einvernehmlichen Regelung daneben weiter bestehen würden. Sollte die Weko eine Befristung jedoch als notwendig erachten, würde sie diese akzeptieren, wobei aber zu beachten sei, dass die Befristung mindestens auf sechs Jahre ausgedehnt werden müsse, da eine kürzere Dauer nicht mit dem in der einvernehmlichen Regelung vorgesehenen Ablauf einhergehe und erneute Verhandlungen innerhalb kürzerer Zeit zu einer Rechtsunsicherheit führen würden.

98. Die übrigen Stellungnahmen der Parteien entsprechen inhaltlich den Vorbringen der Viseca. Im Unterschied zu Viseca und UBS erachten aber Credit Suisse und Cornèr Banca eine Befristung als nicht angezeigt. Letztere bringt hierzu ausdrücklich vor, dass eine Befristung der Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung, welche ihrerseits bereits faktisch eine zeitliche Limitierung beinhalte, zu einer Aushöhlung der Verpflichtungserklärungen führen würde und zwar namentlich dann, wenn die Frist für die Dauer der Genehmigung noch kürzer angesetzt sei, als die in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Dauer. Dies führe mitunter zur Rechtsunsicherheit der Beteiligten, da diese über die Genehmigungsdauer hinaus an die einvernehmliche Regelung gebunden seien.

99. Die Telekurs Multipay enthielt sich einer Stellungnahme zum Punkt der Anordnung der ActDMIF, beantragte jedoch unter Verweis auf die Investitionspolitik und dem durch eine kurze Dauer erzwungenen Wechsel in den Geschäftsmodellen, an der vereinbarten sechsjährigen Dauer festzuhalten.

100. Mit Schreiben vom 26. September 2005 beantragte der VEZ die Offenlegung der branchen- und transaktionspezifischen DMIF sowie der diesen zugrunde liegenden Quellen. Am 29. September 2005 liess sich der VEZ sodann zum Schreiben der Weko vom 16. September 2005 vernehmen und wiederholte nochmals die bereits mit Schreiben vom 14. Juli 2005 gestellten Anträge. Zur Begründung stützte sich der VEZ im Wesentlichen auf die bereits mit erster Eingabe erfolgten Ausführungen.

101. Der VEZ begrüsst den Gedanken, die ActDMIF gegenüber den Parteien zu fixieren, hält den Wert von 1,3%-1,35% jedoch mit der Begründung, die DMIF sei selbst nach drei Jahren noch immer wesentlich höher als in Europa, für inakzeptabel. Im Übrigen würden die nun ermittelten Werte gerade zeigen, dass die Issuer durch die Festlegung der DMIF auf 1,8% schon in den vergangenen Jahren massiv überhöhte Kosten geltend gemacht hätten. Diese Möglichkeit werde durch den Umstand, dass es beim Kostenraster an der nötigen Transparenz und an Detaillierungsgrad fehle respektive schlichtweg niemand in der Lage sei, die Anschaffungen zulasten der im Raster definierten Kosten hinsichtlich ihrer Notwendigkeit zu prüfen, auch für die nächsten Jahre nicht abgestellt.

102. Dass der kostenorientierte Ansatz nicht zum Ziel einer Senkung der DMIF führe, werde auch durch die

jüngsten Offerten der Telekurs Multipay belegt, welche die aus dem Kreditkartenbetrug resultierenden Kosten ("Fraud Losses") als Teil der MSC zusätzlich zur DMIF hinzuzähle, obwohl diese Kosten bereits bei der Berechnung der DMIF mitberücksichtigt worden seien.

103. Weiter wiederholt der VEZ, dass die Genehmigung einer horizontalen Preisabsprache unter allen Wettbewerbern nur dann akzeptiert werden könne, wenn sichergestellt sei, dass der kartellistisch festgesetzte Preis sich an den DMIF von mit der Schweiz vergleichbaren Ländern orientiere, da nur so ein Wettbewerbsdruck entstehen könne.

104. Der VEZ verlangt zudem eine sofortige Reduktion der DMIF, da ansonsten durch die vorgesehene Implementierungsphase die Issuer noch während drei weiteren Jahren von einer Kartellrente profitieren könnten. Dementsprechend könne sich die von der Weko vorgesehene Befristung lediglich auf die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung beziehen, nicht aber auf die Fixierung des zulässigen Höchstsatzes.

105. In Bezug auf die Offenlegung der ausländischen DMIF rügt der VEZ sodann, sein rechtliches Gehör sei durch die bisherige Verweigerung der Offenlegung dieser Daten verletzt worden. Insbesondere könne die Haltung der Issuer, wonach dem VEZ ein Einblick und damit ein Vergleich mit den inländischen DMIF verunmöglicht werde, nicht durch den Verweis auf die Vertraulichkeit begründet werden, da gerade die ausländischen DMIF für die Geschäftstätigkeit der Schweizer Issuer nicht von Bedeutung sei.

106. Zur Substantiierung der in der Stellungnahme vom 14. Juli 2004 vorgebrachten Argumente betreffend Vergleich der schweizerischen DMIF mit den ausländischen Ansätzen reichte der VEZ eine eidesstattliche Erklärung sowie Auszüge aus der Internet-Homepage von MasterCard Europe sprl. und Visa Europe Ltd. ein. Erstere soll belegen, dass für den Bereich Supermärkte der Grossteil der in anderen europäischen Ländern zur Anwendung kommenden DMIF zwischen 0,7% und 0,95% liegen. Diese müssten mit dem Schweizer DMIF Satz von 1,8% verglichen werden, da dieser für den Schweizer Handel von Bedeutung sei. Im Übrigen dürfe nicht, wie die UBS es in ihrer Stellungnahme vom 16. August 2005 gemacht habe, mit Ländern verglichen werden, in denen bezüglich des Issuing und/oder Acquiring monopolistische Strukturen bestünden. Überdies seien die von der UBS herangezogenen Werte nicht vergleichbar, da sie wohl einer anderen Transaktionskategorie entsprechen, wie die Internet-Auszüge belegen würden.

107. Am 13. Oktober 2005 liess die Credit Suisse der Weko ebenfalls eine weitere Stellungnahme zukommen und nahm dabei insbesondere Bezug auf das Schreiben des VEZ vom 29. September 2005. Namentlich beabsichtigt die Credit Suisse mit ihrer erneuten Eingabe klarzustellen, dass die Aussage des VEZ, wonach der bisherigen DMIF keine Kosten der Issuer gegenübergestanden respektive diese überhöhte Kosten geltend gemacht hätten, auf einem Missverständnis beruhe. So basiere die Berechnung des dDMIF-Satzes

auf dem mit dem Sekretariat vereinbarten Kostenraster, in welchem aber auf bestimmte Kosten, welche bisher über die DMIF gedeckt worden seien, von den Issuern im Rahmen der einvernehmlichen Regelung verzichtet worden sei. Im Weiteren seien auch - entgegen der Aussage des VEZ - die Kosten für "Fraud Prevention" in den letzten Jahren signifikant gestiegen.

108. Zudem sei aktenkundig, dass die durchschnittliche effektive DMIF (dDIF) in der Schweiz nicht beim Satz von 1,8% liege, sondern - zumindest was für die Credit Suisse gelte - tiefer sei. Dies belege auch die für den Handel anwendbare DMIF. Zudem gebe es - wie in der Schweiz - in den meisten Ländern Abstufungen der DMIF und zwar einerseits nach Art der Transaktion und andererseits nach Branche.

109. Weiter führt die Credit Suisse aus, dass die vom VEZ eingereichte eidesstattliche Erklärung lediglich als Beleg dafür verwendet werden könne, dass die DMIF in verschiedenen europäischen Ländern erheblich variere und keineswegs einheitliche 0,7% betrage. Die aufgeführten Werte beträfen zudem nur die Kategorie Handel und innerhalb dieser Kategorie die elektronischen Transaktionen, währenddem alle anderen Transaktionsarten und Branchen gänzlich ausgeklammert würden. Es sei deshalb unzulässig, den niedrigsten Satz in der Branche Handel mit dem theoretischen Regelsatz von 1,8% in der Schweiz zu vergleichen.

110. Zuletzt hält die Credit Suisse fest, dass der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene kostenbasierte Ansatz gerade keine individuelle und vollständige Kostenentschädigung ermögliche. Durch die Festsetzung eines Durchschnittswertes der Kosten werde ein Anreiz gesetzt, die eigenen Kosten unter diesen Durchschnitt zu senken. Dadurch werde der Wettbewerbsdruck eben gerade verstärkt. Da durch den Verzicht auf bestimmte Kosten überdies den Issuern eine erhebliche Einnahmehinbusse entstehe, welche nicht durch sofortige Kostenreduktionen aufgefangen werden könnten, müsse die einvernehmliche Regelung den Issuern eine Übergangsregelung zugestehen, während welcher der Einnahmeausfall anderweitig kompensiert werden könne.

#### **A.5 Geschäftsgeheimnisse**

111. Gemäss Artikel 25 Absatz 1 KG sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, das Amtsgeheimnis zu wahren. Dieses umfasst ebenfalls das Geschäftsgeheimnis (Art. 25 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG). Folgende Voraussetzungen müssen nach ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden erfüllt sein: Es muss sich um eine geheime Tatsache handeln. Geheim bedeutet, dass a) die Tatsache weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit); b) der Geheimnisherr die Tatsache geheimhalten will (subjektiver Geheimhaltungswille) und c) der Geheimnisherr an der Geheimhaltung der Tatsache ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse).

112. Im vorliegenden Verfahren wurden unter anderem sowohl die branchen- und transaktionsbezoge-

nen DMIF wie auch ActDMIF und die dDIF von den betroffenen Parteien als Geschäftsgeheimnis bezeichnet. Auch die von Visa Europe Ltd. und MasterCard Europe sprl. eingereichten Daten zu den notifizierten DMIF der Staaten des europäischen Wirtschaftsraumes gelten als Geschäftsgeheimnisse. Der VEZ seinerseits bezeichnet die von ihm in Form einer eidesstattlichen Erklärung eingereichten ausländischen DMIF-Sätze als Geschäftsgeheimnisse. In seiner Stellungnahme vom 29. September 2005 macht der VEZ eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verweigerung des Zugangs zu den ausländischen DMIF-Sätzen geltend.

113. Die Weko hat in einer (nicht publizierten) Zwischenverfügung vom 18. Juni 2001 betreffend den Vertrieb von Tierarzneimitteln festgehalten, dass dem Anspruch auf Geheimhaltung von Geschäftsdaten der Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs entgegenstehe. Die Wettbewerbsbehörde dürfe deshalb in ihrem Entscheid nur dann zum Nachteil einer Partei auf geheime Tatsachen abstellen, wenn sie dieser zuvor mindestens vom wesentlichen Inhalt der betroffenen Tatsachen Kenntnis gegeben habe. Es sei deshalb zulässig, entscheidenerhebliche, geheime Tatsachen in geeigneter Weise zu umschreiben, um sie so den Parteien bekanntgeben zu können. Das schutzwürdige Interesse an der Geheimhaltung beispielsweise von betriebswirtschaftlichen Kennzahlen dürfe sich deshalb nicht auf deren Umschreibungen (bspw. in Form von Bandbreiten) beziehen, wenn daraus keine konkreten Rückschlüsse auf die Ausgangsdaten möglich seien. In der Praxis werden deshalb rechtserhebliche Tatsachen, welche die Voraussetzungen zur Geheimhaltung erfüllen und auf welche zum Nachteil einer Partei abgestellt wird, entsprechend umschrieben.

114. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko/WEF) hat die Praxis der Wettbewerbsbehörden im Entscheid Vertrieb von Tierarzneimitteln bestätigt.<sup>13</sup> Zur Frage des Umfangs der offen zu legenden Tatsachen hielt die Reko/WEF namentlich fest, dass "(...) Tatsachen, wie beispielsweise der Text einer unzulässigen Abrede oder eines unzulässigen Kopplungsvertrages (...)"<sup>14</sup> von vorneherein mangels objektivem Geheimhaltungsinteresse nicht unter das Geschäftsgeheimnis fallen, wenn sie zur kartellgesetzlichen Beweisführung notwendig sind.

115. Die gemeinsame Vereinbarung der DMIF für Visa und MasterCard stellt, wie unter Randziffer 149 ff. noch zu zeigen ist, eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG dar. Dabei ist für die Qualifizierung der Abrede die Höhe des Preises unerheblich. Es genügt bereits, wenn die getroffene Abrede den Wettbewerbsparameter Preis zum Gegenstand hat.

<sup>13</sup> Entscheid Reko/WEF vom 26. September 2002 i.S. Vertrieb von Tierarzneimitteln, RPW 2002/4, S. 698 ff.

<sup>14</sup> Entscheid Reko/WEF vom 26. September 2002 i.S. Vertrieb von Tierarzneimitteln, RPW 2002/4, S. 712.



116. Im vorliegenden Fall haben die Parteien im Rahmen des Verfahrens bestätigt, dass sie die DMIF multilateral verhandeln. Das Bestehen einer Abrede wird somit von den Parteien gerade nicht bestritten, auch wenn einzelne das Vorliegen einer Preisabrede verneinen. Die Abrede kann zudem durch die von den Parteien eingereichten SDR für Visa und MasterCard belegt werden. Für die kartellgesetzliche Beweisführung ist es aus diesen Gründen nicht erforderlich, dass die Höhe der branchen- und transaktionsbezogenen DMIF offen gelegt werden, zumal diese für den Entscheid auch nicht relevant ist. Hingegen hat selbst der VEZ in seinen Stellungnahmen mehrmals auf den Standard-Satz von 1,8% verwiesen, weshalb diese Tatsache als offenkundig gilt. Der Wert der Standard-DMIF fällt deshalb nicht mehr unter das Geschäftsgeheimnis.

117. Demgegenüber sind die aktuelle ActDMIF und die dDIF nicht Gegenstand der untersuchten Abrede, sondern Werte, die sich aus der einvernehmlichen Regelung ergeben (vgl. Rz. 359 ff.). Trotzdem haben die betroffenen Parteien die Ansicht geäußert, diese beiden Werte seien ebenfalls als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.

118. Dieser Ansicht kann im vorliegenden Fall gefolgt werden, da die Voraussetzungen zur Geheimhaltung als erfüllt gelten. Namentlich sind weder die ActDMIF noch die dDIF Gegenstand der künftigen Verhandlungen zwischen den betroffenen Parteien, noch werden diese von der Pflicht der Acquirer zur Offenlegung der DMIF gegenüber den Händlern mitumfasst. Die beiden Werte dienen einzig dazu, einen künftigen Benchmark (dDIF) auf Basis der Nettwerkkosten der Issuer zu errechnen und diesen ins Verhältnis zur anhand der Transaktionsvolumen erzielten durchschnittlichen ActDMIF zu setzen (vgl. Rz. 370 und 379 f.). Ein objektives Geheimhaltungsinteresse kann somit bejaht werden.

119. Hingegen erachtet die Weko beide Ausgangswerte als entscheiderelevant. Die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung und insbesondere die Anordnung einer Senkung der ActDMIF auf den Wert der dDIF während der vorgesehenen Implementierungsphase stützen sich auf diese beiden Tatsachen. Während die dDIF für die Anordnung der Senkung der DMIF dient, gilt die ActDMIF als aktueller Ausgangspunkt und Richtwert für die in der einvernehmlichen Regelung vorgesehenen Senkungsschritte. Somit sind diese beiden Ausgangswerte zumindest in Form einer Bandbreite offen zu legen (siehe Rz. 379).

120. Eine künftige Offenlegung der dDIF oder der ActDMIF erachtet die Weko jedoch nicht als notwendig, da die Parteien die branchen- und transaktions-spezifischen DMIF gegenüber den Händlern weiterhin grundsätzlich beliebig festsetzen können, solange die durchschnittliche DMIF nicht überschritten wird. Im Übrigen wird künftig der Transparenz gegenüber dem Handel Genüge getan, indem sich die Acquirer laut einvernehmlicher Regelung verpflichten, die jeweils geltenden branchen- und transaktionsspezifische DMIF-Sätze auf Anfrage hin bekannt zu geben.

121. Im Sinne der oben genannten Rechtsprechung der Reko/WEF zur Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen werden deshalb ActDMIF und dDIF im Weiteren mittels Bandbreiten offen gelegt.

122. Nicht offen gelegt werden zudem die von MasterCard Europe sprl. und Visa Europe Ltd. nachträglich freiwillig eingereichten ausländischen Domestic Interchange Fees zu den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, da es an der Entbindung vom Geschäftsgeheimnis durch die zuständigen Geheimnisherren fehlt. Eine Offenlegung in Bandbreiten ist auch nicht angezeigt, da die entsprechenden geheimen Tatsachen für den vorliegenden Entscheid nicht relevant sind. Wie bereits ausgeführt wurde, ist Gegenstand des vorliegenden Untersuchungsverfahrens die Vereinbarung zwischen den Schweizer Issuern und Acquirern über die DMIF innerhalb der beiden Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard. Das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren hat dabei aufzuzeigen, ob die gemeinsame Vereinbarung der DMIF allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG darstellt. Unter diesem Gesichtspunkt kann der vom VEZ gemachte Vergleich mit ausländischen DMIF-Sätzen nicht entscheiderelevant sein, da es bei der Abrede nach Artikel 5 KG (anders als bspw. bei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG mit seinem Vergleichsmarktkonzept) nicht um die Angemessenheit eines Preises, sondern um die Eliminierung des Wettbewerbsparameters als solchen geht.<sup>15</sup>

123. Die vom VEZ mit Schreiben vom 29. September 2005 eingereichte eidesstattliche Erklärung zu den ausländischen DMIF-Sätzen vermag für den vorliegenden Entscheid ebenfalls keinen Beweis für oder gegen die Zulässigkeit der DMIF-Vereinbarung erbringen. Im Übrigen anerkennt auch der VEZ in seiner Stellungnahme, dass die ausländischen DMIF-Sätze für die Geschäftstätigkeit der Schweizer Issuer nicht von Bedeutung seien. Der Vorwurf des VEZ, die Verweigerung des Einblickes in die ausländischen DMIF stelle eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs dar, ist deshalb unbegründet und steht seiner eigenen Auffassung bezüglich der Relevanz der ausländischen DMIF für den vorliegenden Entscheid entgegen.

## **B. ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Allgemeines**

#### **B.1.1 Geltungsbereich**

124. 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).

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

<sup>15</sup> STOFFEL W., Wettbewerbsabreden, in: SIWR/V2, Basel 2000, S. 60 f.

wie auch wirtschaftlich selbstständig zu sein. Diese Voraussetzung wird in der Regel von Tochtergesellschaften wegen deren wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht erfüllt. Sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft effektiv zu kontrollieren vermag und diese Kontrolle tatsächlich ausübt, so dass die Tochtergesellschaft nicht in der Lage ist, sich unabhängig zu verhalten, wird der Konzern als Ganzes kartellrechtlich erfasst. Die Tochtergesellschaft stellt dadurch kein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG dar.

126. Mit Schreiben vom 26. Mai 2005 hat Viseca erklärt, dass sie als Käuferin des Acquiring-Geschäfts von Cornèr Banca und somit als Acquirer sämtliche Verpflichtungen aus der einvernehmlichen Regelung, welche von der Cornèr Banca eingegangen worden sind, vorbehaltlos erfüllen werde. Im Ergebnis liegt somit ein Konzernsachverhalt vor und Aduno kann nicht als selbstständiges Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG betrachtet werden.

127. Die von diesem Verfahren betroffenen Issuer (UBS, Credit Suisse, Viseca und Cornèr) sowie Acquirer (Telekurs Multipay und vormals Cornèr Banca) sind ebenfalls als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren.

128. Das Unternehmen im Sinne von KG 2 ist Adressat der Gebote und Verbote des materiellen Rechts der Wettbewerbsbeschränkung. Dementsprechend ist die Qualifizierung als Unternehmen auch verfahrensmässig zu betrachten. Verfügungsadressat ist somit Viseca. Durch diese Verfügung wird sie in erster Linie in ihren Rechten und Pflichten berührt. Weiter ist abzuklären, welche Personen als formelle Verfügungsadressaten zu betrachten sind.

129. Verfügungsadressat im formellen Sinn ist darüber hinaus, wer durch die Verfügung in seinem Interesse unmittelbar berührt wird. Die Verfügung der Weko wird auch in die Rechte und Pflichten der Aduno eingreifen, da die operative Ausführung dieses Entscheides auch auf der Ebene der Aduno erfolgen wird.<sup>16</sup> Demnach ist die Aduno als formelle Verfügungsadressatin zu betrachten.

### **B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften**

130. 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).

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

## **B.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

132. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor, wenn folgende Tatbe-

standselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig. Die Beseitigung des Wettbewerbs wird unter anderem vermutet, wenn Unternehmen eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen treffen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Diese Vermutung kann umgestossen werden, sofern ein Restwettbewerb auf dem entsprechenden Markt nachgewiesen werden kann. Ist dies der Fall, muss im Weiteren geprüft werden, ob die getroffene Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und ob allenfalls Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abrede zu rechtfertigen vermögen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG).

### **B.2.1 Wettbewerbsabrede**

#### **B.2.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

133. Gemäss den Aussagen der Parteien kann die Domestic Interchange Fee bilateral oder multilateral verhandelt werden. Allerdings wird die Interchange Fee in der Schweiz nur multilateral festgelegt. Zudem ist vorgesehen, dass bei Nichtzustandekommen einer Domestic Interchange Fee (bilateral oder multilateral) die so genannten *Default Rates* zum Zuge kommen.<sup>17</sup> Als Default oder *Fallback Rate* wird die [...] definiert (vgl. Chapter 9.3.A Visa European Union Regional Operation Regulations, 15 May 2004; Section 18.B.2.6.6 MasterCard International Bylaws and Rules, April 2004).

134. Wie bereits erwähnt wird die DMIF in nationalen Karten-Gremien verhandelt (vgl. Rz. 35). Auf der Seite von Visa fand das erste IAFV im Jahr 2001 statt. Zuvor gab es bis 1997 nur zwei Unternehmen, nämlich die SBV-Tochtergesellschaft Finalba einerseits, sowie Cornèr Banca andererseits, welche im Visa-Issuing und -Acquiring tätig waren, weshalb die Interchange Fee damals bilateral vereinbart werden konnte. Zwischen 1979 und 2001 haben die Issuer und Acquirer nach Bedarf ad hoc-Meetings durchgeführt. Mit der zunehmenden Anzahl von Visa-Lizenznehmern stieg das Bedürfnis nach einem Issuer/Acquirer Forum, weshalb das IAFV gegründet wurde und die Interchange Fee multilateral verhandelt wurde.

135. Bei MasterCard wurden vor der Einführung der DMIF im Jahr 2001 die Regelungen für die Issuer-Erschädigungen im [...] definiert, wobei hier die Banken [...] erhielten.

136. Die Einführung oder Änderung der DMIF wird auf Basis begründeter Anträge verhandelt. Gemäss den Pflichtenheften des CC und des IAVF sind für Beschlüsse [...] % der Stimmanteile erforderlich (vgl. auch Section 18.B.1 MasterCard International Bylaws and

<sup>16</sup> Entscheid Weko vom 15. Dezember 2003 in Sachen Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 421.

<sup>17</sup> EU-Entscheid vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABI. L 318/17 vom 22.11.2002, Rz. 101.

Rules, April 2004). Die Stimmrechte der einzelnen Mitglieder berechnen sich nach Massgabe ihrer [...].

137. Gemäss Angaben der Issuer und Acquirer orientiert sich die DMIF an den bei den Issuern anfallenden Kosten. Dabei würden auch branchenspezifische Faktoren, Risikoüberlegungen, kommerzielle Überlegungen und spezifische Marktgegebenheiten berücksichtigt. Die Bestimmung der DMIF erfolgt jedoch nicht nach einer expliziten Kostenallokation. Vielmehr soll durch die DMIF der bei den Issuern anfallende Gesamtaufwand der Transaktionsverarbeitung gedeckt und erforderliche Investitionen ermöglicht werden. Im Rahmen der Verhandlungen der DMIF werden nach Angaben der Issuer im Übrigen auch keine Angaben über Kostenstrukturen ausgetauscht. Die DMIF ist daher nicht in objektiver Weise an die tatsächlich bei den Issuern anfallenden Kosten gebunden. Bei der Verhandlung der DMIF fliessen auch strategische und subjektive Überlegungen mit ein.

138. Die in den beiden Gremien vereinbarten DMIF werden schriftlich festgelegt und nach Unterzeichnung durch alle Issuer und Acquirer in der Schweiz Visa Europe Ltd. beziehungsweise MasterCard Europe sprl. zur Registrierung zugestellt.<sup>18</sup> Es liegen folgende SDR vor:

SDR von Visa:

- SDR vom 01. April 2002 unterzeichnet von [...]
- SDR vom 01. Oktober 2001 unterzeichnet von [...]
- SDR vom 01. Oktober 2000 unterzeichnet von [...]
- SDR vom 01. Januar 1999 unterzeichnet von [...]

SDR von MasterCard:

- SDR gültig ab 1. Januar 2003 (ersetzt Version 1. Oktober 2002) unterzeichnet von [...]
- SDR gültig ab 1. Oktober 2002 (ersetzt Version vom Januar 2002) unterzeichnet von [...]
- SDR gültig ab 1. Januar 2002 (ersetzt Version vom Dezember 2000) unterzeichnet von [...]
- SDR gültig ab 1. Januar 2001 unterzeichnet von [...]

139. Aufgrund der gemeinsamen Verhandlungen zwischen den Issuern und den Acquirern und des Vorliegens schriftlicher, von allen Parteien unterzeichneter Vereinbarungen liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken einerseits unter den Issuern und andererseits unter den Acquirern vor. Letzteres wird von den Parteien nicht bestritten. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken bezieht sich auf die Verhandlungen innerhalb der einzelnen Gremien, was jedoch wegen des Dual Branding keine Auswirkungen auf den Markt hat.

### **B.2.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung**

140. Die Parteien vertreten die Ansicht, dass die multilaterale Vereinbarung der DMIF keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke, sondern im Gegenteil ein für das Funktionieren von Vier-Parteien-Systemen notwendiges Zusammenwirken darstelle. Die multilaterale Vereinbarung stelle dabei die effizienteste Vorgehensweise dar, um Interchange Fees festzulegen. Dadurch, dass die Erhebung von Inter-

change Fees die Existenz der Vier-Parteien-Systeme und somit von Wettbewerbern im Markt garantiere, fördere sie den Wettbewerb. Das multilaterale Verhandeln von Interchange Fees bezwecke oder bewirke entsprechend keine Wettbewerbsbeschränkung, sondern garantiere die Funktionsfähigkeit von Vier-Parteien-Systemen.

141. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die *Rules and Regulations* von Visa und MasterCard die Möglichkeit von bilateral ausgehandelten Interchange Fees vorsehen (vgl. Rz. 133). Die Kreditkartenorganisationen gehen folglich von der Realisierbarkeit von bilateral ausgehandelten Interchange Fees aus. Die multilaterale Festsetzung der Domestic Interchange Fee kann unter diesem Gesichtspunkt nicht als notwendige Voraussetzung für das Bestehen von Vier-Parteien-Systemen in der Schweiz betrachtet werden.

142. Die multilaterale Vereinbarung der DMIF beschränkt den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem die Höhe der DMIF deren Kosten und Erträge beeinflusst.<sup>19</sup> Auf der Acquiring-Seite wird die Interchange Fee von den Acquirern auf die MSC überwält. Im Durchschnitt der befragten Händler betrug der Anteil der DMIF an der MSC rund 70%. Nach nicht belegten Vorbringen des VEZ soll diese sogar bis zu 80% der MSC betragen. Sie stellt somit eine wichtige Preiskomponente der MSC dar. Die MSC wird von den Händlern wiederum über die Preise - zumindest teilweise - auf die Konsumenten überwält. Auf der Issuing-Seite stellt die DMIF einen wesentlichen Anteil an der Kostendeckung dar. Dieser beeinflusst den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer gegenüber den Karteninhabern. Die Behauptung der UBS und Telekurs Multipay, die DMIF beschränke den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer und Acquirer nicht, weshalb es am Tatbestandselement der Wettbewerbsbeschränkung fehle, trifft daher nicht zu.

143. Wie aus den Akten hervorgeht, dient die DMIF zudem dazu, den Schweizer Markt gegenüber ausländischen Acquirern abzuschotten. So wurde zum Beispiel die Erhöhung der DMIF für MasterCard im [...] unter anderem damit begründet, dass eine höhere DMIF als Abwehrmassnahme gegen den Markteintritt ausländischer Acquirer diene. In den Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf haben die Parteien geltend gemacht, dass die Höhe der DMIF keine Markteintrittsschranke darstellen würde, wie auch der erfolgreiche Auftritt verschiedener ausländischer Acquirer auf dem schweizerischen Markt beweisen würde.

<sup>18</sup> Die Registrierung ist nötig, damit die SDR für alle Issuer und Acquirer in der Schweiz zwingend sind. Werden keine SDR registriert, so werden die internationalen bzw. die interregionalen Regeln von Visa und MasterCard angewandt.

<sup>19</sup> Vgl. auch EU-Entscheidung vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABl. L 318/17 vom 22.11.2002, Rz. 64 ff.

144. Eine Erhöhung der DMIF führt jedoch zu einer Erhöhung der Kosten ausländischer Acquirer, da sie die DMIF für inländische Transaktionen ebenfalls anwenden müssen, und reduziert so für neue Acquirer, welche noch über kein bestehendes Händlernetz verfügen, den Anreiz für einen Markteintritt. Zwar steigen auch die Kosten der Schweizer Acquirer. Da Telekurs Multipay jedoch grossteils im Besitz der Issuer<sup>20</sup> ist (mit Ausnahme der Cornèr Banca, welche bis 2005 selbst als Acquirer tätig war), wird die Erhöhung der Kosten der Schweizer Acquirer zumindest teilweise durch die Einnahmesteigerung aus der DMIF kompensiert. Zudem muss die marktabschottende Wirkung der Höhe der DMIF auch im Zusammenhang mit anderen Elementen gesehen werden, welche die Entscheidung eines Markteintrittes ausländischer Acquirer beeinflussen. Insbesondere muss auf die starke Marktstellung der Telekurs Multipay auf dem Debitkarten- und Terminalmarkt verwiesen werden (vgl. Rz. 247 f.).

145. Die Vereinbarungen bezüglich der DMIF zwischen der UBS, Credit Suisse, Viseca, Cornèr Banca und Telekurs Multipay für das Visa- und das MasterCard-Kreditkartensystem müssen entsprechend als eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG bezeichnet werden.

### **B.2.1.3 Abrede zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe**

146. Wettbewerbsabsprachen können zwischen Unternehmen abgeschlossen werden, die auf gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen tätig sind.

147. Bei Kreditkartenzahlungssystemen liegen komplexe Mehrparteienbeziehungen vor (vgl. vorne Abbildung 3), die sowohl horizontale wie auch vertikale Aspekte aufweisen. Wie im Folgenden darzulegen ist, kommt die Weko zum Schluss, dass die multilaterale Vereinbarung der DMIF als horizontale Absprache sowohl auf dem Acquiring- wie auch auf dem Issuing-Markt zu qualifizieren ist.

148. Die Frage, ob die Issuer und Acquirer auf der *Wholesale*-Ebene miteinander im Wettbewerb stehen (vgl. Rz. 164) kann, wie unter Randziffer 164 ausgeführt wird, offen gelassen werden. Hingegen stehen die Issuer einerseits und die Acquirer andererseits jeweils im Wettbewerb untereinander. Die Abrede zwischen den Issuern und den Acquirern führt folglich zu je einer horizontalen Abrede unter den Issuern sowie unter den Acquirern, die sich auf die Geschäftsfelder Issuing und Acquiring auswirken. Somit ist der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt. Um die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zu beurteilen, ist zu prüfen, ob diese den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt oder erheblich beeinträchtigt.

### **B.2.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

#### **B.2.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede**

149. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Fest-

setzens von wesentlichen Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994 [BBI 1995 I 567]). Damit ist für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird.<sup>21</sup>

150. Die Parteien verneinen das Bestehen einer Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG. Sie machen geltend, dass die Vermutungstatbestände von Artikel 5 Absatz 3 KG nur Abreden anvisierten, deren wettbewerbschädliche Natur offenkundig sei. Zudem erfasse Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nur Fälle, in denen die an der Abrede beteiligten Unternehmen untereinander die Preise gegenüber ihren Kunden festsetzen und sich so die Möglichkeit nehmen, gegenüber ihren Kunden in Preiswettbewerb zu treten. Dies sei zwischen den Issuern und den Acquirern nicht der Fall, da diese miteinander nicht im Wettbewerb stünden. Und auch die Preisgestaltungsfreiheit unter den Issuern respektive unter den Acquirern werde durch die gemeinsame Festlegung der DMIF nicht beschränkt.

151. Der Argumentation der Parteien kann nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat in Artikel 5 Absatz 3 KG eine Vermutungsfolge an einen bestimmten Sachverhalt geknüpft. Die Vermutungsfolge betrifft die wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit, nämlich die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG umfasst das Mass der wettbewerbsrechtlichen Schädlichkeit gerade nicht, sondern vermutet diese nur (vgl. BGE vom 14.8.2002, Buchpreisbindung, RPW 2002/4, S. 745, Ziff. 8.3 mit Verweisen). Die Frage der wettbewerbschädlichen Natur einer Preisabrede wird somit im Rahmen der Widerlegung der Vermutung analysiert, nicht bereits bei der Qualifizierung einer Abrede als Preisabrede.

152. Wie bereits unter Randziffer 142 ff. festgestellt, ist die DMIF die wichtigste Kostenkomponente der Acquirer, da sie einen wesentlichen Bestandteil der MSC ausmacht. Die Höhe der DMIF wirkt sich daher direkt auf den Preissetzungsspielraum der Acquirer aus. Sie fixiert faktisch einen Mindestpreis im Acquiring-Geschäft.

153. Die DMIF beeinflusst auch auf der Issuing-Seite den Preissetzungsspielraum, allerdings in umgekehrter Richtung. Sie hat einen Einfluss darauf, welcher Anteil der Kosten direkt über die Karteninhabergebühren gedeckt werden muss. Die Erträge aus der DMIF machen dabei etwa einen Fünftel der Gesamterträge der Issuer aus.

<sup>20</sup> Die Viseca als Unternehmen ist selber nicht an der Telekurs Multipay beteiligt, hingegen sind Viseca-Banken Mitbesitzer der Telekurs Multipay.

<sup>21</sup> STOFFEL W., Wettbewerbsabreden, in: SIWR/V2, Basel 2000, S. 115 ff.; HOFFET F., "Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabrede", in: ERIC HOMBURGER ET AL. (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Ziff. 115 ff. zu Art. 5 KG; BORER J., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 25 zu Art. 5 KG.

154. Im Fall Swico/Sens hielt die Weko fest, dass eine Vereinbarung über Höhe und Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselementes keine Preisabsprache bildet, wenn sie auf dem Markt des Endprodukts keine preisharmonisierende Wirkung zeitigt (vgl. RPW 2005/2, Rz. 55, S. 260). Diese Bedingung ist im vorliegenden Fall aufgrund des sehr hohen Anteils der DMIF an der MSC und des wesentlichen Anteils an den Gesamterträgen der Issuer nicht erfüllt. Es ist davon auszugehen, dass eine Vereinbarung über ein Preiselement, welches einen wesentlichen Teil des Endpreises ausmacht, auf dem Markt für das Endprodukt eine preisharmonisierende Wirkung zeitigt.

155. Die Vereinbarung über die DMIF ist daher als eine horizontale Preisabrede zu qualifizieren. Die Vorbringen der Parteien und namentlich der UBS, die DMIF sei keine Preisabrede, stossen deshalb ins Leere. Die Tatsache, dass es sich bei der DMIF nicht um einen gegenüber einem Endkunden verrechneten Preis handelt, ändert nichts daran, dass die Vereinbarung als Preisabrede zu qualifizieren ist.

156. Diese Feststellung wird noch verstärkt durch die Tatsache, dass zum einen die Parteien anlässlich der Vereinbarung der DMIF zusätzlich marktrelevante Tatsachen wie beispielsweise Kartenanzahl und Umsätze austauschen, zum anderen über finanzielle und personelle Verflechtungen so stark miteinander verbunden sind, dass aufgrund der hohen Anbieterkonzentration die Kollusionsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann.

157. Auch die EU-Kommission geht in ihrem Visa-Entscheid von einer Preisabrede aus: *“Vielmehr ist die MIF für die Kommission eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern, welche die Freiheit der Banken einschränkt, über ihre Preispolitik selbst zu befinden. Ausserdem verfälscht sie die Bedingungen des Wettbewerbs auf den Märkten der Ausstellung und der Anwerbung von Visa-Karten. (...) Insbesondere ist die Vereinbarung über eine gemeinsame MIF zwischen den Banken geeignet, sich auf den Preiswettbewerb auf der Ebene des Anwerbens und Ausstellens auszuwirken, da mit der MIF-Vereinbarung ein wesentlicher Teil der Endkosten und Einnahmen der Parteien festgesetzt werden.*“<sup>22</sup>

158. Zum gleichen Ergebnis sind im Übrigen kürzlich auch die spanischen und britischen Wettbewerbsbehörden gelangt.<sup>23</sup>

159. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung der DMIF zwischen UBS, Credit Suisse, Visa, Cornèr Banca und Telekurs Multipay eine horizontale Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG darstellt. Damit greift die Vermutung, wonach die Vereinbarung den wirksamen Wettbewerb im Issuing und Acquiring zu beseitigen vermag.

### **B.2.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

160. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede - aktueller oder potenzieller - Aussenwettbewerb

(Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

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

#### **B.2.2.2.1 Relevanter Markt**

162. Bei einem Vier-Parteien-System liegt ein so genannter zweiseitiger Markt vor. Märkte werden häufig dann als zweiseitig bezeichnet, wenn auf ihnen zwei (oder mehrere) Nachfragegruppen interagieren. Eine bedeutende Eigenschaft zweiseitiger Märkte sind Netzwerkeffekte. So ist der Nutzen der Nachfrager einer Gruppe abhängig von der Anzahl der Nachfrager (oder dem Konsum) der jeweils anderen Gruppe. Im vorliegenden Fall besteht die eine Seite aus den Händlern und den Acquirern, während die andere Seite durch die Kreditkarteninhaber und Issuer gebildet wird. Innerhalb dieses Systems können verschiedene Interaktionen identifiziert werden (vgl. Abbildung 3). Diese betreffen vor allem:

a. zwischen Händlern und Acquirern den Abschluss eines Akzeptanzvertrages, die Autorisierung der Transaktion und die Bezahlung des Händlers ("Acquiring-Markt");

b. zwischen Issuern und Karteninhabern die Abgabe einer Kreditkarte gegen Bezahlung der Jahresgebühr und die Rechnungsstellung an den Karteninhaber ("Issuing-Markt"); sowie

c. zwischen Acquirern und Issuern die Übermittlung der Transaktionsdaten und Bezahlung der DMIF ("Wholesalemarkt").

163. Im Zentrum steht vorliegend das Verhältnis zwischen Acquirern und Issuern. Eine Abrede zwischen den Acquirern und den Issuern über die Interchange Fee wirkt sich auf sämtliche anderen Interaktionen aus.

164. Deshalb stellt sich grundsätzlich die Frage, ob ein Wholesalemarkt abgegrenzt werden kann. Ein solcher bezöge sich auf die für das Funktionieren eines Kreditkartensystems notwendigen Dienstleistungen zwischen Issuern und Acquirern (vgl. Bst. c), nämlich die Übermittlung der Transaktionsdaten und die Bezah-

<sup>22</sup> EU-Entscheid vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABI. L 318/17 vom 22.11.2002, Rz. 66. Gemäss Rz. 79 stellt die DMIF nicht einen gegenüber einem Endkunden verrechneten Preis, sondern ein Entgelt zwischen Banken, die bei der Abwicklung eines Kartenbezahlungsverganges zusammenarbeiten müssen, dar.

<sup>23</sup> Entscheid des spanischen Tribunal de Defensa de la Competencia vom 11. April 2005 i.S. SERVIRED, Rz. 10, zuletzt gefunden unter: <http://www.tdcompetencia.es/PDFs/resoluciones/2005/2016.pdf>; Entscheid des OFT vom 6. September 2005 i.S. MasterCard UK Members Forum Ltd. (MMF), zuletzt gefunden unter: <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/6CC8A113-4BA9-49C7-992E-01C0A74055B0/0/oft811.pdf>

lung der DMIF und könnte deshalb als Wholesalemarkt aufgefasst werden.

165. Entgegen den Darlegungen des VEZ, welcher sich für die Definition eines Wholesalemarktes ausspricht, ist im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen auf eine solche Definition zu verzichten:

- Der Acquirer kann nicht zwischen den Issuern wählen. Er muss jede Transaktion an denjenigen Issuer weiterleiten, welcher die eingesetzte Karte herausgegeben hat. Die Issuer stehen somit gegenüber dem Acquirer nicht im Wettbewerb um die Verarbeitung von Transaktionen.
- Gemäss der *Honor All Cards Rule* (HACR) müssen sämtliche Karten des Kreditkarten-Systems akzeptiert werden. Der Acquirer hat somit auch keine Möglichkeit, Karten von bestimmten Issuern abzulehnen. Er muss mit sämtlichen Issuern des jeweiligen Systems zusammenarbeiten.
- Gemäss der netzwerkbasierter Sichtweise der jüngeren ökonomischen Literatur zu den Zahlungssystemen gilt die Interchange Fee nicht als Marktpreis, sondern als Instrument, die Issuing- und die Acquiring-Seite "auszubalancieren".<sup>24</sup>

166. Letztlich ist aber die Frage nach der Definition eines Wholesalemarktes für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant, da die Abrede Auswirkungen auf dem Issuing- und Acquiring-Markt hat (vgl. Rz. 146).

167. Im Folgenden wird zunächst auf das Acquiring und anschliessend auf das Issuing eingegangen.

#### **B.2.2.2.1.1 Acquiring Markt**

##### **a. Sachlich relevanter Markt**

168. 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).

169. Der Acquiring-Markt wurde bereits im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft analysiert.<sup>25</sup> Darin hielt die Weko fest, dass die von Kreditkarten-Acquirer angebotene Dienstleistung allgemein als "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" bezeichnet werden kann. Die Marktgegenseite bilden die Händler, welche diese Dienstleistung nachfragen und ihrerseits in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Fraglich ist, ob die Bestimmung der Nachfrage der Händler isoliert erfolgt oder ob die Kunden durch die Wahl des ihrer Ansicht nach geeigneten Zahlungsmittels einen entscheidenden Einfluss auf die Nachfrage der Händler ausüben.

170. Als typische Eigenschaften des Acquiring-Marktes wurden im genannten Entscheid der weltweite Zugang zu einem bestimmten Kreditkartennetz, das Mehrparteienverhältnis (Drei- oder Vier-Parteien-System), die Kommission des Händlers an den Acquirer und der elektronische oder manuelle Zugang zum

Kreditkartenzahlungsverkehr genannt.<sup>26</sup> Des Weiteren bestimmt sich der Verwendungszweck des Zugangs zum bargeldlosen Zahlungsverkehr aus Sicht der Händler und der Kreditkarteninhaber anhand der Leistungen, welche dieser Zugang generiert. Dabei wurden kartentypische Leistungen aus Sicht des Kreditkarteninhabers und Leistungen des Acquirers gegenüber dem Händler unterschieden. Kartentypische Dienstleistungen aus Sicht des Kreditkarteninhabers sind die weltweite Akzeptanz des Zahlungsmittels (Annahmegarantie), die aufgeschobene Fälligkeit respektive Kreditfunktion sowie zusätzliche Dienstleistungen, wie beispielsweise kartenspezifische Bonusprogramme. Als Leistungen des Acquirers gegenüber dem Händler wurden das nationale und internationale Clearing, die Zahlungsgarantie und Übernahme des Debitorenrisikos, der Zugang zu verschiedenen Vertriebskanälen (z.B. Internet), die Lieferung von statistischen Informationen sowie finanzielle Leistungen und Werbekampagnen genannt.

171. Anhand der identifizierten Eigenschaften und Verwendungszwecke untersuchte die Weko die Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Zahlungsverkehrssystemen. Als mögliche Substitute zum Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte wurden insbesondere Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr, Debitkarten, Wertkarten (sog. Prepaid Cards), Checks und Kundenkarten in Betracht gezogen. Die Weko kam zum Schluss, dass aus Sicht der Händler sowie der Kunden keines der oben genannten Zahlungssysteme dieselben Eigenschaften und Verwendungszwecke aufweist wie der Zugang zum Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte. Somit stehe der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht im Wettbewerb mit anderen Zahlungssystemen. Weiter schade die Tatsache, dass die Frage der Substituierbarkeit mitunter aus Sicht des Kreditkarteninhabers zu beantworten sei, der Sichtweise der Händler als Marktgegenseite nicht, da gerade der Vertrieb bestimmter kartentypischer Leistungen, welche der Kreditkartenherausgeber für den Einsatz der Kreditkarte verspricht, nur über den Händler erfolgen könne.

172. Die Parteien teilen diese Sichtweise nicht und machen geltend, dass der sachlich relevante Markt ausschliesslich aus Sicht der Endverbraucher (also der Karteninhaber) abzugrenzen sei (vgl. Rz. 82 ff.). In dieser Hinsicht stehen die Kreditkarten im Wettbewerb mit anderen Zahlungsmitteln, insbesondere mit Bargeld, Post- und Bankgiroverkehr sowie anderen Bezahlkarten. Alle Zahlungsmittel teilen definitionsgemäss die Kerneigenschaft, dass sie zur Zahlung akzeptiert werden. Es handle sich entsprechend um substituierbare Güter. Deshalb umfasse der sachlich rele-

<sup>24</sup> Vgl. z.B. AHLBORN CH./CHANG H.H./EVANS H.D., The Problem of Interchange Fee Analysis: Case without Cause?, European Competition Law Review, Issue 8, 2001.

<sup>25</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff., Rz. 71 ff.

<sup>26</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff., Rz. 75 ff.

vante Markt mindestens Bargeld, den Post- und Bankengiroverkehr sowie Kredit-, Debit- und andere Bezahlkarten.

173. Zu den Vorbringen der Parteien ist einmal festzuhalten, dass diese gerade nicht berücksichtigen, dass der Entscheid der Konsumenten, ein bestimmtes Zahlungsmittel einzusetzen, aufgrund der NDR nicht durch einen direkten Preis beeinflusst wird. Mit anderen Worten bezahlt der Kunde für eine bestimmte Ware/Dienstleistung aufgrund der NDR, welche dem Händler eine Überwälzung der Gebühr für Kreditkartentransaktionen oder eine Rabattierung für den Gebrauch anderer Zahlungsmittel verbietet, denselben Preis, unabhängig vom eingesetzten Zahlungsmittel. Diese Kostenneutralität der verschiedenen Zahlungsmittel ist für den Händler nicht gegeben. Je nach dem eingesetzten Zahlungsmittel fallen beim Händler unterschiedliche Kostenarten in verschiedener Höhe an. So unterscheiden sich beispielsweise die Handhabungskosten einer Bargeldzahlung offensichtlich in Art und Höhe von den Kosten, die eine Bezahlung mit Kredit- oder Debitkarte verursacht. Da diese Kosten infolge der NDR nicht verursachergerecht auf die Benutzer der jeweiligen Zahlungsmittel überwälzt werden können, scheint die Behauptung, dass es ausschliesslich der Konsument und nicht der Händler sei, welcher die Nachfrage nach einem gewissen Zahlungsmittel und somit auch über den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr bestimme, fragwürdig.

174. Zur Beantwortung der Frage, inwiefern die Konsumenten die Entscheidung der Händler beeinflussen, ein bestimmtes Zahlungsmittel zu akzeptieren, sowie zur Abklärung der Substitutionsbeziehungen zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln wurde eine schriftliche Befragung von 200 Händlern und Dienstleistungsanbietern durchgeführt. Um die Repräsentativität der Befragung zu gewährleisten, wurde die Stichprobe der Händler so gewählt, dass möglichst viele verschiedene Branchen und Regionen sowie unterschiedliche Grössen von Unternehmen berücksichtigt wurden. Bei der Auswahl der Branchen wurde dabei weitgehend der Aufteilung, wie sie auch von den Acquirern verwendet wird, gefolgt: Fluggesellschaften, Gastronomie (Hotels und Restaurants), Detailhandel/Gewerbe (Lebensmittel, Kleider, Schuhe, Bücher, Coiffeur, Möbel, Sport etc.), Tankstellen und Supermärkte/Warenhäuser. Von ca. 120 Händlern gingen auswertbare Antworten ein, wobei für die im Folgenden präsentierten Auswertungen aufgrund von unvollständigen Angaben nicht immer alle 120 Antworten berücksichtigt werden konnten.

175. Im Rahmen der Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf wurde von den Parteien geltend gemacht, dass die den Händlern zugestellten Fragebogen suggestiv und in diesem Sinne nicht geeignet wären, deren Marktverhalten zu erfassen. Diese Aussage wurde jedoch nicht weiter substantiiert. Des Weiteren wurde kritisiert, dass die Internethändler nicht in die Befragung miteinbezogen wurden. Einerseits dürfte es sich jedoch beim übers Internet abgewickelten Transaktionsvolumen nur um einen kleinen

Teil des Gesamtvolumens handeln. Andererseits ist davon auszugehen, dass gerade Internethändler nicht auf die Akzeptanz von Kreditkarten verzichten können, da Kreditkarten als Zahlungsmittel im Internet sehr verbreitet sind. Der Verzicht des Einbezugs der Internethändler in die Analyse kommt folglich den Verfügungsadressaten entgegen.

176. In Tabelle 2 sind die aus den auswertbaren Antworten errechneten Akzeptanzraten der verschiedenen Zahlungsmittel für die gesamte Stichprobe ersichtlich, wobei "andere Zahlungsmittel" Gutscheine, Bücherbons, Reise- und Lunchchecks sowie Kundenkarten von Drittunternehmen beinhalten.

ZAHLUNGSMITTEL	ANTEIL
Bargeld	100%
Kreditkarte	83%
Debitkarte	78%
Rechnung	53%
Check	22%
Kundenkarte	20%
andere Zahlungsmittel	13%
Wertkarte	10%

Tabelle 2: Akzeptanz verschiedener Zahlungsmittel

177. Falls es nun hauptsächlich die Konsumenten sind, welche die Nachfrage der Händler nach den verschiedenen Zahlungsmitteln bestimmen, dürfte auf Seite der Händler keine grosse Heterogenität in der Akzeptanz der verschiedenen Zahlungsmittel feststellbar sein. Das heisst entweder wird ein Zahlungsmittel von allen Händlern akzeptiert oder nicht, da diese Entscheidung primär von den Konsumenten getroffen wird. Erwartungsgemäss wird Bargeld in seiner Funktion als gesetzliches Zahlungsmittel von allen Händlern akzeptiert. Für alle anderen Zahlungsmittel ergibt sich jedoch kein eindeutiges Bild der Akzeptanz oder Ablehnung.

178. Eine Gesamtbetrachtung über alle Branchen scheint jedoch wenig aussagekräftig. Um mögliche branchenspezifische Effekte zu kontrollieren, muss die Auswertung getrennt nach einzelnen Branchen erfolgen. Abbildung 6 zeigt die nach den fünf betrachteten Branchen aufgeteilten Akzeptanzraten der verschiedenen Zahlungsmittel. Wie ersichtlich wird, weisen die einzelnen Branchen Eigenheiten auf. So sind in der Kategorie Detailhandel/Gewerbe und Supermärkte/Warenhäuser beispielweise Debitkarten weiter verbreitet als Kreditkarten, währenddem die Akzeptanz von Debitkarten in der Gastronomie vergleichsweise gering ist. Eigene Kundenkarten sind vor allem bei Tankstellen, in geringerem Ausmass bei Supermärkten verbreitet.

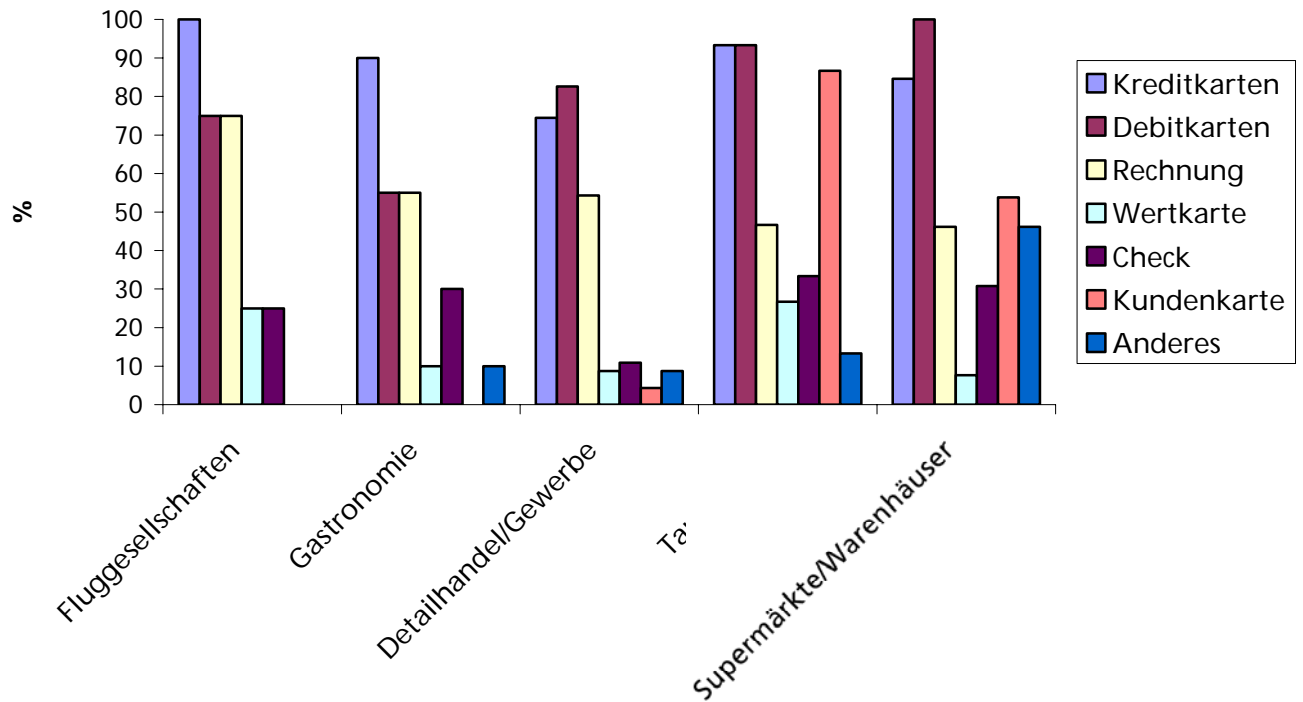


Abbildung 6: Akzeptanz verschiedener Zahlungsmittel nach Branchen

179. Es kann jedoch festgehalten werden, dass auch eine branchenmässige Betrachtung der Akzeptanz von Zahlungsmitteln die Hypothese nicht stützt, dass es ausschliesslich die Konsumenten sind, welche die Nachfrage nach den verschiedenen Zahlungsmitteln bestimmen. Dazu sind die Akzeptanzraten innerhalb der einzelnen Branchen nicht einheitlich genug.

180. Dies bestätigt auch eine Analyse der brancheninternen Unterschiede in der Akzeptanz einzelner Zahlungsmittel. Tabelle 3 fasst die Anzahl der gezählten unterschiedlichen Kombinationen von Zahlungsmitteln in den einzelnen Branchen zusammen. So liessen sich beispielsweise im Bereich der Gastronomie auf 22 Beobachtungen 11 verschiedene Kombinationen von Zahlungsmitteln identifizieren. Geht man nicht davon aus, dass sich die Kunden, zum Beispiel von verschiedenen Fluggesellschaften, systematisch in ihren Präferenzen für bestimmte Zahlungsmittel unterscheiden, unterstreicht die Vielfalt der beobachteten Kombinationen eindrücklich die Rolle der Händler/Dienstleistungsanbieter bei der Wahl akzeptierter Zahlungsmittel.

BRANCHE	KOMBINATIONEN
Fluggesellschaften (n=4)	3
Gastronomie (n=22)	11
Detailhandel/Gewerbe (n=45)	15
Tankstellen (n=15)	11
Supermärkte/Warenhäuser (n=15)	10

Tabelle 3: Kombinationen von Zahlungsmittel

181. Die bisherigen Resultate belegen die aktive Rolle der Händler/Dienstleistungsanbieter bei der Wahl, ein bestimmtes Zahlungsmittel zu akzeptieren. Die Hypothese, dass der sachlich relevante Markt nur aus Sicht der Konsumenten abzugrenzen ist, muss folglich verworfen werden. Auch wenn diese unbestreitbar einen gewissen Einfluss auf den Wettbewerb zwischen den akzeptierten Zahlungsmitteln ausüben, kann davon ausgegangen werden, dass als Marktgegenseite der Acquirer die Händler zu betrachten sind.

182. Bezüglich der Substitutionsbeziehungen kann in einem ersten Schritt festgehalten werden, dass 64% der Händler die von ihnen akzeptierten Zahlungsmittel nicht als gleichwertig empfinden. Dies kann als starkes Indiz dafür gewertet werden, dass die unterschiedlichen Zahlungsmittel für den Grossteil der Händler keine vollwertigen Substitute sind. Dabei ergibt sich das klare Bild, dass in erster Linie Zah-



lungsmittel ohne oder mit tiefen Kommissionen (Bargeld und Debitkarten) bevorzugt werden.<sup>27</sup> Neben diesen direkten Kosten wird auch die schnelle Verfügbarkeit von Barzahlungen und Zahlungen mittels Debitkarten als Vorteil gegenüber Kreditkarte und Rechnungsstellung angeführt. Nur Händler, die über eigene Kundenkarten verfügen (vor allem Tankstellen und Supermärkte), bezeichnen diese als bevorzugtes Zahlungsmittel. Dies aus Gründen der Kundenbindung und Zwecks der besseren Erfassung des Kaufverhaltens der Konsumenten.

183. Auch eine branchenmässige Betrachtung ändert nichts an der Aussage, dass rund zwei Drittel der Händler die verschiedenen Zahlungsmittel als nicht gleichwertig empfinden. Die Resultate der Befragung zu diesem Thema sind in nachstehender Tabelle zusammengefasst:

<i>BRANCHE</i>	<i>GLEICHWERTIG</i>	
	<i>JA</i>	<i>NEIN</i>
Fluggesellschaften ( <i>n=4</i> )	25%	75%
Gastronomie ( <i>n=20</i> )	20%	80%
Detailhandel/Gewerbe ( <i>n=42</i> )	38%	62%
Tankstellen ( <i>n=15</i> )	36%	64%
Supermärkte/Warenhäuser ( <i>n=14</i> )	29%	71%

Tabelle 4: Gleichwertigkeit der Zahlungsmittel

184. Ein weiterer starker Anhaltspunkt, dass die unterschiedlichen Zahlungsmittel keine vollwertigen Substitute sind, liefert die Auswertung der Frage nach gezielten Massnahmen zur Förderung beziehungsweise Einschränkung der Verwendung bestimmter Zahlungsmittel am Verkaufspunkt. 32% der befragten Händler geben an, solche Massnahmen zu ergreifen. Wiederum zeigt sich in den Antworten der Händler ein klarer und konsistenter Trend zur Bevorzugung von Zahlungsmitteln ohne oder mit tiefen Kommissionen (Bargeld und Debitkarten) beziehungsweise von eigenen Kundenkarten. Der weitaus grösste Teil der ergriffenen Massnahmen zielt darauf ab, den Kunden zur Verwendung dieser präferierten Zahlungsmittel zu bewegen.

185. Unter dem Gesichtspunkt, dass bei der Beantwortung dieser Frage aufgrund der NDR bei Kredit- und Debitkarten tendenziell mit einer Verzerrung nach unten gerechnet werden muss, ist diese Zahl erstaunlich hoch. Weiter lassen die Antworten auch darauf schliessen, dass bei Wegfall der NDR der Anteil diskriminierender Händler bedeutend höher wäre. Dabei ist zu beachten, dass eine Diskriminierung nicht nur über den Preis, beispielsweise in Form von Rabatten bei Barbezahlung oder Mindestbeträge für die Bezahlung mittels Kredit- oder Debitkarte, erfolgen kann. Vielmehr kann die Förderung eines bestimmten Zah-

lungsmittels auch über subtile Massnahmen, wie zum Beispiel das höfliche Auffordern zur Verwendung des bevorzugten Zahlungsmittels, erfolgen. Dass Massnahmen zur Förderung bestimmter Zahlungsmittel nicht ein branchenspezifisches Phänomen sind, zeigen die Auswertungen in Tabelle 5.

<i>BRANCHE</i>	<i>DISKRIMINIERUNG</i>	
	<i>JA</i>	<i>NEIN</i>
Fluggesellschaften ( <i>n=4</i> )	50%	50%
Gastronomie ( <i>n=20</i> )	15%	85%
Detailhandel/Gewerbe ( <i>n=45</i> )	31%	69%
Tankstellen ( <i>n=15</i> )	47%	53%
Supermärkte/Warenhäuser ( <i>n=14</i> )	29%	71%

Tabelle 5: Anteil diskriminierender Unternehmen

186. Um die Frage zu beantworten, inwiefern spezifisch Kreditkarten mit anderen Zahlungsmitteln substituierbar sind, wurde des Weiteren eine am SSNIP-Test<sup>28</sup> angelehnte Analyse durchgeführt. Dabei wurden die Händler gefragt, ab welcher Höhe der Kreditkartenkommissionen sie sich entscheiden würden, keine Kreditkarten mehr zu akzeptieren. Je kleiner die Preisauflage, die ein Händler bereit ist zu akzeptieren, desto eher muss das betrachtete Zahlungsmittel (Kreditkarten) durch ein oder mehrere andere Zahlungsmittel (Substitute) ersetzbar sein. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass keine anderen Produkte vorhanden sind, die dem selben Markt zugerechnet werden können, falls ein Anbieter in der Lage wäre, seine Preise längerfristig profitabel um 5%-10% anzuheben.

187. Die vorgenommene Analyse bildet keinen SSNIP-Test im klassischen Sinne, da der vorhandene Datensatz hierfür nicht ausreicht. Dazu wären Informationen der Händler bezüglich der Umsätze mit den einzelnen Kreditkarten, der Höhe der aktuellen Kommissionssätze und der Reaktion auf eine 5%-10% Erhöhung der Kommissionen notwendig. Diese Informationen wurden nur von einem kleinen Teil der Händler

<sup>27</sup> Dabei ist es im Rahmen der Marktabgrenzung unwichtig, ob beispielsweise die Handhabungskosten einer Kreditkartentransaktion verglichen mit einer Barbezahlung effektiv höher oder tiefer ausfallen. Wichtig in diesem Zusammenhang sind nur die Präferenzen der Händler für Zahlungsmittel ohne oder mit tiefen Kommissionen.

<sup>28</sup> Der SSNIP bedeutet "Small but Significant Non-transitory Increase in Prices" und beruht auf einer Messung der Reaktion bei einer kleinen, aber erheblichen, nicht vorübergehenden Preiserhöhung. Für eine Erklärung der Funktionsweise des SSNIP-Tests vgl. beispielsweise MOTTA M., Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge, 2004, S. 102 ff.

in ausreichendem Detaillierungsgrad geliefert, was eine statistisch aussagekräftige Analyse verunmöglicht. Trotzdem sind die von den Händlern angegebenen Preiserhöhungen, die sie bereit wären zu akzeptieren, aufschlussreich. Abbildung 7 fasst die Angaben aus den zu diesem Thema rund 50 direkt auswertbaren Fragebogen für Visa zusammen.<sup>29</sup>

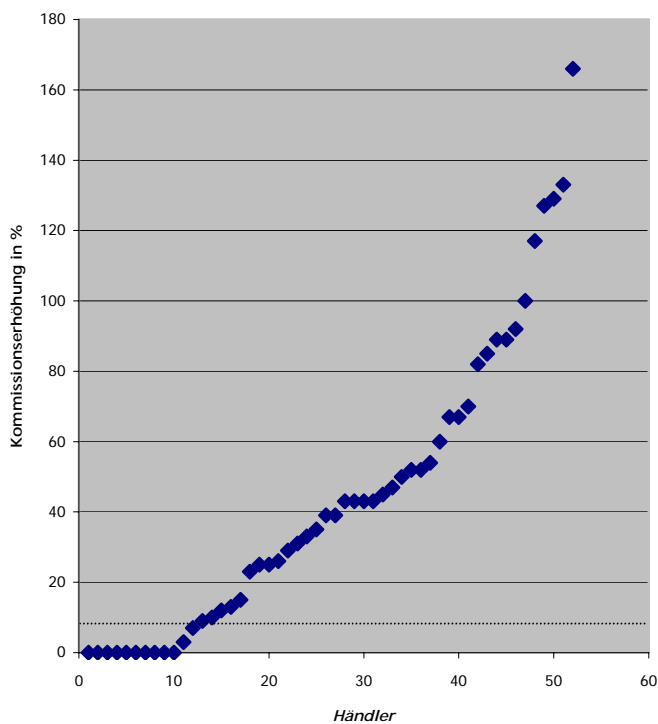


Abbildung 7: Hypothetisch akzeptierte Kommissionserhöhungen

188. Nur etwa 25% der Händler würden keine Preiserhöhung von mehr als 10% akzeptieren. Alle anderen Händler wären bereit, teilweise massive Erhöhung der Kommissionen in Kauf zu nehmen. Ob eine solche Erhöhung der Kommissionen für die Acquirer längerfristig profitabel wäre, muss, wie oben ausgeführt, offen gelassen werden. Die hohe durchschnittliche Zahlungsbereitschaft der Händler deutet jedoch darauf hin, dass die anderen Zahlungsmittel keine genügend nahen Substitute zu Kreditkarten darstellen, um sie in den relevanten Markt miteinzubeziehen.

189. Schliesslich spricht auch ein weiterer Punkt gegen die Sichtweise, dass es sich bei den verschiedenen Zahlungssystemen aus Sicht der Händler um Substitute handelt. Es ist davon auszugehen, dass Händler, welche keine Kreditkarten akzeptieren, diese tendenziell durch Substitute ersetzen, das heisst durch die Akzeptanz anderer Zahlungsmittel. Tatsächlich ist es so, dass Händler, welche keine Kreditkarten akzeptieren, auch andere Zahlungsmittel in weit geringerem Ausmass akzeptieren als Händler, die Kreditkarten akzeptieren (vgl. Abbildung 8). Beispielsweise akzeptieren 86% der Händler, die Kreditkarten akzeptieren, auch Debitkarten, während nur 35% der Händler, die keine Kreditkarten akzeptieren, Debitkarten annehmen. Für den Händler stellt sich somit in der Regel nicht die Frage, ob er entweder das eine oder aber das andere

Zahlungsmittel akzeptieren soll, sondern, ob er seiner Kundschaft eine breite Palette an Zahlungsmitteln zur Verfügung stellen muss oder nicht.

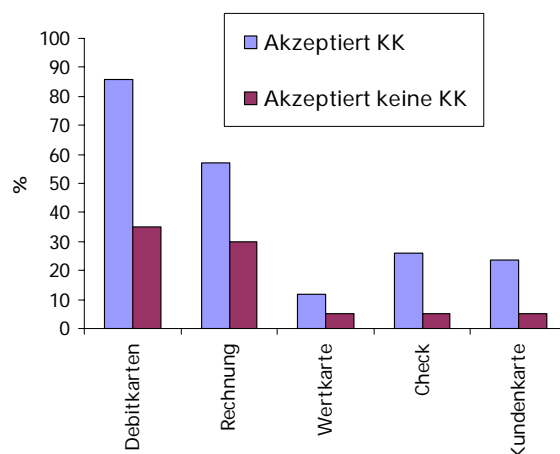


Abbildung 8: Akzeptanz verschiedener Zahlungsmittel

190. In ihrem Entscheid vom 9. Juni 2005 betreffend das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft<sup>30</sup> schloss die Reko/WEF in einem Obiter dictum auch eine engerere Marktabgrenzung nicht aus. Sie führte hierzu aus, bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes müsse der unterschiedlichen Bedeutung und dem Nutzen der diversen Netzwerke für die Händler Rechnung getragen und folglich der Markt enger abgegrenzt werden, als es die Vorinstanz getan habe. Als sachlich relevanter Markt sei das Acquiring für den Systemzugang zu jeder einzelnen Kreditkartenmarke aufzufassen.

191. Die Frage nach einer engeren Marktabgrenzung kann indes im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da sämtliche Issuer und Acquirer in der Schweiz gleichzeitig sowohl die Marke Visa wie auch die Marke MasterCard anbieten (Dual Branding). Wie nachstehend noch zu zeigen ist (vgl. Rz. 310), besteht zwischen diesen beiden Marken kein Systemwettbewerb. In diesem Sinne sind die Vorbringen der Telekurs Multipay bezüglich der Marktabgrenzung unbehelflich.

192. Zudem funktionieren die beiden Kreditkartenforen grundsätzlich gleich, da dieselben Parteien in beiden Gremien Einsitz nehmen (vgl. Abschnitt A.3.4) und die Sitzungen am selben Tag und am selben Ort stattfinden.

193. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass entgegen der Ansichten der Parteien die Händler/Dienstleistungsanbieter, wie gezeigt wurde, durchaus eine aktive Rolle spielen bei der Wahl, ein bestimmtes Zahlungsmittel zu akzeptieren oder nicht. Des Weiteren sind es auch die Händler und nicht die Konsumenten, welche den Kreditkarten-Akzeptanz-

<sup>29</sup> Die Resultate für MasterCard sind weitgehend identisch.

<sup>30</sup> Entscheid der Reko/WEF vom 9. Juni 2005 i.S. Telekurs Multipay AG/Weko, RPW 2005/3, S. 530 ff.

vertrag mit den Acquirern abschliessen und somit die damit einhergehenden Rechte und Verpflichtungen übernehmen. Deshalb können als die Marktgegenseite der Acquirer die Händler betrachtet werden. Weiter bestehen auch genug Anhaltspunkte, um einen eigenständigen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr abzugrenzen. Es kann folglich an der Marktabgrenzung, wie sie im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft vorgenommen wurde, festgehalten werden.<sup>31</sup>

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

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

195. Marktgegenseite bilden, wie oben festgehalten, Händler, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Die erfolgte Liberalisierung der Lizenzsysteme von Visa und MasterCard eröffnet den Händlern grundsätzlich die Möglichkeit, nicht nur mit inländischen, sondern auch mit ausländischen Acquirer (sog. *Cross Border Acquirer*) zusammenzuarbeiten. Es ist deshalb die Frage zu beantworten, ob der räumlich relevante Markt national oder grenzüberschreitend definiert werden muss.

196. Im Zeitpunkt der Beweiserhebung waren ca. zehn ausländische Acquirer mit Sitz in verschiedenen europäischen Ländern in der Schweiz tätig.<sup>32</sup> Bisher hatten diese nur mit einigen wenigen Unternehmen, in der Regel multinationalen Unternehmen mit Zweigniederlassungen in der Schweiz, Akzeptanzverträge abgeschlossen. Es wurde auch kein aktives Acquiring in der Schweiz betrieben. Die Marktanteile der ausländischen Acquirer waren dementsprechend klein, was eine die Schweiz umfassende Abgrenzung des räumlichen Marktes rechtfertigte.<sup>33</sup>

197. Nach Auskunft verschiedener ausländischer Acquirer sind diese auch zum heutigen Zeitpunkt zum grössten Teil nur aufgrund von Akzeptanzverträgen mit multinationalen Unternehmen mit Hauptsitz im Ausland in der Schweiz vertreten. Als typische Beispiele für solche Unternehmen können Fluggesellschaften und internationale Petroleumgesellschaften genannt werden. Dabei stehen vor allem einheitliche Lösungen für die jeweiligen europäischen Märkte im Vordergrund.

198. Weiterhin betreiben die ausländischen Acquirer, mit Ausnahme von B&S und ConCardis, kein aktives Acquiring von in der Schweiz domizilierten Unternehmen. Nur B&S und ConCardis sind in den letzten zwei Jahren mit teilweise zunehmendem Erfolg dazu übergegangen, interessierten schweizerischen Händlern Kreditkarten-Akzeptanzverträge anzubieten. In diesem Sinne können zum heutigen Zeitpunkt nur diese beiden Unternehmen als echte Cross Border Acquirer bezeichnet werden. Diese Einschätzung wird auch klar durch die Befragung der Händler bestätigt. Keiner der befragten schweizerischen Händler gibt an, in den letzten Jahren mit einem anderen ausländischen Acquirer als B&S oder ConCardis einen Akzeptanzvertrag abgeschlossen zu haben oder von einem

solchen Acquirer eine Offerte eingeholt beziehungsweise erhalten zu haben.

199. Offensichtlich wäre es nicht gerechtfertigt und im Sinne einer vernünftigen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes, aufgrund der Präsenz zweier Deutscher Acquirer im schweizerischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft einen europäischen oder gar weltweiten Markt zu definieren, wie von einigen Parteien gefordert. Auch gibt es keinerlei Anzeichen für einen bevorstehenden Markteintritt weiterer in Deutschland - oder in anderen europäischen Ländern - domizilierter Acquirer im schweizerischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. In diesem Sinne geht die Weko weiterhin von einem nationalen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aus, bezieht jedoch im Folgenden B&S und ConCardis in ihre Betrachtungen mit ein.

200. Die Abgrenzung eines räumlichen Marktes im klassischen Sinne ist im vorliegenden Fall sowieso fragwürdig, da es aus Sicht des Händlers im Bereich der Kreditkarten-Akzeptanz nicht in erster Linie wichtig ist, wo ein Acquirer domiziliert ist, sondern ob er die nachgefragten Dienstleistungen anbietet. Auch wenn folglich der Acquiring-Markt im Extremfall sogar als global bezeichnet würde, wird die von schweizerischen Unternehmen nachgefragte Dienstleistung, wie aufgezeigt, nur von vier Acquirer (Telekurs Multipay, Cornèr Banca, B&S, ConCardis) bereitgestellt. Auf die kartellrechtliche Beurteilung des zur Diskussion stehenden Sachverhaltes hätte dies folglich keine Auswirkung.

#### **B.2.2.2.1.2 Issuing Markt**

##### **a. Sachlich relevanter Markt**

201. Im Folgenden wird auf die Marktabgrenzung auf Seite der Endkonsumenten eingegangen. Die Karteninhaber stehen einerseits in einer Beziehung zu den Herausgebern der Kreditkarte (Issuer), bei welchen sie gegen Bezahlung der Jahresgebühr eine Kreditkarte beziehen, und andererseits zu den Händlern, bei welchen sie die Kreditkarte einsetzen können.

202. Der Entscheid über die Anschaffung einer Kreditkarte hängt unter anderem vom erwarteten Nutzen des zukünftigen Karteneinsatzes ab. Im Folgenden wird deshalb zunächst auf den Einsatz der Kreditkarte am Verkaufspunkt eingegangen. Anschliessend wird der Entscheid, eine Kreditkarte anzuschaffen oder nicht, analysiert.

<sup>31</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 118 ff.

<sup>32</sup> Dabei handelt es sich hauptsächlich um folgende Unternehmen: B&S Card Service GmbH (Deutschland), ConCardis GmbH (Deutschland), Citicorp Kartenservice GmbH (Deutschland), Deutsche Bank (Deutschland), National Westminster Bank Plc. (England), Barclays Bank Plc. (England), Allied Irish Bank (Irland), Bank Card Company (Belgien), SEB (Dänemark), Bibit Global Payment Services (Holland).

<sup>33</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 133.

**(i) Einsatz einer Kreditkarte**

203. Bei jeder konkreten Einkaufssituation stellt sich für den Konsumenten die Frage, welches Zahlungsmittel eingesetzt werden soll. Diese Wahl wird grundsätzlich von der Akzeptanz der Zahlungsmittel durch den Händler eingeschränkt. Unter Umständen besteht auch die Möglichkeit, den Händler zu wechseln, falls dieser das gewünschte Zahlungsmittel nicht akzeptiert. Dies setzt jedoch voraus, dass vergleichbare Händler existieren, die das gewünschte Zahlungsmittel akzeptieren, und dass der Wechsel für den Konsumenten nicht mit zu hohen Weg-, Zeit- und Suchkosten verbunden ist.

204. Welches Zahlungsmittel in einer gegebenen Situation eingesetzt werden kann, hängt somit stark von den Umständen ab. In der Schweiz werden heute neben Bargeld an vielen Stellen sowohl Kredit- als auch Debitkarten akzeptiert (siehe Tabelle 2). Dagegen ist im Ausland die Akzeptanz verschiedener Zahlungsmittel teilweise eingeschränkt. Einer der wesentlichen Vorteile von Kreditkarten ist gerade deren weltweite Akzeptanz (vgl. Rz. 211).

205. Falls in einer konkreten Situation mehrere Zahlungsmittel akzeptiert werden, hängt der Entscheid über den Einsatz eines bestimmten Zahlungsmittels von dessen spezifischen Vor- und Nachteilen für den Endkonsumenten ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dieser Entscheid aufgrund der NDR (vgl. Rz. 391 ff.) in der Regel nicht durch einen direkten Preis beeinflusst wird. Der Kunde bezahlt denselben Preis für die gewünschte Ware oder Dienstleistung, unabhängig davon, welches Zahlungsmittel er einsetzt. Der Entscheid wird aber durch indirekte Vor- und Nachteile des Einsatzes wie Bonussysteme, Vergünstigungen beim häufigen Einsatz einer Kreditkarte etc. beeinflusst. Zudem versuchen teilweise auch Händler, die Konsumenten bei der Wahl des Zahlungsmittels zu beeinflussen (vgl. Rz. 184).

206. In der Praxis haben sich idealtypische Einsatzmöglichkeiten verschiedener Kartentypen herauskristallisiert:

*„Güter des täglichen Bedarfs bei Detaillisten und Grosshändlern, aber auch Dienstleistungen wie Coiffure mit Beträgen zwischen CHF 50.- und 500.- (je nach Abgrenzung gegenüber der Kreditkarte bis etwa CHF 1'000.-) eignen sich vorzugsweise für Debitkarten. Im Bereich mittlerer Zahlungen tritt die Debitkarte somit in Konkurrenz zur Kreditkarte. Die Jahresgebühr bei den Kreditkarten und neuerdings auch umsatzbezogene Vorteile (Qualifyer-Programm, Umsatzpunkte) sorgen dafür, dass Kunden die Kreditkarte überall einsetzen möchten. Der Bereich CHF 1'000.- bis 10'000.- beziehungsweise bis zur gewählten Sicherheitslimite bleibt der Kreditkarte vorbehalten, wenn auch Beträge in dieser Höhe vielfach über Rechnungen abgewickelt werden“ (vgl. Studie "Cards '02").*

207. Gemäss der Studie "Cards '02" lag der durchschnittliche Umsatz pro Transaktion bei Kreditkarten im Jahr 2001 fast drei mal höher als bei Debitkarten

(vgl. Studie "Cards '02"). Dies wird durch die Befragung der Händler bestätigt. Mehrere Händler geben an, dass mit Kreditkarten tendenziell grössere Beträge bezahlt werden.

208. Der Einsatz verschiedener Zahlungsmittel kann auch durch den Zeitpunkt beeinflusst werden. So berichten mehrere Händler, dass Kreditkarten gegen Ende des Monats häufiger eingesetzt werden, da die Kunden zu diesem Zeitpunkt über eine geringere Liquidität verfügen und damit von dem mit der Kreditkarte gewährten Zahlungsaufschub profitieren.

209. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass beim Einsatz am Verkaufspunkt aus Sicht des Karteninhabers je nach konkreter Einkaufssituation oftmals eine Substitutionsbeziehung zwischen verschiedenen Zahlungsmitteln besteht. Dies dürfte insbesondere auf Zahlungen innerhalb der Schweiz zutreffen, wo oft verschiedene Zahlungsmittel und Kartentypen akzeptiert werden. Daneben gibt es jedoch Situationen, in welchen die Substituierbarkeit von Kreditkarten durch andere Zahlungsmittel eingeschränkt ist, sei es im Ausland, sei es aufgrund von umsatzbezogenen Vorteilen (Bonussysteme), aufgrund der Kreditoption oder anderer spezifischer Eigenschaften von Kreditkarten. Je mehr solcher Situationen mit eingeschränkter Substituierbarkeit der Kreditkarte erwartet werden, desto weniger kann ein Konsument auf die Kreditkarte verzichten.

**(ii) Besitz einer Kreditkarte**

210. Für den Konsumenten stellt sich grundsätzlich die Frage, ob und wenn ja, welche Zahlungsmittel neben dem Bargeld zusätzlich angeschafft werden sollen. Dieser Entscheid hängt wie bereits erwähnt von den erwarteten zukünftigen Einkaufssituationen ab.

211. Eine Kreditkarte weist gegenüber anderen Zahlungsmitteln eine Reihe von Vorteilen auf. So verfügt die Kredit- im Gegensatz zur Debitkarte beispielsweise über eine weltweite Akzeptanz. Gemäss einer Endkundenbefragung der Viseca im Jahr 2003 wurde die Wichtigkeit der Akzeptanz von den Kunden auf einer Skala von 1 bis 5 mit [...] bewertet, gefolgt von Gebühren/Kommissionen mit [...] und dem Preis-Leistungs-Verhältnis mit [...]. Die Akzeptanz ist somit das wichtigste Kriterium für die Anschaffung einer Kreditkarte. Auch eine Studie der UBS kam zum Schluss, dass [...]. Dabei ist auch zu beachten, dass die Schweizer immer häufiger ins Ausland reisen. Während im Jahr 1980 knapp 44% der Tourismusaufgaben für Auslandsaufenthalte aufgewendet wurden, waren es im Jahr 2001 gut 52% (vgl. Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2003, S. 418).

212. Neben der weltweiten Akzeptanz verfügt die Kreditkarte gegenüber anderen Zahlungsmitteln über weitere Vorteile. Im Gegensatz zum Bargeld besteht bei Kreditkarten nur ein beschränktes Verlustrisiko. Daneben verfügt die Kreditkarte - im Gegensatz zu anderen Zahlungsmitteln - in der Regel über eine Kreditoption und bietet verschiedene weitere Dienstleistungen wie Reiseversicherungen, Hilfe bei Notfällen, Vergünstigungen etc.

213. Nachteile der Kreditkarte im Vergleich zu anderen Zahlungsmitteln sind, dass sie - im Gegensatz zu Bargeld - nicht überall eingesetzt werden kann, dass eine Jahresgebühr anfällt und dass bei Bargeldbezügen eine Kommission zu entrichten ist.

214. Die spezifischen Vor- und Nachteile von Kreditkarten deuten darauf hin, dass diese bezüglich ihrer speziellen Merkmale kein vollständiges Substitut zu anderen Zahlungsmitteln bildet.

215. Konsumenten verfügen in der Regel über mehrere Zahlungsmittel. Im Jahr 2001 besass durchschnittlich jede erwachsene Person in der Schweiz eine Debit- und mehr als jede zweite eine Kreditkarte. Dies ist ein Hinweis darauf, dass in Bezug auf den Besitz eine komplementäre Beziehung zwischen den Zahlungsmitteln besteht. Indem der Konsument verschiedene Zahlungsmittel besitzt, kann er sicherstellen, in jeder Situation über das geeignete Zahlungsmittel zu verfügen. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass Kreditkarten aus Sicht der Konsumenten nicht mit anderen Zahlungsmitteln substituierbar sind.

216. Die Marktentwicklung in der Vergangenheit liefert wichtige Indizien für die Preiselastizität und die Marktabgrenzung. So ist die durchschnittliche Netto-Jahresgebühr pro Karte (Jahresgebühr abzüglich gewährter Rabatte) im Jahr 2001 um 14% gestiegen.<sup>34</sup> Die durchschnittliche Preissteigerung lag somit über den 5%-10%, welche dem SSNIP-Test üblicherweise zugrunde liegen.<sup>35</sup> Dabei sind die Preise sämtlicher Anbieter von Visa- und MasterCard-Kreditkarten gestiegen, und zwar zwischen 5,3% und 20,8%. Diese Preiserhöhung hat indes keine Abwanderung von Kunden ausgelöst. Die Kündigungsrate bewegte sich im üblichen Rahmen anderer Jahre und die Anzahl Karteninhaber nahm gar um 5% zu. Dies hatte zur Folge, dass die Netto-Erträge aus Jahresgebühren im Jahr 2001 um 19,7% stiegen. Auch in den darauf folgenden Jahren war keine erhöhte Abwanderungstendenz zu beobachten.

217. Die Visa hält in ihrer Stellungnahme fest, dass die Kündigungsrate infolge der Preiserhöhung im Jahr 2002 auf 11,5% gestiegen sei. Es treffe daher nicht zu, dass die Preiserhöhung keine Abwanderung bewirkt habe. Der SSNIP-Test bezieht sich jedoch nicht auf einen einzelnen Anbieter, sondern auf den Gesamtmarkt ("hypothetischer Monopolist"). Im Gesamtmarkt konnte keine erhöhte Abwanderung beobachtet werden.

218. Die Preiserhöhung im Jahr 2001 dürfte somit für die Anbieter profitabel gewesen sein. Dies zeigt, dass der Besitz einer Kreditkarte nicht in genügendem Ausmass durch andere Zahlungsmittel substituiert wird und es sich bei Kreditkarten - somit entgegen der Ansicht der Parteien - um einen eigenen relevanten Markt handelt.

#### b. Räumlich relevanter Markt

219. Der räumlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall das Gebiet, in welchem die Konsumenten Kreditkarten nachfragen. Dabei handelt es sich grundsätzlich um die Schweiz.

220. Zwar ist es nicht unmöglich, Kreditkarten im Ausland zu beziehen. Dies ist jedoch mit verschiedenen Unannehmlichkeiten und Kosten verbunden. Welche Bedingungen Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz erfüllen müssen, um im Ausland Kreditkarten zu beziehen, wird durch die ausländischen Issuer bestimmt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass ausländische Kreditkarten-Herausgeber von Kunden mit Wohnsitz in der Schweiz zusätzliche Sicherheiten verlangen, ähnlich wie die Schweizer Issuer von Kunden mit Wohnsitz im Ausland. So verlangen die Schweizer Issuer von Kunden mit Wohnsitz im Ausland in der Regel eine Bankgarantie, eine Kontoverbindung, welche eine Bonitätsbeurteilung zulässt, oder andere Sicherheiten.

221. Zusätzliche Kosten beim Bezug von Kreditkarten im Ausland ergeben sich dadurch, dass ausländische Kreditkarten nicht auf Schweizer Franken lauten. Ein Schweizer Karteninhaber hätte daher Kosten für Währungsumrechnung und -risiko zu gewärtigen.

222. Angaben über die Anzahl Schweizer Kunden, welche im Ausland eine Kreditkarte bezogen haben, sind nicht verfügbar. Es dürfte sich jedoch aus den oben genannten Gründen um einen verschwindend kleinen Anteil handeln.

223. Der räumlich relevante Markt umfasst somit die Schweiz.

#### *B.2.2.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs*

224. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 152), ist die DMIF für die Acquirer eine wichtige Kostenkomponente, welche im Durchschnitt der befragten Händler etwa 70% der MSC ausmacht. Da die DMIF als Kostenbestandteil über die MSC gedeckt werden muss, kommt der Vereinbarung in ihrer Wirkung der Fixierung eines Mindestpreises gleich. Sie widerspiegelt die unterste Grenze der MSC, bei welcher eine individuelle Preisgestaltung durch den Acquirer aufgrund der multilateralen Vereinbarung de facto kaum mehr möglich ist. Da die Vereinbarung über die DMIF keine Vereinbarung über die MSC ist, können die Acquirer den Endpreis gegenüber den Händlern grundsätzlich beliebig festlegen. Theoretisch könnte ein Acquirer mit einzelnen Händlern den Endpreis sogar unterhalb des für ihn geltenden DMIF-Satzes vereinbaren, dies würde aber zu einer Quersubventionierung durch andere Händler(-kategorien) führen. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann deshalb dann umgestossen werden, wenn nachgewiesen werden kann, dass bezüglich des Endpreises, also des nicht durch die DMIF fixierten Teils der MSC, oder anderer Konditionen, ein Restwettbewerb besteht.

<sup>34</sup> Durchschnitt der Cornèr Banca, Credit Suisse, UBS, Visa für Visa- und MasterCard-Kreditkarten.

<sup>35</sup> Neben der durchschnittlichen Netto-Jahresgebühr sind auch die übrigen Karteninhabergebühren im Jahr 2001 gestiegen, und zwar der durchschnittliche Zinsertrag pro Karte um 9,1% und die übrigen Gebühren um 14,6%.

225. Wie unter B.2.3 noch ausgeführt wird, haben die Befragungen der Parteien und der Händler ergeben, dass der Wettbewerb auf dem Acquiring-Markt mit dem Markteintritt der Cross Border Acquirer B&S sowie ConCardis im Jahre 2002 belebt wurde (vgl. Rz. 198 ff., 242 ff.). Dies hat dazu geführt, dass die MSC in den letzten zwei Jahren tendenziell gesunken sind. Während die durchschnittliche MSC zwischen 1998 und 2002 relativ stabil war und bei knapp 2,5% verharrte, war im Jahr 2003 ein Rückgang um 5,5% auf ca. 2,3% zu verzeichnen. Gleichzeitig stiegen die DMIF-Vergütungen an die Issuer an, so dass die Acquirer eine Margeneinbusse in Kauf nehmen mussten (vgl. Rz. 245). Die Umfrage des Sekretariates bei den Händlern hat zudem gezeigt, dass nicht weniger als ein Drittel der befragten Händler bereits mit einem Cross Border Acquirer Kontakt gehabt hatte.

226. Für denselben Zeitraum konnte festgestellt werden, dass einerseits (aufgrund von IT-Investitionen der Cornèr Banca) die Acquiring-Kosten (ohne Interchange Fees) gestiegen waren, andererseits aber der Umsatz mit Kreditkarten stagniert hatte. Die Profitabilität des Acquiring-Geschäfts wurde somit während der letzten Jahren deutlich vermehrtem Druck ausgesetzt (vgl. Rz. 249).

227. Diese Veränderungen auf dem Acquiringmarkt haben sich insbesondere seit dem Entscheid der Weko in Sachen "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft"<sup>36</sup> manifestiert und sich seither verstärkt. In einem weiteren Verfahren (Cornèr Banca SA/Telekurs AG) ersuchte Cornèr Banca die Weko im Sommer 2003 sodann um Erlass vorsorglicher Massnahmen, da sie befürchtete, Telekurs verfolge mit einer aggressiven Preisstrategie die Absicht, sie als Konkurrentin aus dem Markt zu verdrängen. Die Weko wies das Gesuch der Cornèr Banca ab, da die Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben waren.<sup>37</sup>

228. Aufgrund dieser Feststellungen ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung der DMIF den Wettbewerb auf dem Acquiring-Markt nicht vollständig zu beseitigen vermag.

229. Auf der Issuing-Seite vermag die Vereinbarung über die DMIF den Wettbewerb ebenfalls nicht zu beseitigen. Dies aus mehreren Gründen:

230. Die Vereinbarung der DMIF wirkt auf der Issuing-Seite in die andere Richtung, das heisst, die DMIF stellt nicht wie auf der Acquiring-Seite einen Kostenbestandteil, sondern einen Bestandteil der Einnahmen dar. Eine Erhöhung der DMIF vergrössert deshalb theoretisch den Spielraum der Issuer zur Senkung der Karteninhabergebühren (vgl. Rz. 344).

231. Die Erträge aus der DMIF machen - wie bereits oben festgestellt worden ist - einen wesentlichen Anteil an den Gesamterträgen im Issuing, nämlich etwa 20%, aus. Die restlichen Einnahmen verteilen sich auf die Dienstleistungen, welche der Issuer sich vom Karteninhaber abgelten lässt (Jahresgebühr, Gebühr für Zweitkarte, Zinsen für die Inanspruchnahme der Kreditfunktion etc.). Die Vereinbarung über die DMIF beschlägt jedoch diesen Teil der Einnahmen nicht. Die Issuer sind diesbezüglich in ihrer individuellen Preis-

gestaltung grundsätzlich frei. Die Abrede über die DMIF vermag für sich allein somit den Wettbewerb auf dem Issuing-Markt nicht zu beseitigen.

232. Trotz der Möglichkeit zur individuellen Preisgestaltung kann aber, wie nachstehend noch gezeigt wird, nur von einem beschränkten Wettbewerb auf dem Issuing-Markt gesprochen werden.

233. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung der DMIF weder auf dem Acquiring- noch auf dem Issuing-Markt zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG kann daher umgestossen werden. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Vereinbarung der DMIF vorliegt.

### **B.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

#### **B.2.3.1 Allgemeines**

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

235. Wie weiter unten gezeigt wird, dient die DMIF in ihrer bisherigen Form - entgegen den Aussagen der Parteien - nicht der Optimierung des Gesamtsystems (vgl. Rz. 337 ff.). Die DMIF wirkt sich auf die Preissetzungsspielräume sowohl auf dem Acquiring- als auch auf dem Issuing-Markt aus (vgl. Rz. 142). Der Preis stellt einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Horizontale Absprachen über Preise haben der Erfahrung nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (vgl. RPW 2001/4, S. 678). Daher erfüllt die Preisabrede über die DMIF angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

236. Die Parteien bestreiten in ihren Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf das Vorliegen einer qualitativen Erheblichkeit, da keine Preisabrede vorliege. Dem ist zu entgegnen, dass der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG jede Art des direkten oder indirekten Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten umfasst (vgl. Botschaft zum KG vom 23.11.1994 sowie Rz. 149).

237. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ist der aktuelle und potenzielle Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen sowie durch allfällige Kartellaussenseiter massgebend.

<sup>36</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.

<sup>37</sup> Entscheid Weko vom 1. September 2003 i.S. Cornèr Banca SA/Telekurs AG, RPW 2004/4, S. 1011-1013.

238. Im Bereich der Kreditkarten sind verschiedene Ebenen des Wettbewerbs zu berücksichtigen.<sup>38</sup> Einerseits befinden sich die Finanzinstitute jeweils innerhalb der an der Abrede beteiligten Vier-Parteien-Systeme Visa und MasterCard in einem Intra-Brand-Wettbewerb bezüglich der kartenbezogenen Dienstleistungen (Acquiring und Issuing). Andererseits sind Wettbewerbseinflüsse zwischen den Vier-Parteien-Systemen Visa und MasterCard sowie von anderen Kreditkartensystemen zu berücksichtigen. Diese Ebene des Wettbewerbs wird im Weiteren als Inter-Brand-Wettbewerb bezeichnet.

239. Im Folgenden wird daher in einem ersten Schritt auf den aktuellen und den potenziellen Wettbewerb auf dem Acquiring- und dem Issuing-Markt in den zur Diskussion stehenden Vier-Parteien-Systemen eingegangen. Dabei wird nicht zwischen den Vier-Parteien-Systemen Visa und MasterCard unterschieden, da jeweils dieselben Parteien an der Abrede beteiligt sind und die Wettbewerbsverhältnisse aufgrund des Dual Brand-Angebots vergleichbar sind. In einem zweiten Schritt wird anschliessend geprüft, ob ausreichender Wettbewerb zwischen verschiedenen Kreditkartensystemen (Inter-Brand-Wettbewerb) besteht (vgl. B.2.3.4).

### B.2.3.2 Acquiring-Markt

#### B.2.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

##### B.2.3.2.1.1 Marktvolumen, Marktanteile, Marktanteilsentwicklung und Konzentrationsgrad

240. Bis Mitte 2002 boten in der Schweiz drei Unternehmen den Zugang zu den Kreditkarten-Systemen Visa und MasterCard an. Dies waren die Telekurs Multipay für MasterCard sowie die UCC und die Cornèr Banca für Visa. Durch die Übernahme des Visa-Acquiring-Geschäftes der UCC durch die Telekurs Multipay im Mai 2003 hat sich die Situation auf dem Acquiring-Markt stark verändert. Von den ehemals drei schweizerischen Anbietern von Visa und MasterCard sind heute nur noch die Telekurs Multipay und die Aduno (vormals Cornèr Banca), beide mit einem Dual Brand-Angebot, in diesem Markt tätig (vgl. Rz. 30 f.).

241. Des Weiteren haben, wie schon erwähnt (vgl. Rz. 196 ff.), in Deutschland domizilierte Acquirer an Bedeutung im schweizerischen Akzeptanzgeschäft gewonnen. Diese sind nicht direkt an der Abrede beteiligt, da sie nicht Mitglieder der nationalen Kartengremien (CC und IAFV) sind.<sup>39</sup> Sie sind jedoch an die in den entsprechenden Kartengremien festgelegten DMIF gebunden, weshalb von ausländischen Acquirern keine destabilisierende Wirkung auf die Abrede ausgehen kann. Eine explizite Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenwettbewerb macht folglich in vorliegendem Fall keinen Sinn.

242. Basierend auf den Angaben von Telekurs Multipay, Cornèr Banca, B&S und ConCardis präsentieren sich die Marktanteile für Visa und MasterCard in der Schweiz im Jahre 2003, gemessen am gesamten inländischen Transaktionsvolumen,<sup>40</sup> wie in Tabelle 6 aufgezeigt. Wie von Visa in ihrer Stellungnahme zum

Verfügensentwurf angeführt wird, ist dabei zu beachten, dass die Marktanteile der ausländischen Acquirer insgesamt etwas höher ausfallen dürften, da in Tabelle 6 nur die Transaktionsvolumen von B&S und ConCardis mitberücksichtigt wurden. Wie erwähnt (vgl. Rz. 112), betreiben die meisten anderen ausländischen Acquirer jedoch kein aktives Acquiring in der Schweiz, sondern sind aufgrund von Akzeptanzverträgen mit multinationalen Unternehmen mit Hauptsitz im Ausland in der Schweiz vertreten. Eine mögliche disziplinierende Wirkung auf dem Markt kann von ihnen deshalb nicht ausgehen. Auch würde der Einbezug dieser ausländischen Acquirer keine Veränderung der in Tabelle 6 angegebenen Marktanteilsintervalle für das Jahr 2003 bewirken.

ACQUIRER	MARKTANTEILE 2003		
	Visa	MC	Visa & MC
Telekurs Multipay	40%-50%	90%-100%	70%-80%
Cornèr Banca	50%-60%	0%-5%	20%-30%
B&S Card Service, ConCardis	0%-5%	0%-5%	0%-5%

Tabelle 6: Marktanteile Visa und MasterCard

243. Infolge des Erwerbs der UCC im Sommer 2003 beliefen sich die Marktanteile der Telekurs Multipay auf 90%-100% für MasterCard und auf 40%-50% für Visa. Kombiniert entspricht dies einem Marktanteil von 70%-80%, was auf eine dominante Stellung der Telekurs Multipay im Acquiring-Geschäft hindeutet. Der entsprechende Marktanteil der Cornèr Banca belief sich auf 20%-30%, währenddem die beiden Cross Border Acquirer gemeinsam nicht mehr als einen Marktanteil von 5% erreichten.

##### B.2.3.2.1.2 Preise und Preisentwicklung

244. Die Preise (MSC) sind im Acquiring-Markt in den letzten zwei Jahren tendenziell gesunken. Dies vor allem aufgrund einer gewissen Preiskonkurrenz der neu auf dem Markt auftretenden ausländischen Acquirer. Tatsächlich können die in Tabelle 6 dokumentierten Marktanteile der deutschen Acquirer hauptsächlich auf attraktive Preisangebote zurückgeführt werden. Gleichzeitig muss aber darauf hingewiesen

<sup>38</sup> EU-Entscheidung vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, Abl. L 318/17 vom 22.11.2002, Rz. 43 ff.

<sup>39</sup> Sie können jedoch grundsätzlich Mitglieder der schweizerischen Kartengremien werden.

<sup>40</sup> Mit in- und ausländischen Kreditkarten getätigte Transaktionen in der Schweiz.

werden, dass ein direkter Preisvergleich zwischen schweizerischen und ausländischen Acquirer aufgrund unterschiedlicher Qualität der Dienstleistungen, zum Beispiel bezüglich des Abrechnungsprozesses, nur bedingt möglich ist. Ein beträchtlicher Anteil der Händler (ca. 10%) führen die unterschiedliche Qualität der Dienstleistungen explizit als Grund dafür an, weshalb sie trotz tieferer Kommissionssätze der Cross Border Acquirer ihren Akzeptanzvertrag mit einem schweizerischen Acquirer abgeschlossen haben. Dennoch hat die Befragung ergeben, dass ca. jeder dritte Händler von einem der beiden deutschen Acquirer ein Angebot erhalten oder bei einem solchen eine Offerte eingeholt hat. Diese Marktpräsenz führte zweifellos zu einem gewissen Preisdruck oder zumindest zu einer Einschränkung des Preissetzungsspielraums der Telekurs Multipay sowie auch der Cornè Banca, auch wenn die beiden deutschen Acquirer bisher noch keine bedeutenden Marktanteile erreichen konnten.

245. Diese Einschätzung wird durch die Analyse der von den Parteien gelieferten Daten gestützt. Die durchschnittliche MSC - brutto, das heisst vor Abzug der DMIF-Zahlungen - war zwischen 1998 und 2002 relativ stabil und betrug knapp 2,5%. Im Jahr 2003 war ein Rückgang um 5,5% auf ca. 2,3% zu verzeichnen. Seit 2001 sind dabei jedoch die DMIF-Zahlungen angestiegen, so dass die durchschnittliche Netto-MSK zwischen 2002 und 2003 um knapp um knapp einen Fünftel (18%) zurückgegangen ist. Dies kann dahingehend interpretiert werden, dass ab dem Jahr 2003 ein verstärkter Preiswettbewerb im Acquiring-Geschäft stattgefunden hat. Dieser hatte zur Folge, dass die steigenden DMIF-Zahlungen nicht auf die MSC überwältigt werden konnten, so dass die Acquirer eine Margeneinbusse in Kauf nehmen mussten.

246. Das Vorliegen eines gewissen Preiswettbewerbs auf einem Markt schliesst jedoch das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung der Telekurs Multipay nicht per se aus. So kann davon ausgegangen werden, dass die starke Marktposition der Telekurs Multipay zum heutigen Zeitpunkt vor allem auf verschiedenen anderen wettbewerbsrelevanten Faktoren - wie dem Vorteil einer sehr starken Stellung auf dem Markt für Maestro-Debitkarten (vormals ec) sowie im Markt für Terminalgeräte - beruht. Die Möglichkeit des Bezugs von allen mit Kredit- und Debitkarten zusammenhängenden Leistungen aus einer Hand, wie sie für schweizerische Händler zurzeit nur von Telekurs Multipay angeboten wird, ist geeignet, eine gewisse Marktdominanz im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft zu bewirken. Dieser Standpunkt wird auch durch die Befragung der Händler bestätigt, die als Hauptgrund für die Wahl beziehungsweise das Verbleiben bei Telekurs Multipay, neben der Höhe der Kommissionen und der Qualität der Dienstleistungen, die Vorteile eines einzelnen Ansprechpartners hervorheben.

247. Des Weiteren muss darauf hingewiesen werden, dass seitens der deutschen Acquirer eine starke Abhängigkeit von Telekurs Multipay besteht. Aufgrund unterschiedlicher Terminalprotokolle in den beiden Ländern, insbesondere auch des neuen, auf der EMV-Technologie basierenden Terminalprotokolls ep2, sind

die Cross Border Acquirer auf die Routing Funktion von Unternehmen angewiesen, die beide Protokolle beherrschen. Dabei ist zu beachten, dass das schweizerische Terminalprotokoll ep2 nicht frei zugänglich, sondern nur gegen Lizenzgebühren erhältlich ist. Dies bedeutet konkret, dass zum heutigen Zeitpunkt eine Transaktion, die bei einem Händler vorgenommen wird, der seinen Akzeptanzvertrag mit einem ausländischen Acquirer abgeschlossen hat, über den Netzrechner eines schweizerischen Drittunternehmens laufen muss, eine Dienstleistung, die gegen Bezahlung erbracht wird. Die in der Schweiz fast flächendeckende Verbreitung von TCS Terminals - die TCS besitzt schätzungsweise einen Marktanteil von 80%-90% - führt dazu, dass Cross Border Acquirer faktisch von der Routing Funktion der TCS abhängig sind.<sup>41</sup> Verschiedene Händler bestätigen auch, dass die technischen Probleme mit den Terminalprotokollen und damit einhergehende Unkosten die Wahl eines ausländischen Acquirers negativ beeinflusst haben.

248. Das Vorbringen der Telekurs Multipay, es sei unzulässig, gestützt auf die Erwägungen der Reko/WEF zur Marktabgrenzung im Fall "Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft"<sup>42</sup> Aussagen über die Marktstellung der Telekurs Multipay zu machen, ist somit unbehelflich. Die Begründung für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung durch die Telekurs Multipay stützt sich gerade nicht auf eine enge Marktabgrenzung, sondern ergibt sich aus der Gesamtwürdigung, welche das Verhalten von Telekurs Multipay sowohl auf dem Acquiring-Markt als auch auf benachbarten Märkten miteinbezieht.

#### **B.2.3.2.1.3 Entwicklung der Rentabilität im Acquiring-Geschäft**

249. Die Acquiring-Kosten (ohne Interchange Fees) haben zwischen 2000 und 2003 um mehr als [...] % zugenommen. Da in derselben Zeitspanne der Umsatz mit Kreditkarten stagniert hat, sind die Kosten auch in Prozent des Umsatzes ausgedrückt markant gestiegen. Die Cornè Banca gibt dabei als Grund für den Kostenanstieg Investitionen im IT-Bereich und die Erweiterung der Infrastrukturen an. Die Profitabilität des Acquiring-Geschäfts hat sich aufgrund der steigenden Kosten und der stagnierenden beziehungsweise rückläufigen MSC während der letzten fünf Jahren gesamthaft verschlechtert.

#### **B.2.3.2.1.4 Ergebnis**

250. Vor 2003 charakterisierte sich die Situation auf dem Acquiring-Markt für die umsatzstärksten Kreditkarten (Visa, MasterCard und American Express) dadurch, dass sich der gemeinsame Marktanteil der vier Unternehmen Telekurs Multipay, UCC, Cornè Banca und Swisscard auf 90%-100% summierte. Aufgrund

<sup>41</sup> Gemäss den Informationen, die dem Sekretariat vorliegen, gibt es zurzeit nur ein weiteres Unternehmen (Datatrans AG), das in der Lage ist, das Routing ins Ausland vorzunehmen.

<sup>42</sup> Entscheid Reko/WEF vom 9. Juni 2005 i.S. Telekurs Multipay AG/Weko, RPW 2005/3, S. 530 ff.



der hohen Markttransparenz und -stabilität, vorliegender Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien sowie einer schwachen Stellung der Marktgegenseite kam die Weko im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft zum Schluss, dass die vier Unternehmen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung verfügen. Durch die Übernahme des Visa-Acquiring-Geschäftes der UCC durch die Telekurs Multipay im Mai 2003 hat sich das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft noch stärker konzentriert.

251. Aufgrund der gemachten Ausführungen zur Marktstruktur im schweizerischen Kreditkartengeschäft (vgl. Rz. 288 ff.) kann abschliessend zudem mit Blick auf die Stellungnahme des VEZ die Frage aufgeworfen werden, ob eine Beurteilung des Sachverhaltes nicht auch unter Artikel 7 KG erfolgen könnte. So bestehen zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien weitgehende wirtschaftliche und personelle Verflechtungen. Insbesondere sind die Issuer - mit Ausnahme der Cornèr Banca - über die Telekurs Holding AG, welche ein Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken ist (vgl. Rz. 14), an der Telekurs Multipay beteiligt. Dabei verfügen die UBS, die Credit Suisse und die Viseca-Banken zusammen über eine Mehrheit an der Telekurs Holding AG. Zudem bestehen verschiedenste personelle Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten der angesprochenen Issuer und den Verwaltungsräten der Telekurs Holding AG sowie der Telekurs Multipay und der Telekurs Card Solutions AG. Auf der Acquiring-Seite ist es zurzeit sogar so, dass der Verwaltungsratspräsident der Viseca, welche neu das Acquiring-Geschäft der Cornèr Banca übernommen hat (vgl. Rz. 31), auch Mitglied des Verwaltungsrates des Konkurrenzunternehmens Telekurs Multipay sowie der Telekurs Card Solutions AG ist. Aus dieser Perspektive könnten die Issuer und Acquirer auch als eine wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, welche den Issuing- und den Acquiring-Markt kollektiv beherrscht.<sup>43</sup>

252. Telekurs Multipay muss zurzeit mit einem Marktanteil von 70%-80% für die Vier-Parteien-Systeme Visa und MasterCard als der grösste und wichtigste Akteur im schweizerischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft bezeichnet werden. Trotz des in den letzten Jahren aufgekommenen Preisdrucks durch ausländische Acquirer kann zum heutigen Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass die Telekurs Multipay aufgrund des Vorteils, alle mit Kredit- und Debitkarten zusammenhängenden Leistungen aus einer Hand anbieten zu können, über eine sehr starke Position auf dem Acquiring-Markt verfügt. Gegenüber den Cross Border Acquirer wird diese Position zusätzlich dadurch verstärkt, dass diese faktisch von der Routing Funktion der TCS abhängig sind.

253. Der hohe Marktanteil der Telekurs Multipay auf dem Acquiring-Markt verschärft die Problematik der Abhängigkeit gegenüber den Issuern. Gemäss den Pflichtenheften der CC und IAFV ist für Beschlüsse bezüglich der DMIF die [...]%-Mehrheit der Stimmanteile erforderlich. Die Stimmrechte der einzelnen Mitglieder berechnet sich nach Massgabe [...] (vgl. Rz. 136). Die [...]%-Mehrheit der Stimmanteile kann also

von [...] erreicht werden. Das heisst, dass die [...] die Höhe der DMIF in der Schweiz faktisch bestimmen können.

254. Da vorliegend aber der Tatbestand der Preisabrede nach Artikel 5 Absatz 3 KG erfüllt ist (vgl. Rz. 149 ff.), erübrigt sich eine zusätzliche Abklärung des Sachverhaltes nach Artikel 7 KG.<sup>44</sup>

#### **B.2.3.2.2 Potenzieller Wettbewerb**

255. Grundsätzlich sind zwei Arten des Marktzutritts auf den Acquiring-Markt für Visa- und MasterCard-Kreditkarten denkbar. Erstens könnte ein neues schweizerisches Unternehmen das Acquiring für diese Kreditkarten in Betracht ziehen. Aufgrund der heutigen starken Stellung der Telekurs Multipay scheint die Wahrscheinlichkeit eines solchen Neueintritts gering. Auch deutet die Übernahme der UCC durch Telekurs Multipay eher auf eine Konzentrationstendenz im betroffenen Markt hin.

256. Zweitens könnten weitere bestehende ausländische Anbieter in den Schweizer Markt eintreten. Grundsätzlich existieren seit der Liberalisierung der Lizenzsysteme von Visa und MasterCard keine direkten Marktzutrittsschranken mehr, was auch von den befragten Cross Border Acquirer bestätigt wird. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass neu-eintretende Cross Border Acquirer mit denselben Problemen konfrontiert wären wie die bereits im Markt tätigen ausländischen Acquirer. Im Bereich der Debitkartenprodukte scheinen sich jedoch verschiedene Cross Border Acquirer für eine schweizerische Acquiring-Lizenz für ec/Maestro zu interessieren oder haben bereits einen Lizenzantrag gestellt. Beklagt wird allerdings zurzeit noch, dass gewisse Bestimmungen in den Domestic Rules and Regulations die Möglichkeit für ausländische Acquirer, konkurrenzfähige Angebote abzugeben, behindern würden. Auch im Bereich der Terminals scheinen gewisse ausländische Unternehmen - trotz der beschriebenen technischen und finanziellen Hindernissen - einen Markteintritt zu erwägen. Dies würde neueintretende Cross Border Acquirer von den Dienstleistungen der Telekurs Multipay unabhängig machen oder ihnen zumindest eine Wahl zwischen verschiedenen Dienstleistungsanbietern ermöglichen.

257. Solange es für ausländische Acquirer nicht möglich ist, in der Schweiz zu vergleichbaren Bedingungen wie die Telekurs Multipay Debitkartenprodukte sowie Terminals und damit verbundene Dienstleistungen anzubieten, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz in Frage gestellt ist.

<sup>43</sup> Zur Frage der kollektiven Marktbeherrschung vgl. Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff., insbes. S. 134 ff.

<sup>44</sup> Zur Frage der kollektiven Marktbeherrschung vgl. Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff., insbes. S. 134 ff.

### B.2.3.3 Issuing-Markt

#### B.2.3.3.1 Aktueller Wettbewerb

##### B.2.3.3.1.1 Überblick

258. Die Abrede bezüglich der DMIF betrifft die Vier-Parteien-Systeme Visa und MasterCard. Gemäss Angaben von Visa Europe Ltd. gibt es in der Schweiz [...] Principal Members mit einer Lizenz zur Herausgabe von Visa-Kreditkarten. Mehrere Finanzinstitute bieten Visa-Kreditkarten in Kooperation mit Viseca an. Die Rothschild Bank AG bietet seit Ende Januar 2004 Kreditkarten als Zusatzdienstleistung an die gehobene Privatkundschaft an, bei welcher es sich zum grossen Teil um im Ausland wohnhafte Personen handelt. Ähnlich äusserte sich auch die Banque SCS Alliance SA. Die Rothschild Bank AG und die Banque SCS Alliance SA sind nicht an der Abrede über die Interchange Fee beteiligt, wenden die Domestic Interchange Fee aufgrund der Lizenzbestimmungen jedoch an. Ihre Marktanteile sind sehr gering. Somit sind in der Schweiz gegenwärtig vier nennenswerte Issuer für Visa tätig. Dabei handelt es sich um die Cornèr Banca, Credit Suisse, UBS und Viseca.

259. Zurzeit gibt es vier Unternehmen in der Schweiz, die eine Lizenz zur Herausgabe von MasterCard-Kreditkarten besitzen: Cornèr Banca, Credit Suisse, UBS und Viseca. Alle sind an der Abrede beteiligt. Es gibt somit keinen Aussenwettbewerb durch Issuer von Visa- und MasterCard-Kreditkarten, welche nicht an der Abrede beteiligt wären.

260. Im Folgenden wird bei der Analyse des Issuing-Markts nicht zwischen Visa und MasterCard unterschieden, da die Wettbewerbsverhältnisse bei Visa und MasterCard vergleichbar sind. Sämtliche vier Issuer bieten heute das Dual Brand-Angebot an, das heisst, sie vertreiben sowohl Visa- als auch MasterCard-Kreditkarten.

##### B.2.3.3.1.2 Marktvolumen, Marktanteile, Marktanteilsentwicklung und Konzentrationsgrad

261. Die Gesamteinnahmen der Kreditkarten-Herausgeber aus Visa- und MasterCard-Kreditkarten in der Schweiz beliefen sich im Jahr 2003 gemäss einer Erhebung der Weko auf knapp CHF 841 Mio.

262. Ende 2003 waren in der Schweiz 3,1 Mio. Visa- und MasterCard-Kreditkarten im Umlauf. Das Wachstum der Anzahl Kreditkarten hat sich in den letzten Jahren verlangsamt, wobei die Kartenpenetration nahe an der Sättigungsgrenze liegt. Bei der Anzahl Transaktionen und beim Umsatz mit Kreditkarten ist in den letzten Jahren gar ein Rückgang zu verzeichnen.

263. Trotz der Markteintritte in den letzten Jahren ist die Marktstruktur immer noch relativ stark konzentriert. Bis 1991 existierten mit Telekurs Multipay (damals noch Europay) für MasterCard, Cornèr Banca für Visa und der UBS für MasterCard und Visa drei bedeutende Anbieter von Visa- und MasterCard-Kreditkarten. Das Visa-Geschäft der Credit Suisse war relativ unbedeutend. Die Marktstruktur änderte sich mit dem

Rückzug von Telekurs Multipay aus dem Issuing im Jahr 2000. Das Geschäft von Telekurs Multipay wurde an die Credit Suisse, die neu gegründete Viseca sowie an die UBS verkauft. Heute bestehen somit vier bedeutende Anbieter, welche jeweils MasterCard- und Visa-Kreditkarten anbieten.

	Europay	CS (Swiss- card)	UBS	Viseca	Cornèr
1998	[40-50%]		[30-40%]		[10-20%]
1999	[40-50%]	[0-10%]	[30-40%]		[10-20%]
2000		[20-30%]	[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]
2001		[20-30%]	[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]
2002		[20-30%]	[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]
2003		[20-30%]	[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]
2. Q. 2004		[20-30%]	[30-40%]	[20-30%]	[10-20%]

Tabelle 7: Entwicklung der Marktanteile im Issuing von Visa- und MasterCard-Kreditkarten während der letzten 7 Jahren

264. Der Konzentrationsgrad blieb jedoch auch nach dem Markteintritt von Viseca relativ stark konzentriert. Der Hirshman-Herfindahl-Index, basierend auf der Anzahl Karten, betrug im Jahr 2003 über 2'800.<sup>45</sup>

265. Seit dem Rückzug der Telekurs Multipay aus dem Issuing blieben die Marktanteile relativ stabil (vgl. Tabelle 7).

266. Die Viseca bemängelt in ihrer Stellungnahme, dass die Stabilität der Marktanteile in einem gesättigten Markt nicht aussagekräftig sei. Es müssten viele Neuabschlüsse erreicht werden, um den Marktanteil halten zu können. Bei der Beurteilung des Wettbewerbs seien auch die hohen Kündigungsraten zu berücksichtigen. Auch die UBS macht geltend, einem starken Verdrängungswettbewerb ausgesetzt zu sein. Hierzu ist zu bemerken, dass die Stabilität der Marktanteile nur eines von mehreren Indizien für die Intensität des Wettbewerbs darstellt. Aufgrund der Kündigungsrate allein lässt sich ausserdem nicht beurteilen, ob die Kunden zu einem anderen Anbieter gewechselt haben oder ob es sich um natürliche Abgänge handelt. Die Anzahl Neukunden überstieg jedenfalls mit Ausnahme des Jahres 2003 jeweils klar die Anzahl Kündigungen. Wie unten gezeigt wird, hat sich der von den Parteien behauptete Verdrängungswettbewerb zudem nicht auf die Preise ausgewirkt.

<sup>45</sup> Der Hirshman-Herfindahl-Index misst den Konzentrationsgrad einer Industrie und ist gleich der Summe der quadrierten Marktanteile aller Anbieter. Der Maximalwert des Hirshman-Herfindahl-Indexes - im Fall eines Monopols - beträgt 10'000. Gemäss internationaler Praxis gilt ab ca. 1'800 ein Markt als stark konzentriert.

**B.2.3.3.1.3 Preise und Preisentwicklung**

267. Die Jahresgebühren für Kreditkarten sind im internationalen Vergleich relativ hoch (Abbildung 9). Gemäss dieser Darstellung sind Visa- und MasterCard-Standard-Karten im Vergleich zu den 15 bisherigen EU-Staaten und der Türkei in der Schweiz am teuersten. Diese Karten sind dabei ca. 2,5 bis 3 mal teurer als der Durchschnitt der 15 bisherigen EU-Staaten und der Türkei. Bei den Premium-Karten ("Gold"-Karten)<sup>46</sup> liegt die Schweiz an dritter Stelle.

268. Dieser Preisvergleich ist jedoch mit Vorsicht zu geniessen und für sich genommen kein Beweis für überhöhte Preise in der Schweiz. Nicht berücksichtigt sind in diesem Preisvergleich beispielsweise gewährte Rabatte und Vergünstigungen. Ausserdem unterscheiden sich die Verhältnisse im Kreditkarten-Geschäft je nach Land unter Umständen beträchtlich, was einen Vergleich erschwert. So wird die Kreditoption in verschiedenen Ländern (z.B. Grossbritannien) weit mehr in Anspruch genommen als in der Schweiz, was in Kombination mit höheren Zinsen die Bedeutung einer geringeren Jahresgebühr marginalisiert.

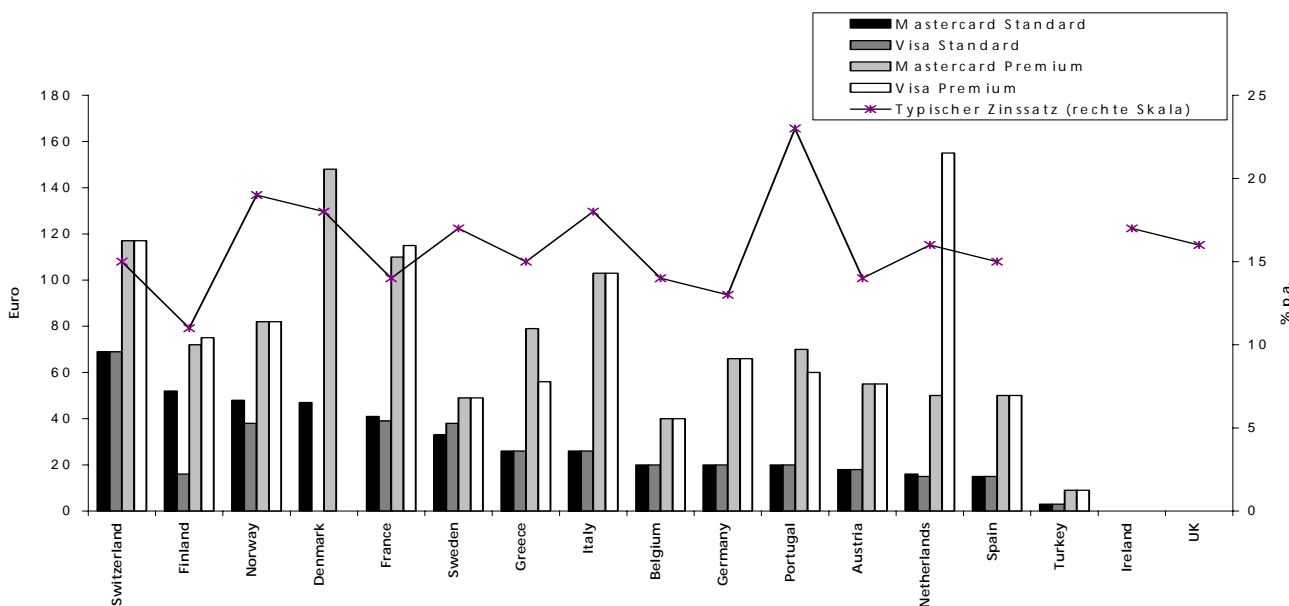


Abbildung 9: Internationaler Preisvergleich Kreditkarten  
(Quelle: Retail Banking Research [2003]: Payment Cards in Europe 2004, Executive Summary, Figure 4, S. 8)

269. Eine Reihe von schweizerischen Besonderheiten wirkt sich gemäss den Issuern zudem kostentreibend aus. Aufgrund von kleinen Volumina im internationalen Vergleich würden sich nur geringe Skalenerträge realisieren lassen, was die Kosten pro Transaktion erhöhe. Auch die Mehrsprachigkeit führe zu zusätzlichen Aufwendungen der Schweizer Issuer. Zusätzliche kostentreibende Faktoren seien die hohe Servicequalität, die Regulierungsdichte, hohe Standortkosten, die Höhe der durchschnittlichen Karten- und Globallimiten, ein tiefer Anteil elektronisch verarbeiteter Transaktionen, eine hohe Kartenpenetration und allgemeine wirtschaftliche Unterschiede.

270. Die Entwicklung der offiziellen Listenpreise kann indes Indizien für die Intensität des Wettbewerbs unter den Anbietern liefern. Häufige Preisveränderungen können dabei ein Hinweis auf eine starke Rivalität zwischen den Anbietern und für eine rasche Anpassung der Preise auf veränderte Nachfragebedingungen sein. Auf der anderen Seite können stabile

Preise ein Indiz dafür sein, dass die Rivalität unter den Anbietern nur schwach ist und sich die Preise nur sehr langsam an veränderte Rahmenbedingungen anpassen.

271. Tabelle 8 zeigt die Entwicklung der offiziellen Listenpreise für MasterCard-Standard-Karten. Seit 1997 gab es nur zwei Preisanpassungen. Im Januar 1999 verdoppelte die Credit Suisse und im Januar 2002 die Viseca den Preis jeweils von CHF 50.- auf CHF 100.- (ausgenommen die durch die Viseca vertriebene Postcard MasterCard, deren Preis im Juli 2004 von CHF 50.- auf CHF 80.- erhöht wurde). Seit Januar 2002 sind die offiziellen Preise bei sämtlichen vier Anbietern von MasterCard-Kreditkarten identisch.

<sup>46</sup> Sowohl Visa als auch MasterCard bieten jeweils eine Standard- und eine "Gold"-Karte mit höherer Kartenlimite, höherer Versicherungsdeckung und zusätzlichen Dienstleistungen an.

	Jan. 97	Jan. 98	Jan. 99	Jan. 00	Jan. 01	Jan. 02	Jan. 03
Cornèr Banca	100	100	100	100	100	100	100
Credit Suisse	50	50	100	100	100	100	100
UBS <sup>47</sup>	100	100	100	100	100	100	100
Viseca	-	-	-	50	50	100	100

Tabelle 8: Offizielle Listenpreise für MasterCard-Standard-Karten in CHF<sup>48</sup>

272. Bei den Visa Standard-Karten sind seit 1997 gar keine Preisveränderungen erfolgt. Sie kosten bei sämtlichen Anbietern CHF 100.-.

273. Ähnlich sieht die Situation bei den Premium-Karten aus. Bei der MasterCard-Gold-Karte gab es lediglich zwei Preisanpassungen im Januar 1999 durch die Credit Suisse und im Januar 2002 durch Viseca, und zwar jeweils von CHF 150.- auf CHF 170.-. Bei der Visa-Gold-Karte ist seit 1997 keine Preisanpassung erfolgt.

274. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Listenpreise seit 1997 ausserordentlich stabil waren, obwohl die Anzahl der Kreditkarten zwischen 1997 und 2003 um rund 0,7 Mio. beziehungsweise 27,5% gewachsen ist.<sup>49</sup> Die Credit Suisse hält in ihrer Stellungnahme fest, dass von stabilen Listenpreisen nicht auf mangelnden (Preis-)Wettbewerb geschlossen werden dürfe. Es trifft zu, dass stabile Listenpreise allein kein Beweis für fehlenden Wettbewerb sind. Deswegen werden im Folgenden weitere Faktoren untersucht. Dennoch können stabile Listenpreise ein Indiz für mangelnde Rivalität zwischen den Anbietern und mangelnde Anpassung der Preise an veränderte Marktbedingungen sein.

275. Die Karteninhaber können in Abhängigkeit vom Karteneinsatz und anderen Faktoren von verschiedenen Rabatten, Bonusprogrammen und ähnlichem profitieren. Die Listenpreise widerspiegeln daher nicht die von den Karteninhabern tatsächlich bezahlten Preise.

276. Um die von den Karteninhabern tatsächlich bezahlten Preise zu ermitteln, wird im Folgenden auf den Netto-Ertrag der Issuer aus Jahresgebühren, auf den Zinsertrag sowie auf übrige Erträge der Issuer abgestellt. Der Netto-Ertrag aus Jahresgebühren ergibt sich dabei aus dem Ertrag der Issuer aus Jahresgebühren abzüglich gewährter Rabatte und anderen Vergünstigungen. Um die durchschnittlichen Preise pro Karte zu erhalten, werden diese Erträge durch die Anzahl herausgegebener Karten geteilt. Die folgenden Angaben bezeichnen jeweils den gewichteten Durchschnitt von Cornèr Banca, Credit Suisse, UBS und Viseca.

277. Die so ermittelte durchschnittliche Jahresgebühr pro Karte ist zwischen 2000 und 2003 von CHF 61.30

auf CHF 72.20 angestiegen, was einer Steigerung von durchschnittlich 18% entspricht. Der Zinsertrag pro Karte hat im gleichen Zeitraum gar um durchschnittlich 33% zugenommen, nämlich von CHF 34.20 auf CHF 45.40. Die übrigen Erträge schliesslich (Kommissionen Bargeldbezug, Fremdwährungs-Umrechnungsgebühren etc.) stiegen von CHF 56.50 auf CHF 73.70 pro Karte, was im Schnitt einer Zunahme von 31% entspricht. Die totalen effektiven Karteninhabergebühren (Jahresgebühr, Zinsen und übrige Gebühren) stiegen zwischen 2000 und 2003 um durchschnittlich 26% an.

278. Die UBS macht in ihrer Stellungnahme geltend, die Netto-Erträge aus Jahresgebühren seien bei ihr nicht angestiegen, sondern gesunken. Die Steigerung der Zinserträge sei zudem eine Folge der vermehrten Inanspruchnahme der Kreditoption und nicht von Preiserhöhungen. Die obige Analyse der Netto-Jahresgebühren beziehen sich auf den Gesamtmarkt. Gemäss den in der Untersuchung gelieferten Angaben trifft dies jedoch auch für die UBS zu. Es trifft zu, dass die gestiegenen Zinseinnahmen auf eine erhöhte Beanspruchung der Kreditoption und nicht auf einer Preiserhöhung beruht. Die Karteninhabergebühren (Netto-Jahresgebühren, Fremdwährungs-Umrechnungsgebühren etc.) stiegen jedoch auch ohne Berücksichtigung des Zinsertrags im betrachteten Zeitraum (2000-2003) um 24%.

279. Die Credit Suisse hält in ihrer Stellungnahme fest, dass es ca. 20 verschiedene Standard-Kartenprodukte sowie mehrere Co-branding-Karten mit teilweise unterschiedlichen Jahresgebühren gebe, die bei der Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen seien. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Bezug einer Co-branding-Karte die Mitgliedschaft im jeweiligen Verein voraussetzt (z.B. ACS, TCS, WWF etc.) und somit nur einem beschränkten Kundenkreis zugänglich ist. Zudem stützt sich die Analyse der effektiven Karteninhabergebühren auf die Gesamteinnahmen der Issuer und umfasst somit alle Kartenprodukte.

280. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die offiziellen Listenpreise stabil waren, während die effektiv bezahlten Preise im betrachteten Zeitraum stark anstiegen. Die Markteintritte haben somit nicht zu einer Intensivierung des Preiswettbewerbs geführt.

#### B.2.3.3.1.4 Entwicklung der Rentabilität des Issuing-Geschäfts

281. Die Entwicklung der Rentabilität des Kreditkarten-Geschäfts kann ebenfalls Hinweise auf die Intensität des Wettbewerbs liefern.

<sup>47</sup> Ohne Karten der ex Payserv. Die Privatkarte Eurocard-Standard der ex Payserv kostete bis Mitte 2004 CHF 50.-. Mitte 2004 wurde der Preis auf CHF 100.- angehoben.

<sup>48</sup> Ohne Co-branded-Karten und Firmen- und Fremdwährungskarten.

<sup>49</sup> Daten: SNB, Statistisches Monatsheft April 2005, S. 24.

282. Die Profitabilität des Issuing-Geschäfts konnte in den letzten Jahren gesteigert oder zumindest gehalten werden. Die konnte die Profitabilität in den letzten fünf Jahren gar um [...] % steigern. Gemäss Viseca ist die Zunahme der Profitabilität jedoch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass Viseca ihre operative Geschäftstätigkeit erst per 1. Januar 2000 aufgenommen hat.

283. Die Rentabilität kann mit Hilfe verschiedener Kennzahlen gemessen werden, wobei jede Kennzahl ihre Vor- und Nachteile aufweist. Folgende Kennzahlen sind zum Beispiel gebräuchlich: *Return on Equity* (ROE), *Return on Investment* (ROI), *Cost-Income-Ratio* (CIR), *Earnings before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization* (EBITDA), *Internal Rate of Return* (IRR), Betriebsgewinn pro Mitarbeiter etc. Der *Return on Sales* (ROS), eine im Industriebereich häufig verwendete Kennzahl, eignet sich dagegen nicht als Kennzahl im Bankengeschäft.

284. Die Ermittlung der Rentabilität aufgrund der veröffentlichten Bilanz und Erfolgsrechnung ist mit verschiedenen Problemen verbunden. So sind einige der oben erwähnten Kennzahlen aufgrund von Ermessensspielräumen mit buchhalterischen Massnahmen (z.B. Bildung oder Auflösung stiller Reserven) beeinflussbar. Zudem stellt sich bei der Beurteilung der Rentabilität einzelner Geschäftssparten das Problem der Zuteilung von Gemeinkosten. Daneben können weitere Faktoren wie das Vorhandensein immaterieller Aktiva, rascher technologischer Wandel etc. die Rentabilität verzerren. Aus diesem Grund sind die Kennzahlen mit Vorsicht zu interpretieren. Insbesondere Vergleiche zwischen den Anbietern können aufgrund unterschiedlicher Buchhaltungspraktiken problematisch sein.

285. Im Folgenden wird die Entwicklung der Rentabilität des Issuing-Geschäfts anhand des EBITDA analysiert.<sup>50</sup>

286. Bei den *Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization* (EBITDA) handelt es sich um den Betriebsgewinn vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen auf den Sachanlagen und dem Goodwill. Sie ist eine wichtige Kennzahl zur Beurteilung der Ertragskraft.<sup>51</sup> Beim EBITDA sind die Abschreibungen auf Sachanlagen und Amortisationen vom Goodwill ausgenommen, welche durch buchhalterische Massnahmen beeinflusst werden können. Der EBITDA ist daher eine unverzerrte Grösse zur Messung der operativen Leistung.

287. Der EBITDA pro Karte im Issuing-Geschäft<sup>52</sup> ist in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Dies trifft nicht nur für neu eintretende Unternehmen, sondern auch für etablierte Anbieter zu. Die [...] wies zwischen 1997 und 2003 eine moderate Steigerung von [...] % auf.

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Credit Suisse <sup>1)</sup>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
UBS <sup>2)</sup>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Viseca	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Cornèr Banca	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 9: EBITDA pro Karte (CHF)

<sup>1)</sup> Erträge und Kosten der Swisscard zusätzlich Kosten der Credit Suisse, ohne Goodwill costs (nur Visa und MasterCard, ohne American Express)

<sup>2)</sup> Ohne allgemeiner UBS-Overhead

288. Die UBS macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass die Steigerung der Rentabilität vor allem auf Kostensenkungen zurückzuführen sei. Dies trifft für den Gesamtmarkt jedoch nicht zu. Während die Karteninhabergebühren (Netto-Jahresgebühren, Fremdwährungs-Umrechnungsgebühren etc., ohne Kreditzinsen) zwischen 2000 und 2003 um [...] % stiegen, sanken die Kosten im gleichen Zeitraum um [...] %. Die Steigerung der Rentabilität ist daher vor allem auf Preissteigerungen zurückzuführen.

289. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Rentabilität des Kreditkarten-Issuing (Visa und MasterCard) in den letzten Jahren trotz Markteintritten stark gestiegen ist. Dies trifft nicht nur für die neueren Anbieter, sondern auch für etablierte Anbieter zu. Die [...] wies hingegen eine relative stabile Entwicklung des EBITDA pro Karte auf. Indes gibt die [...] an, dass die Profitabilität ihres [...] seit 1999 um [...] % gestiegen sei.

#### B.2.3.3.1.5 Ergebnis

290. Die Liberalisierung des Lizenzierungsregimes und die Markteintritte durch die Neuaufteilung des Issuing-Geschäfts von Telekurs Multipay haben nicht zu einer spürbaren Intensivierung des Preiswettbewerbs geführt. Auch hatte die Marktsättigung keinen Verdrängungswettbewerb zur Folge, wie von einzelnen Anbietern behauptet worden ist.

291. Die Rentabilität des Issuing-Geschäfts ist in den letzten Jahren gestiegen. Dies trifft sowohl für die neu eintretenden sowie auch für die etablierten Anbieter zu.

<sup>50</sup> Diese Kennzahl hat den Vorteil, dass im Gegensatz zum ROI, ROE und IRR das investierte Vermögen bzw. Eigenkapital nicht ermittelt werden muss.

<sup>51</sup> BOEMLE M./GSELL M./JETZER J.-P./NYFFELER P./THALMAN CH. (Hrsg.): Geld- Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz. Verlag SKV, Zürich 2002, S. 337.

<sup>52</sup> Ohne Abzug von Fremdkapitalzinsen, aber mit Abzug von Passivzinsen für die Refinanzierung revolverter Kredite und für die zinsfreie Periode.

292. Die UBS macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass keine quantitative Erheblichkeit gegeben sei, da sich der Wettbewerb verstärkt habe. Diese pauschale Aussage wird jedoch nicht näher begründet. Dass sich der Preiswettbewerb nicht in dem Sinne verstärkt hat, um eine quantitative Erheblichkeit zu verneinen, wurde vorstehend ausführlich dargelegt.

293. Zudem halten die UBS und die Cornèr Banca in ihren Stellungnahmen fest, dass die Karteninhabergebühren nicht abgesprochen seien. Eine explizite Absprache der Karteninhabergebühren konnte tatsächlich nicht nachgewiesen werden, dieser Vorwurf wird daher auch nicht erhoben.

294. Des Weiteren macht die Credit Suisse in ihrer Stellungnahme geltend, dass Kundenservice und Zusatzleistungen zentrale Differenzierungsfaktoren seien, bezüglich welchen Wettbewerb herrsche. Auch die UBS erwähnt in ihrer Stellungnahme einen zunehmenden Qualitätswettbewerb (z.B. Onlineabfragen, Goodies etc.). Wie oben jedoch dargelegt wurde, hat sich dieser nicht auf die Preise ausgewirkt. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der Preis gemäss einer Endkundenbefragung (vgl. Rz. 211) nach der weltweiten Akzeptanz das wichtigste Kriterium der Kunden bei der Anschaffung einer Kreditkarte ist.

295. Bereits im Jahr 2002 kam eine Studie des Forschungsinstituts für Empirische Ökonomie der Universität St. Gallen zum Schluss, dass in der Schweiz nur eine begrenzte Intranetzwerkkonkurrenz im Issuing-Geschäft der Eurocard existiert. Die Situation hat sich seither nicht verändert und diese Einschätzung trifft auch für das Issuing von Visa zu.

#### **B.2.3.3.2 Potenzieller Wettbewerb**

296. In diesem Abschnitt wird die Wahrscheinlichkeit, das Ausmass und die Frist von Markteintritten im Bereich der Vier-Parteien-Systeme Visa und MasterCard analysiert.

297. Visa- oder MasterCard-Kreditkarten können nur von Mitgliedern der jeweiligen Kreditkarten-Organisation herausgegeben werden. Die Mitgliedschaft steht gemäss den Lizenzbestimmungen nur regulierten Finanzinstituten offen.

298. In der Schweiz sind bereits sämtliche namhaften Finanzinstitute entweder selbst Mitglied von Visa und MasterCard (Cornèr Banca, Credit Suisse, UBS) oder indirekt über eine Beteiligung an Viseca (Kantonalbanken, RBA-Banken, Raiffeisen, Migrosbank, Bank Coop). Ein Markteintritt eines weiteren Schweizer Finanzinstituts ist in absehbarer Zeit und in wesentlichem Ausmass nicht wahrscheinlich.

299. Visa- und MasterCard-Kreditkarten könnten in der Schweiz auch durch ausländische Finanzinstitute vertrieben werden (sog. *Cross Border Issuing*). Dafür ist eine spezielle Lizenz notwendig. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Cross Border Issuer die SDR anwenden müssen, was für Cross Border Issuer zu erhöhten Kosten führt. So muss der Support für die Karten-Autorisierung beispielsweise in vier Sprachen ausgelegt werden können (Deutsch, Französisch, Ita-

lienisch, Englisch). Ein Markteintritt durch einen Cross Border Issuer scheint in absehbarer Zeit unter den gegebenen Umständen unwahrscheinlich.

300. Viseca vertritt in ihrer Stellungnahme die Ansicht, dass in naher Zukunft mit Markteintritten zu rechnen sei. Sie erwähnt dabei insbesondere die GE Money Bank. Die Annahme eines bevorstehenden Markteintritts der GE Money Bank stützt sich allein auf deren Aussage, dass sie langfristig ein breites Angebot von Finanzdienstleistungen anbieten und im Lauf des Jahres weitere Dienstleistungen offerieren will. Sie ist daher spekulativ und genügt nicht als Beleg für die Behauptung der Viseca.

#### **B.2.3.4 Wettbewerb auf der System-Ebene**

301. Im Folgenden wird der Interbrand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Kreditkarten-Systemen (Visa, MasterCard, American Express, Diners Club etc.) analysiert. Dabei soll die Frage beantwortet werden, ob ausreichender Wettbewerb zwischen den verschiedenen Zahlungssystemen vorhanden ist, um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die vorliegende Abrede zu verhindern.

##### **B.2.3.4.1 Wettbewerb zwischen Drei- und Vier-Parteien-Systemen**

302. Zurzeit sind in der Schweiz hauptsächlich vier Kreditkarten-Systeme aktiv (Visa, MasterCard, American Express und Diners Club). Daneben wird in einzelnen Geschäften auch die JCB-Kreditkarte akzeptiert, welche jedoch vor allem von asiatischen Touristen benützt wird und in der Schweiz nicht herausgegeben wird. Tabelle 10 zeigt die Marktanteile der verschiedenen Kreditkarten-Systeme basierend auf der Anzahl herausgegebener Karten im Jahr 2001.

MasterCard	[45-55%]
Visa	[35-45%]
Amex	[0-10%]
Diners	[0-10%]

Tabelle 10: Marktanteile der verschiedenen Kreditkarten-Systeme 2001

303. Wie unschwer zu erkennen ist, sind MasterCard und Visa mit einem gemeinsamen Marktanteil von [85%-95%] weitaus die bedeutendsten Kreditkarten-Systeme in der Schweiz. American Express und Diners Club dürfen mit Marktanteilen von [0%-10%] und [0%-10%] als Nischenanbieter bezeichnet werden.

304. Im Gegensatz zu den Drei-Parteien-Systemen American Express und Diners Club, welche [...] verzeichneten, konnten MasterCard und Visa die Anzahl Karten zwischen 1998 und 2001 [...] (vgl. Tabelle 11). Dies zeigt, dass die [...] in der beobachteten Zeitperiode keinen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf [...] ausüben konnten.

	1998	1999	2000	2001
Master-Card	[...]	[...]	[...]	[...]
Visa	[...]	[...]	[...]	[...]
Amex	[...]	[...]	[...]	[...]
Diners	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 11: Anzahl Karten der verschiedenen Kreditkarten-Systeme

305. Die Drei-Parteien-Systeme unterscheiden sich nicht nur bezüglich der Anzahl Karten im Umlauf, sondern auch bezüglich der Anzahl Akzeptanzstellen. Tabelle 12 enthält eine Übersicht über die Akzeptanz der verschiedenen Kreditkarten weltweit, in Europa und in der Schweiz. Daraus ist ersichtlich, dass die Akzeptanz von American Express und Diners Club weltweit weniger als ein Drittel derjenigen von Visa und MasterCard beträgt. Europaweit ist es etwas mehr als ein Drittel, in der Schweiz etwas mehr als zwei Drittel. Die JCB-Kreditkarte wird in der Schweiz von weniger als 15% der befragten Händler akzeptiert.

306. Ein breites Akzeptanzstellennetz ist - neben der Sicherheit des Zahlungssystems, dem Preis und der Servicequalität etc. - von vorrangiger Bedeutung für ein Zahlungssystem. Gemäss einer internen Studie der UBS ist [...] (vgl. Rz. 211).

	Schweiz	Europa	Welt
Visa	100	100	100
Master-Card	[90-100]	[90-100]	[90-100]
American Express	[65-75]	[30-40]	[20-30]
Diners Club	[65-75]	[30-40]	[20-30]

Tabelle 12: Akzeptanz der verschiedenen Kreditkarten, 2002

(Index Anzahl Akzeptanzstellen Visa = 100)

307. Auch im Umsatz (Zahlungsbetrag) pro Transaktion unterscheiden sich Drei- und Vier-Parteien-Systeme. Während der durchschnittliche Umsatz pro Transaktion mit Visa und MasterCard bei den verschiedenen Herausgebern zwischen CHF [...] und CHF [...] liegt, beträgt er bei American Express und Diners Club zwischen CHF [...] und CHF [...] (Zahlen für das Jahr 2003) und ist somit etwa doppelt so hoch.

308. Visa vertritt in ihrer Stellungnahme die Ansicht, dass alternative Zahlungssysteme einen disziplinierenden Einfluss auf Visa und MasterCard ausüben würden. Die Tatsache, dass Drei-Parteien-Systeme

stagniert haben, sei darauf zurückzuführen, dass deren Händlerkommissionen weit höher und die Vier-Parteien-Systeme effizienter seien. Auch die UBS macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass American Express und Diners Club, vor allem bei Kunden mit hoher Kaufkraft, spürbare Konkurrenten seien. Der Marktanteil auf Basis der Anzahl Karten sei diesbezüglich nicht aussagekräftig, da American Express und Diners Club sehr grosse Umsätze pro Karte aufwiesen. Die Drei-Parteien-Systeme sind aufgrund der limitierten Akzeptanz und deren geringem Marktanteil jedoch als Nischenprodukte zu bezeichnen. Sie weisen auch auf Basis des Gesamtumsatzes einen weit geringeren Marktanteil auf als die Vier-Parteien-Systeme. Zudem führt ein allfälliger Wettbewerb um zahlungskräftige Kundschaft nicht zu einem Druck auf die DMIF, zumal die Drei-Parteien-Systeme bereits heute wesentlich höhere Händlerkommissionen aufweisen als die Vier-Parteien-Systeme.

309. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Vier-Parteien-Systeme nahe Substitute zueinander sind, während die Drei-Parteien-Systeme Nischenprodukte darstellen. [...] Marktanteile der Drei-Parteien-Systeme und ihre beschränkte Akzeptanz lassen den Schluss zu, dass sie nicht in der Lage sind, in absehbarer Zeit einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf Visa und MasterCard auszuüben.

#### B.2.3.4.2 Wettbewerb zwischen Vier-Parteien-Systemen (Visa und MasterCard)

310. Im Folgenden wird auf den Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard eingegangen. Zunächst fällt auf, dass die offiziellen Listenpreise für vergleichbare Produkte von Visa und MasterCard identisch sind. Auch die Produkteigenschaften sind weitgehend standardisiert (vgl. Tabelle 13).

IN CHF	VISA	MASTERCARD
Standard/Classic	100	100
Gold	170-200	170-200

Tabelle 13: Preisvergleich zwischen Visa und MasterCard, Stand März 2002<sup>53</sup>

311. Identische Preise und Produkteigenschaften allein sind jedoch kein Beleg für mangelnden Wettbewerb. Diese könnten sich auch in einem Gleichgewicht bei intensivem Wettbewerb ergeben. Aus den folgenden Gründen ist jedoch davon auszugehen, dass die identischen Konditionen im vorliegenden Fall nicht das Resultat intensiven Wettbewerbs, sondern von Koordination innerhalb und zwischen den Anbietern sind.

312. Seitdem die Cornèr Banca im Jahr 1998 eine Lizenz für die Herausgabe von MasterCard erhalten hat, bieten sämtliche Herausgeber von Visa- und MasterCard-Kreditkarten beide Marken an (Dual Brand-Ange

<sup>53</sup> Ohne Co-branded-Karten, Firmenkarten, Fremdwährungskarten und UBS Eurocard der vorherigen Payserv.

bot). Auch auf der Händlerseite hat sich das Dual Brand-Acquiring durchgesetzt. Die verschiedenen Kartentypen werden bei den Issuern und Acquirern auf denselben Systemen abgewickelt, so dass die Abwicklungskosten für beide Marken praktisch identisch sind. Seit der Erhöhung der DMIF von MasterCard ist die Interchange Fee von Visa und MasterCard identisch (vgl. Rz. 36). Da die Erträge bei beiden Marken identisch sind, haben die Issuer keinen Anreiz, eine Marke zulasten der anderen zu bevorzugen.

313. Aufgrund des Dual Brand-Issuing sind in den Kreditkarten-Gremien (CC und IAFV), welche unter anderem für die Festsetzung der DMIF verantwortlich sind, dieselben Firmen vertreten. Die Domestic Rules and Regulations von Visa und MasterCard werden in der Schweiz somit von denselben Unternehmen und Personen geregelt (vgl. auch Rz. 35).

314. Zudem ist zu berücksichtigen, dass selbst ein intensiver Wettbewerb zwischen den Vier-Parteien-Systemen nicht automatisch zu einem Wettbewerbsdruck auf die DMIF führen würde. Rochet und Tirole<sup>54</sup> haben gezeigt, dass die Existenz eines Wettbewerbsdrucks auf die DMIF unter anderem davon abhängt, ob die Kreditkarten-Nutzer jeweils nur eine Kreditkarte oder mehrere Kreditkarten von verschiedenen Systemen<sup>55</sup> besitzen. Falls die Kreditkarten-Inhaber jeweils mehrere Karten von unterschiedlichen Kreditkarten-Systemen besitzen, kann ein Händler auf die Akzeptanz eines Kreditkarten-Systems verzichten, ohne Kunden zu verlieren. Eine Erhöhung der Interchange Fee und somit der MSC eines Kreditkarten-Systems führt unter diesen Umständen zu einer Abwanderung zu anderen Kreditkarten-Systemen. Dies führt dazu, dass sich die Kreditkarten-Systeme bezüglich der Interchange Fee konkurrenzieren. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die Karten-Inhaber jeweils nur eine Kreditkarte besitzen. In diesem Fall kann der Händler nicht auf die Akzeptanz eines Kreditkarten-Systems verzichten, ohne Gefahr zu laufen, die Kunden, welche eine Karte des entsprechenden Systems besitzen, zu verlieren.

315. In der Schweiz ist der Anteil der Kunden, die mehrere Kreditkarten von verschiedenen Kreditkartenorganisationen beim selben Issuer bezogen haben, marginal. Er liegt zwischen 0,1% und 3,7%. Angaben über Kunden, welche mehrere Kreditkarten von verschiedenen Systemen bei verschiedenen Issuern bezogen haben, sind nicht verfügbar. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um einen wesentlichen Anteil handelt.

316. Die Visa bestreitet in ihrer Stellungnahme, dass lediglich ein unwesentlicher Anteil der Kunden über mehrere Karten von verschiedenen Issuern verfügen würden. Gemäss einer Umfrage würden 24% der Kunden mindestens eine Karte eines anderen Issuers besitzen. Wie oben jedoch festgehalten wurde (vgl. Rz. 312 f.), ist die Interchange Fee für Visa und MasterCard gleich hoch und wird zudem von denselben Unternehmen und Personen bestimmt. Daher besteht für die Issuer kein Anreiz, Visa oder MasterCard zu bevorzugen. Dies trifft übrigens weitgehend auch für die Händler zu, die für Visa und MasterCard

in der Regel die gleiche Kommission bezahlen. Unter diesen Voraussetzungen würde selbst ein hoher Anteil von Kunden, die sowohl eine Visa- als auch MasterCard-Kreditkarte besitzen, nichts an der Beurteilung ändern.

317. Eine andere Möglichkeit, dass die Interchange Fee durch den Systemwettbewerb beeinflusst wird, besteht dann, wenn die Händler die Kommission an die Kreditkarten-Nutzer überwälzen können. Eine Erhöhung der Interchange Fee würde dazu führen, dass die Kunden für den Einsatz der jeweiligen Kreditkarte mehr bezahlen müssen und wohl auf andere Zahlungsmittel ausweichen würden. Letzteres wird jedoch durch die NDR verhindert.

318. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein limitierter Wettbewerb in der Schweiz auf der Stufe Endpreis zwischen den Acquirern (gegenüber den Händlern) und zwischen den Issuern (gegenüber den Karteninhabern) stattfindet. Dieser Restwettbewerb vermag jedoch die erhebliche Beeinträchtigung bezüglich des Endpreises nicht zu verhindern. Gleichzeitig besteht auch kein Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard, was von den Parteien auch nicht bestritten wurde. Die Drei-Parteien-Systeme vermögen als Nischenplayer keinen Wettbewerbsdruck auf die Vier-Parteien-Systeme ausüben. Gemäss einer Studie des Forschungsinstituts für Empirische Ökonomie und Wirtschaftspolitik der Universität St. Gallen ist der *"... Konkurrenzkampf zwischen international einsetzbaren Kreditkarten, Händlerkarten, Debitkarten und Wertkarten [...] derzeit noch wenig ausgeprägt..."*. Diese Situation hat sich seit der Veröffentlichung der Studie nicht spürbar verändert. Es besteht insbesondere kein wirksamer Wettbewerbsdruck, welcher den Handlungsspielraum bei der Festsetzung der multilateral Interchange Fee (MIF) spürbar einschränkt.

#### B.2.3.5 Zwischenergebnis

319. Die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse hat folgende Resultate zutage gebracht:

320. In qualitativer Hinsicht dient die DMIF der Gewinnsteigerung der Issuer sowie der Erschwerung des Eintrittes in den schweizerischen Markt gegenüber ausländischen Acquirern.

321. Bezüglich der Händlerkommission (MSC) hat auf der Acquiring-Seite in quantitativer Hinsicht - aufgrund des Markteintritts ausländischer Acquirer - ein gewisser Wettbewerb eingesetzt. Dieser hat dazu geführt, dass die Preise seit dem Jahr 2003 tendenziell

<sup>54</sup> ROCHET J.-CH./TIROLE J., Cooperation Among Competitors: The Economics of Credit Card Associations. Center of Economic Policy Research Discussion Paper No. 2101, 2000; zuletzt gefunden unter: <http://www.csio.econ.northwestern.edu/Conferences/CSIO-IDEI-2000/tirole.pdf>

<sup>55</sup> Letzteres wird in der ökonomischen Literatur auch als Multiho-ming bezeichnet.



gesunken sind. Die Profitabilität des Acquiring-Geschäfts hat sich aufgrund von Kostensteigerungen seit 2000 spürbar verschlechtert. Die Margen der Acquirer wurden zusätzlich durch die Erhöhung der DMIF für MasterCard (vgl. Rz. 338) geschmälert. Allerdings wird der Wettbewerb auf der Acquiring-Seite durch die marktmächtige Position der Telekurs Multipay erheblich eingeschränkt. Zudem spielt der Wettbewerb im Acquiring-Geschäft nur auf dem Teil der MSC, welcher nicht von der DMIF-Vereinbarung betroffen ist.

322. Auf der Issuing-Seite konnten seit dem Jahr 2000 steigende effektive Endpreise beobachtet werden. Die Profitabilität des Issuing-Geschäfts hat sich im gleichen Zeitraum spürbar verbessert. Insbesondere wurden Erhöhungen der DMIF nicht an Karteninhaber in Form tieferer Karteninhabergebühren weitergegeben (siehe auch Rz. 348 f.). Trotz der Liberalisierung des Lizenzierungsregimes und Markteintritten infolge der Neuaufteilung des Issuing-Geschäfts von Telekurs Multipay ist keine Intensivierung des Preiswettbewerbs zu beobachten. Schliesslich besteht kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb, welcher den Handlungsspielraum bei der Festsetzung der Interchange Fee spürbar einschränken würde.

323. Aus den obigen Erwägungen kann somit geschlossen werden, dass das multilaterale Verhandeln der DMIF auf Stufe der MSC gegenüber den Händlern und auf Stufe des Endpreises gegenüber den Karteninhabern zwar nicht zu einer Beseitigung, wohl aber zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

#### **B.2.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

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

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

325. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Rechtfertigungsgründe auf verschiedenen Ebenen zu analysieren. Es stellen sich folgende Fragen:

- Gibt es Rechtfertigungsgründe für das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee im Rahmen eines Vier-Parteien-Systems?
- Falls ja, führt das multilaterale Verhandeln tatsächlich zu einer volkswirtschaftlich effizienten Lösung, das heisst zu einer Optimierung des Kreditkartensystems?

326. Vorab kann festgehalten werden, dass die Existenz von Interchange Fees als solche im vorliegenden Verfahren nicht in Frage gestellt wird. Vielmehr ist

das multilaterale Verhandeln von Interchange Fees aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bedenklich. Im Folgenden wird vorerst überprüft, ob das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. In einem zweiten Schritt werden dann die Auswirkungen des multilateralen Systems in der Schweiz analysiert.<sup>56</sup>

#### **B.2.4.1 Multilaterale Verhandlung der Domestic Interchange Fee**

327. Die Parteien vertreten den Standpunkt, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee wirtschaftlich effizient sei. Die Alternative zum multilateralen System würde in der bilateralen Verhandlung von Interchange Fees zwischen Issuern und Acquirern bestehen (vgl. Rz. 141). Dabei kann grundsätzlich zwischen einem reinen bilateralen System und einem bilateralen System mit einer *Default Rate* unterschieden werden. Im Folgenden werden diese beiden Systeme kurz erörtert.

##### **B.2.4.1.1 Bilaterales System**

328. Es könnte vermutet werden, dass sich die Issuer durch den Wegfall der DMIF in einem Wettbewerb untereinander befänden, der zu individuell ausgehandelten und dem Marktpreis entsprechenden Interchange Fees führen würde. Die bilaterale Verhandlung der Domestic Interchange Fee scheint dem Marktsystem auf den ersten Blick am nächsten zu kommen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Verhältnis zwischen Issuer und Acquirer nicht dem üblichen Verhältnis zwischen Geschäftspartnern auf einem Markt entspricht.

329. Aufgrund der HACR der Vier-Parteien-Systeme muss ein Acquirer mit jedem Issuer einen Vertrag abschliessen. Die HACR sieht vor, dass ein angeschlossener Händler sämtliche Karten eines bestimmten Kreditkartensystems akzeptieren muss, unabhängig davon, welcher Issuer die Karte herausgegeben hat. Der Acquirer leitet die Transaktionen jeweils an denjenigen Issuer weiter, der die eingesetzte Karte herausgegeben hat. Der Acquirer hat daher keine Wahlmöglichkeit zwischen den Issuern und muss mit jedem Issuer gezwungenermassen zusammenarbeiten (vgl. Rz. 164).

330. Die Parteien rechtfertigen die HACR damit, dass ohne sie die Verbreitung und damit auch der Nutzen des Zahlungssystems erheblich geschmälert würde. Vor dem Hintergrund, dass einer der wichtigsten Vorteile von Kreditkarten in ihrer weltweiten Akzeptanz (vgl. Rz. 211) liegt, würde der Wert dieses Zahlungsmittels tatsächlich geschmälert, wenn jeder Händler oder gegebenenfalls Acquirer frei wählen könnte, die Kreditkarte eines gewissen Issuers nicht zu akzeptieren. Zudem rechtfertigt sich die HACR auch dadurch,

<sup>56</sup> Der Grund für diese zweiteilige Analyse liegt darin, dass eine Verhaltensweise zwar Produktionskosten senken kann, jedoch den beteiligten Unternehmen gleichzeitig eine Machtposition verschafft, welche durch jene ausgenutzt werden kann.

dass der Acquirer dem Händler garantiert, dass er für sämtliche mit der Kreditkarte getätigten Transaktionen Zahlung leisten wird, ohne Rücksicht auf die Person des Issuers oder des Karteninhabers.

331. Das Resultat bilateraler Verhandlungen ist nur schwer vorhersehbar. Es sind dabei jedoch folgende Punkte zu bedenken:<sup>57</sup>

- Transaktionskosten:

Gemäss den Parteien ermöglicht das multilaterale System rasche und kostengünstige Verhandlungen. Die bei einem bilateralen System anfallenden erheblichen Transaktionskosten, komplexen Vertragsverhandlungen, Systemanpassungs- und Kommunikationskosten können mit dem multilateralen System vermieden werden. Die Anzahl der notwendigen bilateralen Verhandlungen wäre sehr gross, und es würde ein komplexes Preissystem entstehen.

Zwar sind in der Schweiz zurzeit nur wenige Marktteilnehmer aktiv. Die Kosten von bilateralen Verhandlungen sollten entsprechend nicht sehr hoch ausfallen. Da aber auch alle ausländischen Acquirer, die das Acquiring in der Schweiz anbieten wollen, Verträge mit allen schweizerischen Issuern abschliessen müssen, können diese Kosten auch in der Schweiz beträchtlich werden.

- *Hold-up* Problem:

Da ein Acquirer aufgrund der HACR mit jedem Schweizer Issuer gezwungenermassen einen Vertrag abschliessen muss, besitzen die Issuer eine grosse Verhandlungsmacht. Die Acquirer sind dieser weitgehend ausgeliefert, was zu unerwünscht hohen Interchange Fees führen kann.

- Markteintrittsschranken:

Die DMIF erleichtert gemäss den Parteien den in- und ausländischen Acquirern den Markteintritt, indem sie einfach die DMIF übernehmen können und nicht erst mit allen Issuern bilateral verhandeln müssen. Neueinsteiger profitieren somit von Anfang an von denselben Konditionen wie die etablierten Player.

Tatsächlich würde das reine bilaterale System zu hohen Markteintrittsschranken führen, da ein ausländischer Acquirer vor dem Markteintritt mit jedem Schweizer Issuer einen Vertrag abschliessen muss. Dies ist auch der Grund dafür, dass die ausländischen Acquirer in ihren Stellungnahmen das bilaterale System ablehnen. Aufgrund der hohen Marktanteile der Telekurs Multipay und der Tatsache, dass dieses Unternehmen den Issuing-Banken gehört, wäre zudem zu befürchten, dass die Issuing-Banken in der Schweiz nur noch mit Telekurs Multipay Verträge abschliessen würden und somit den schweizerischen Markt abschotten könnten.

332. Zudem bringe die DMIF den Kunden gemäss den Parteien Sicherheit. Ohne eine DMIF wäre die Pflicht zur unbedingten Kartenannahme kaum mehr durchsetzbar, was zur Folge hätte, dass der Karteninhaber nicht mehr sicher sein könnte, dass seine Karte akzeptiert wird, auch wenn der Händler angibt, Kreditkar-

ten dieser Organisation zu akzeptieren. Für den Händler hätte dies zur Folge, dass er auch nicht mehr sicher sein könnte, ob eine Transaktion mit einer bestimmten Karte vom Issuer des Karteninhabers vergütet würde. Schliesslich werde durch die DMIF auch kein Acquirer oder Issuer daran gehindert, individuell den Preis für seine Teildienstleistungen festzusetzen.

333. Aufgrund dieser Überlegungen ist davon auszugehen, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee zu gewissen Effizienzvorteilen gegenüber bilateral ausgehandelten Interchange Fees führt. Es kann insbesondere nicht ausgeschlossen werden, dass ein reines bilaterales System zu einer Erhöhung der Interchange Fees führen würde. Diese Argumente werden vom VEZ nicht in ihrer Tragweite erkannt, wenn er die Rechtfertigung des multilateralen Verhandeln in seiner Argumentation einzig auf das Kriterium der aktuellen Anzahl im Markt vorhandener Issuer beschränkt. Insbesondere bleibt in seinem Vorbringen die Tatsache unberücksichtigt, dass innerhalb der letzten Jahre auch andere Acquirer in den Markt getreten sind.

#### *B.2.4.1.2 Bilaterales System mit Default Rate*

334. Mit einem bilateralen System mit Default Rate liessen sich einige Nachteile bilateralen Verhandlungen mildern. In diesem System würde bei Nichtabschluss eines bilateralen Vertrages die Default Rate zur Anwendung kommen.<sup>58</sup> Als Default oder Fallback Rate wird gemäss den Rules and Regulations von MasterCard und Visa die [...] definiert (vgl. Chapter 9.3.A Visa European Union Regional Operating Regulations, 15 May 2004; Section 18.B.2.6.2 MasterCard International Bylaws and Rules, April 2004).

335. Für Marktteilnehmer bestünde der Vorteil, dass sie die Default Rate anwenden und so langwierige Verhandlungen mit den schweizerischen Issuern vor dem Markteintritt verhindern könnten. Allerdings bestünde für die Acquirer kein Anreiz, in bilateralen Verhandlungen einer Interchange Fee zuzustimmen, welche über der Default Rate liegt. Umgekehrt dürfte auch ein Issuer kaum Interesse haben, eine tiefere Interchange Fee als die Default Rate zu akzeptieren. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass lediglich die Default Rate zur Anwendung käme, wodurch eventuelle Vorteile von bilateralen Verhandlungen nicht zum Tragen kämen. Des Weiteren liegt die Festsetzung der Höhe der Default Rate in der Kompetenz von MasterCard Europe sprl. und Visa Europe Ltd.<sup>59</sup> Diese entspricht folglich nicht oder nur zufällig den schweizerischen Marktgegebenheiten.

<sup>57</sup> Vgl. SMALL J./WRIGHT J., The bilateral negotiation of Interchange Fees in Payment Schemes, mimeo, NECC and University of Auckland, September 2001.

<sup>58</sup> Vgl. auch EU-Entscheidung vom 24. Juli 2002 i.S. Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABI. L 318/17 vom 22.11.2002, Rz. 101.

<sup>59</sup> Zurzeit sind diese tiefer als die geltende DMIF (ca. 0,65%-1,05% für Visa und ca. 0,80%-1,30% für MasterCard).

336. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl ein reines bilaterales System wie auch ein bilaterales System mit Default Rate mögliche Alternativen zu einem multilateralen System wären. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee zu gewissen Effizienzvorteilen gegenüber bilateralen Interchange Fees führt. Ob diese ausreichen, um das multilaterale System angesichts allfälliger negativer Auswirkungen zu rechtfertigen, wird nachfolgend geprüft.

#### **B.2.4.2 Keine Optimierung des Gesamtsystems in der Schweiz**

337. Gemäss den Parteien dient die multilaterale Interchange Fee der Optimierung des Gesamtsystems. Zusammengefasst geben sie folgende Gründe für die Optimierung des Gesamtsystems an:

- In einem Vier-Parteien-System erbringen Issuer und Acquirer den Kunden (Karteninhabern und Händlern) eine gemeinsame, integrierte Dienstleistung. Dadurch, dass der Issuer verschiedene Leistungen erbringt, die über den Acquirer dem Händler zugute kommen, entsteht jedoch ein Ungleichgewicht zwischen den Kosten und Erträgen der beteiligten Issuer und Acquirer. Mit der DMIF werden dem Issuer diese Leistungen abgegolten. Die Interchange Fee verteilt die Einnahmen aus dem System so an die beiden Dienstleistungserbringer, dass sowohl Issuer als auch Acquirer in der Lage und bereit sind, die Dienstleistungen und Investitionen in einem Umfang zu erbringen, durch welchen das Gesamtsystem optimiert werden kann.
- Vier-Parteien-Systeme sind zweiseitige Produkte, die ein für solche Produkte typisches *Chicken-and-egg*-Problem aufweisen. Da für das Funktionieren des Systems sowohl eine hinreichend grosse Anzahl Karteninhaber als auch Händler gewonnen werden muss, können Issuer und Acquirer die Preise ihrer Leistungen nicht unabhängig voneinander festsetzen. Durch die Interchange Fee wird ein *Pricing* ermöglicht, welches zur Attraktivitätssteigerung des gesamten Systems beiträgt.

338. Die angeführten Gründe widerspiegeln einige aus der neueren ökonomischen Literatur zu den Kreditkartenmärkten bekannte Argumente.<sup>60</sup> Im Folgenden wird deshalb auf die Argumente der Parteien sowie auf die unterschiedlichen ökonomischen Sichtweisen bezüglich der Funktion von Interchange Fees eingegangen und jeweils überprüft, ob diese Sichtweisen mit den realen Entwicklungen im schweizerischen Kreditkartengeschäft vereinbar sind. Dabei ist massgebend, dass die Standard Rate der Interchange Fee für MasterCard innerhalb von zwei Jahren um 20% erhöht wurde, was zu einem Anstieg der durchschnittlichen DMIF führte.

339. Einleitend kann aber festgehalten werden, dass in der Vergangenheit solche ökonomischen Überlegungen bei der Festsetzung der DMIF eine untergeordnete Rolle gespielt haben dürften. So wurde zum Beispiel die Erhöhung der DMIF für MasterCard im [...] unter anderem damit begründet, dass eine höhere

DMIF als Abwehrmassnahme gegen den Markteintritt ausländischer Acquirer diene.

#### **a. Dienstleistungsorientierte Sichtweise**

340. Gemäss dieser Sichtweise ist die Interchange Fee eine Abgeltung für Dienstleistungen, welche die Issuer für die Acquirer erbringen und von denen letztlich auch die Händler profitieren (z.B. Kosten für *Transaction Processing* oder *Fraud Prevention*). Die Interchange Fee sollte in diesem Szenario in einem angemessenen Verhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen.

341. In der Schweiz konnte in den letzten Jahren festgestellt werden, dass die Stückkosten der Issuer (Kosten pro Karte) tendenziell gesunken sind. Es konnte jedoch nicht beobachtet werden, dass die Issuer gegenüber den Acquirern neue oder verbesserte Dienstleistungen erbracht hätten, was von den Parteien auch nicht geltend gemacht wurde. Eine Abgeltung in Form einer höheren Interchange Fee scheint folglich zurzeit nicht gerechtfertigt. Die dienstleistungsorientierte Sichtweise vermag die aktuelle Entwicklung in der Schweiz nicht zu erklären.

#### **b. Joint Production-Sichtweise**

342. Nach der Joint Production-Sichtweise erbringen Acquirer und Issuer gemeinsam Dienstleistungen im Bereich des Zahlungsverkehrs für Händler und Konsumenten. Die Interchange Fee dient dazu, den verschiedenen Marktteilnehmern einen fairen Anteil an den Kosten und Erträgen des Gesamtsystems zuzuteilen.

343. Die schweizerischen Issuer konnten in den letzten Jahren aufgrund gesunkener Kosten und gestiegener Erträge ihre Margen erhöhen (vgl. Abschnitt B.4.2.3.2.2). Auf der Seite der Acquirer konnten andererseits sinkende Kommissionssätze, steigende Kosten und somit sinkende Margen beobachtet werden (vgl. Abschnitt B.4.2.3.2.1). Aufgrund der Joint Production-Sichtweise würde man folglich eine Senkung der Interchange Fee erwarten. Entgegen dieser Voraussage wurde die Interchange Fee, wie erwähnt, nicht gesenkt, sondern im Falle von MasterCard sogar erhöht, was gegen die Joint Production-Sichtweise spricht.

#### **c. Netzwerkorientierte Sichtweise**

344. Ein Vier-Parteien-System bildet ein Netzwerk. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem zweiseitigen Markt. Einerseits muss sichergestellt werden, dass Händler Kreditkarten akzeptieren, andererseits muss der Einsatz von Kreditkarten aber auch für Konsumenten attraktiv sein. Der Acquiring- und der Issuing-Markt sind somit interdependent. Die Interchange Fee dient nun dazu, eine optimale Verbreitung des Gesamtsystems zu gewährleisten, in-

<sup>60</sup> Für eine formale Diskussion der im Folgenden angesprochenen ökonomischen Modelle vgl. z.B. den Übersichtsartikel von ROCHET J.-CH./TIROLE J., *The Theory of Interchange Fees: A Synthesis of Recent Contributions*, Review of Network Economics, Vol. 2, Issue 2, June 2003, S. 97-124 und die darin zitierte Literatur.

dem die Gleichgewichte auf den beiden Märkten beeinflusst werden. Durch eine Senkung der Interchange Fee wird die Verbreitung der Akzeptanz bei den Händlern gefördert, durch eine Erhöhung die Verbreitung der Kreditkarte.<sup>61</sup> Dieser Mechanismus kann vereinfacht anhand der folgenden Darstellung vergegenwärtigt werden.

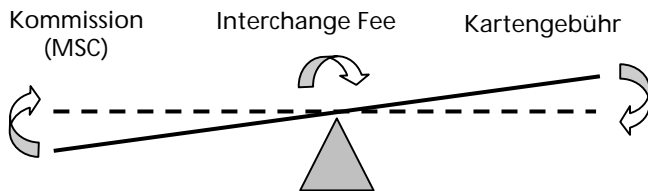


Abbildung 10: Funktionsweise der Interchange Fee

345. Wenn in der dargestellten Situation die Interchange Fee erhöht wird, steigen die Gewinne der Issuer. Falls nun auf dem Issuing-Markt genügend Wettbewerb herrscht, werden diese Gewinne zumindest teilweise in Form einer Senkung der Kartengebühren an die Konsumenten weitergegeben, was normalerweise eine Erhöhung der Nachfrage nach Kreditkarten bewirkt. Auf der anderen Seite schmälert eine Erhöhung der Interchange Fee die Gewinne der Acquirer, was gemäss der netzwerkorientierten Sichtweise eine Erhöhung der Kreditkartenkommissionen der Händler (MSC) nach sich zieht. Dies führt in der Regel zu einem Rückgang der Nachfrage nach Akzeptanzverträgen seitens der Händler. Analog bewirkt die Senkung der Interchange Fee einen Rückgang der Nachfrage nach Kreditkarten und eine Erhöhung der Nachfrage nach Akzeptanzverträgen. Mit Hilfe der Interchange Fee können Netzwerkexternalitäten internalisiert und die beiden Märkte besser aufeinander abgestimmt werden.

346. Die Interchange Fee beeinflusst somit in erster Linie die *Preisstruktur* (d.h. das Verhältnis zwischen den Preisen auf der Acquiring- und Issuing-Seite), aber nicht das *Preisniveau* (die Summe der Preise auf der Acquiring- und Issuing-Seite).<sup>62</sup> Die Höhe der wohlfahrtsoptimalen Interchange Fee wird dabei durch verschiedene ökonomische Faktoren auf dem Issuing- und Acquiring-Markt determiniert. Insbesondere sind dies die Nachfrageelastizität auf den beiden Märkten, die Kosten der Issuer und Acquirer sowie die Netto-Nutzen der Marktteilnehmer.

347. Eine empirische Bestimmung der wohlfahrtsoptimalen Interchange Fee ist aufgrund von weitgehenden Informationserfordernissen jedoch nicht möglich. Trotzdem kann eine überprüfbare Hypothese aus der Theorie abgeleitet werden: Falls die Interchange Fee der Balancierung der beiden Marktseiten zwecks Optimierung des Gesamtsystems dient, sollte - ceteris paribus - jede Erhöhung (Senkung) der Interchange Fee mit einer Erhöhung (Senkung) der Kommissionen für die Händler und einer Senkung (Erhöhung) der Kartengebühren für die Konsumenten einhergehen.

348. In der Schweiz hat die Erhöhung der Interchange Fee auf der Issuing-Seite nicht zu einer Senkung der Kartengebühren geführt. Wie in Randziffer 271 ausgeführt, waren die offiziellen Kartengebühren in den letzten Jahren ausserordentlich stabil, und die effektiv bezahlten Gebühren sind gar angestiegen. Die Stückkosten (Kosten pro Karte) waren dabei im gleichen Zeitraum leicht rückläufig. Dies deutet darauf hin, dass die höheren Einnahmen aus der Interchange Fee nicht an die Konsumenten weitergegeben wurden. Umgekehrt konnten auf der Acquiring-Seite trotz der Erhöhung der Interchange Fee tendenziell sinkende Kommissionen beobachtet werden (vgl. Rz. 246). Dies widerspricht auf den ersten Blick den theoretischen Voraussagen, könnte aber das Resultat einer Überkompensation infolge des gestiegenen Wettbewerbsdrucks durch ausländische Acquirer sein.

#### d. Einwände der Parteien

349. Die Credit Suisse bestreitet in ihrer Stellungnahme generell einen direkten Zusammenhang zwischen der Interchange Fee und den Karteninhabergebühren. Die Interchange Fee würde Kosten und Investitionen zum Beispiel für Betrug widerspiegeln. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Kosten für Betrug nur ca. [...] % der Gesamtkosten im Issuing ausmachen und im betrachteten Zeitraum nicht gestiegen sind. Sie können daher nicht zur Begründung einer Erhöhung der Interchange Fee herangezogen werden. Die angeführten Investitionen haben sich zudem nicht in erhöhten Kosten der Issuer niedergeschlagen. Die Tatsache, dass die Issuer einen Zusammenhang zwischen MIF und Karteninhabergebühren bestreiten, zeigt, dass die MIF seine Ausgleichsfunktion entgegen des theoretischen Modells nicht wahrnehmen kann.

350. Die Parteien bestreiten, dass der bisherige Mechanismus nicht kartellrechtskonform gewesen sei. Sie vertreten die Ansicht, dass die DMIF in einem Vier-Parteien-System notwendig und effizient sei. Dies folge schon aus der Tatsache, dass es keine effiziente Alternative zum multilateralen Verhandeln gebe.

351. Die Tatsache, dass bilaterale Verhandlungen nicht effizient wären, heisst jedoch nicht, dass die multilaterale Verhandlung der Interchange Fee in jedem Fall gerechtfertigt ist. Es muss insbesondere das Prinzip der Verhältnismässigkeit beachtet wer-

<sup>61</sup> Die Interchange Fee kann auch negativ sein, d.h. vom Issuer an den Acquirer bezahlt werden, wie z.B. bei Debitkarten in einzelnen Ländern.

<sup>62</sup> Dies trifft insbesondere dann zu, wenn auf beiden Seiten vollkommener Wettbewerb herrscht und Veränderungen der Interchange Fee ganz an die Händler und Karteninhaber weitergegeben werden. Im Oligopol-Fall werden Veränderungen der Interchange Fee in der Regel nicht vollumfänglich an die Händler bzw. Karteninhaber weitergegeben, so dass eine Veränderung der Interchange Fee das Preisniveau beeinflusst. Die Modelle gehen jedoch davon aus, dass zwischen der Interchange Fee und den Karteninhabergebühren eine negative Beziehung besteht, d.h., dass Erhöhungen der Interchange Fee zumindest teilweise über tiefere Gebühren an Karteninhaber weitergegeben werden.

den. Dieses ist, wie oben ausgeführt wurde, gegenwärtig nicht gewahrt. Ein multilaterales Verhandeln der Interchange Fee kann somit nicht in jedem Falle als kartellrechtlich unbedenklich betrachtet werden.

352. Des Weiteren bestreiten die Parteien, dass die DMIF als Mittel zur Rentenerzielung und Gewinnverschiebung diene. Sie begründen ihre Aussage mit dem Argument, dass - wenn dem so wäre - Drei-Parteien-Systeme, welche keine Interchange Fee kennen, günstiger sein müssten als Vier-Parteien-Systeme. Zudem hätten die Kostenrechnungen gezeigt, dass die geltende Standard-DMIF den operationellen Vollkosten entspreche und keine Renten- oder Gewinnverschiebungsanteile enthalte. Die DMIF in den Nachbarländern würden sich auf vergleichbarem Niveau bewegen. Konkurrenz von anderen Zahlungssystemen begrenze zudem den Spielraum zur Festsetzung der DMIF. Ausserdem sei der Beobachtungszeitraum relativ kurz gewählt.

353. Vorliegend wurde ausführlich dargelegt, wie die DMIF in ihrer bisherigen Form als Mittel zur Rentenerzielung dient (Rz. 348). Ein Vergleich mit den Drei-Parteien-Systemen ist nicht angebracht, da deren Kosten schon aufgrund der massiv kleineren Verarbeitungsvolumina nicht mit denen der Vier-Parteien-Systeme vergleichbar sind. Aus den Kostenrechnungen allein lassen sich keine Rückschlüsse auf Rentenanteile ziehen, da auch die Einnahmen aus Karteninhabergebühren berücksichtigt werden müssen. Die Untersuchung hat in diesem Zusammenhang ergeben, dass die Rentabilität der Issuer in den letzten Jahren stark gestiegen ist. Es trifft zwar zu, dass die optimale Interchange Fee in der Praxis in einem "Trial and Error"-Verfahren bestimmt werden muss. Aus der Theorie lassen sich jedoch klare Voraussagen ableiten, in welche Richtung die Interchange Fee angepasst werden müsste. Die in der Praxis erfolgte Erhöhung der Interchange Fee stimmt nicht mit diesen Voraussagen überein, wie oben ausführlich dargelegt wurde. Der relativ kurze Beobachtungszeitraum ergibt sich daraus, dass die Kartengremien erst seit 2001 in der heutigen Form existieren. Zudem erschweren strukturelle Veränderungen im Issuing einen Vergleich mit früheren Jahren.

354. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Erhöhung der Interchange Fee, insbesondere auf der Issuing-Seite, nicht zu den theoretisch vorausgesagten Effekten geführt hat. Insbesondere wurden entgegen den Erwartungen, wie aus der netzwerkorientierten Sichtweise abzuleiten wäre, die Kartengebühren nicht gesenkt. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die gegenwärtig praktizierte Interchange Fee einer Ausbalancierung der beiden Seiten zwecks Optimierung des Gesamtsystems dient.

#### **B.2.4.3 Zwischenergebnis**

355. Aus den obigen Erwägungen folgt, dass keine Rechtfertigungsgründe für das multilaterale Verhandeln von Interchange Fees in der Schweiz, wie es zurzeit ausgestaltet ist, bestehen. So ist aufgrund der Sachverhaltsfeststellung auszuschliessen, dass die DMIF als reiner Geldtransfer zwischen Acquirer und

Issuer ausschliesslich der Optimierung des Gesamtsystems im ökonomischen Sinne dient. In der ökonomischen Literatur finden sich grundsätzlich drei unterschiedliche Betrachtungsweisen bezüglich der Funktion von Interchange Fees: der dienstleistungsorientierte, der Joint Production und der netzwerkorientierte Ansatz. Die Angaben der Parteien enthalten Elemente sämtlicher dieser drei Ansätze. Die realen Entwicklungen im schweizerischen Kreditkartengeschäft sind jedoch mit den aus den theoretischen Modellen abgeleiteten Voraussagen nicht vereinbar. In den letzten Jahren konnte in der Schweiz eine Erhöhung der DMIF beobachtet werden, währenddem die aktuelle Marktsituation im Issuing- und Acquiring-Geschäft gemäss den besprochenen Sichtweisen eher eine Senkung, mit Bestimmtheit jedoch keine Erhöhung der DMIF impliziert hätte.

356. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die erfolgte Erhöhung der DMIF einerseits der Generierung zusätzlicher Einnahmen für die Issuer und andererseits der Erschwerung des Eintrittes in den schweizerischen Markt für ausländische Acquirer diene, anstatt eine Ausgleichsfunktion zwischen den beiden Märkten wahrzunehmen (vgl. Rz. 143).

357. Die multilaterale Vereinbarung der DMIF kann in ihrer bisherigen Ausgestaltung, wie sie je von den Issuern und Acquirern in den beiden relevanten Märkten umgesetzt wird, nicht durch Effizienzgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden.

### **B.3 Einvernehmliche Regelung**

358. Im Rahmen des Verfahrens haben die Parteien unter sich und gegenüber dem Sekretariat eine Reihe von Verpflichtungserklärungen abgegeben. Dieses hat die Erklärungen in einer einvernehmlichen Regelung abgefasst und gemeinsam mit den Parteien unterzeichnet (vgl. Rz. 64 ff. und Anhänge 1-4). Das Sekretariat beantragte gegenüber der Weko, die einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG zu genehmigen. Eine Genehmigung durch die Weko kann dann erfolgen, wenn die getroffenen Verpflichtungszusagen die kartellrechtlichen Bedenken zu beseitigen vermögen. Dies ist vorliegend zu prüfen.

#### **B.3.1 Ziel der einvernehmlichen Regelung**

359. Das Ziel der einvernehmlichen Regelung ist es, die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln zu beseitigen und gleichzeitig die Effizienzvorteile des multilateralen Systems zu bewahren. Mit den vorgesehenen Massnahmen soll der wirksame Wettbewerb im Bereich der Kreditkarten wieder hergestellt werden.

360. Die einvernehmliche Regelung besteht aus vier Elementen:

- a. Objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der multilateralen Interchange Fee;
- b. Abschaffung des Verbots der Preisdiskriminierung;
- c. Offenlegung der Interchange Fee;

d. Verbot des Austauschs statistischer Daten in den Kartengremien.

361. Sie beschränkt das multilaterale Vorgehen auf die Festsetzung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF. Das heisst konkret, dass es den Issuern erlaubt ist, branchen- und transaktionsspezifische Interchange Fees gemeinsam festzusetzen. Im Gegensatz zur bisherigen Abrede dürfen diese Interchange Fees aber in ihrem Durchschnitt, gemessen am branchen- und transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen, nicht höher sein als die dDIF, welche sich aus den eigentlichen Netzwerkkosten ergibt. Alle übrigen Leistungen, welche das Verhältnis zwischen Karteninhaber und Issuer betreffen, werden künftig dem Wettbewerb ausgesetzt.

362. Darüberhinaus sind die Händler aufgrund der Abschaffung der NDR-Klausel frei, die Netzwerkkosten, welche in die Berechnung der DMIF einfließen, entweder selbst zu tragen oder den Karteninhabern ganz oder teilweise zu überwälzen. Diese wiederum haben die Wahl, mit ihrer Kreditkarte den allfälligen Aufschlag oder aber durch Verwendung eines anderen Zahlungsmittels einen tieferen Preis zu bezahlen.

363. Im Folgenden werden die einzelnen Massnahmen der einvernehmlichen Regelung näher beschrieben.

### **B.3.2 Inhalt der einvernehmlichen Regelung**

#### **B.3.2.1 Festlegung der DMIF in einem multilateralen Verfahren**

##### **B.3.2.1.1 Effizienzgründe einer multilateralen Vereinbarung**

364. Wie vorstehend gezeigt wurde (vgl. Rz. 327 ff.) ist die multilaterale Vereinbarung der DMIF nicht per se mit dem Kartellgesetz unvereinbar. Sie kann grundsätzlich durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden, muss sich aber auf die objektiven Netzwerkkosten beschränken.

365. Aus der vorstehenden Analyse folgt, dass bilaterale Verhandlungen keine effiziente Alternative zum multilateralen Verhandeln darstellen (vgl. Rz. 327 ff.). Im Gegenteil kann das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee im vorliegenden Fall zu einer grösseren Effizienz führen. In der bis anhin praktizierten DMIF-Vereinbarung ist jedoch die Beschränkung auf die objektiven Netzwerkkosten nicht garantiert, da eine Aushandlung zwischen den Parteien nach anderen Kriterien erfolgt. Es ist deshalb sicherzustellen, dass die multilaterale Vereinbarung der DMIF auf die reinen Netzwerkkosten beschränkt bleibt.

366. Die dafür geeignete Massnahme ist die Einführung eines objektivierten Verfahrens zur Festlegung der DMIF. Mit der Beschränkung der Festlegung der DMIF auf die effektiven Netzwerkkosten kann verhindert werden, dass die Issuer via Acquirer überhöhte Interchange Fees auf die Händler abwälzen. Die Berechnungsmethode der dDIF, welche sich aus dem Durchschnitt der issuerspezifischen Domestic Interchange Fee ergibt, enthält dabei einen wettbewerbsorientierten Ansatz. Wollen die Issuer nämlich die nach dem Kostenraster definierten Netzwerkkosten

decken, so sind sie gezwungen, diese unter der dDIF zu halten. Kosten, welche für das Funktionieren des Kreditkarten-Netzwerkes nicht notwendig sind, müssen zudem von den Issuern anderweitig gedeckt werden. Dieses Vorgehen zwingt die Issuer, die Mindereinnahmen aus der sinkenden DMIF durch eine Senkung ihrer Gesamtkosten auszugleichen.

367. Im Weiteren wurde bereits festgestellt, dass auf der Acquiring-Seite zwei Marktteilnehmer (Telekurs Multipay und Aduno) an den Verhandlungen beteiligt waren, welche im Besitze der Issuer sind (vgl. Rz. 251 ff.). Gemäss den Aussagen der Telekurs Multipay erfolgte die interne Festlegung der Verhandlungsstrategie bezüglich der DMIF im Rahmen [...]. Aufgrund der Tatsache, dass die Telekurs Holding ein Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken ist und somit auch die Issuing-Banken im Verwaltungsrat der Telekurs Holding sitzen, ist nicht sichergestellt, dass Issuer und Acquirer in den DMIF-Verhandlungen unterschiedliche Interessen vertreten. So wurde zum Beispiel die Erhöhung der DMIF für MasterCard im Verwaltungsrat der Telekurs Multipay unter anderem mit der [...] begründet. Gemäss Telekurs Multipay wird ihre Unabhängigkeit gegenüber den Issuern verkannt. Da dieser Vorwurf jedoch nicht näher begründet wird, kann an dieser Stelle auch nicht darauf eingegangen werden.

368. Keine Lösung stellt das vom VEZ vertretene Verursacherprinzip dar, nach welchem sämtliche Systemkosten dem Karteninhaber auferlegt werden müssten. An einer Kreditkartentransaktion sind nicht nur Karteninhaber, sondern eben auch die Händler, welche die Kreditkarte zur Zahlung akzeptieren, beteiligt. Eine Überwälzung sämtlicher Kosten auf die Kreditkarteninhaber würde den Umstand ausser Acht lassen, dass das Kreditkarten-System auch den Händlern zu Nutzen kommt. Die vom VEZ vertretene Ansicht ist deshalb nicht sachgerecht. Im Übrigen obliegt es nicht der Behörde, über die Auferlegung der gesamten Systemkosten zu entscheiden. Diese Entscheidung ist dem Markt zu überlassen. Voraussetzung hierfür ist, dass der Markt auch tatsächlich funktioniert. Hierfür bedarf es einerseits einer genügenden Transparenz und andererseits auch einer Wahlfreiheit für den Konsumenten zwischen verschiedenen Zahlungsmitteln.

##### **B.3.2.1.2 Objektivierung der Kostenaufteilung**

369. Die einvernehmliche Regelung definiert eine Obergrenze für die DMIF basierend auf bestimmten Kosten der Issuer. Dadurch ist der Spielraum der Issuer bei der Festsetzung der Interchange Fee nach oben begrenzt. Zudem besteht für diese ein Anreiz zur Kostensenkung, da die Interchange Fee auf dem Durchschnitt der Kostenelemente sämtlicher Issuer beruht (vgl. Rz. 366). Die relevanten Kosten werden im Folgenden näher erläutert:

370. Die multilaterale Festsetzung der DMIF durch die Parteien darf nur jene Kosten berücksichtigen, welche direkt mit dem Betreiben des Kreditkarten-Netzwerkes verbunden sind, also reine Netzwerkkosten. Als solche Kosten sind im Kostenraster vor allem die Positionen unter *Network Operations and Deve-*

*lopment* zu bezeichnen. Die anderen Kosten, insbesondere für *Value-added Services*, sind demgegenüber mit zusätzlichen Dienstleistungen verbunden, die nicht systeminhärent sind. Solche Dienstleistungen sind für das Funktionieren des Kreditkarten-Netzwerkes nicht erforderlich. Deshalb dürfen diese nicht über die DMIF gedeckt werden, sondern müssen denjenigen Akteuren direkt verrechnet werden, welche von ihnen profitieren. Durch die Objektivierung der Kostenaufteilung und eine entsprechende Gewichtung der issuerspezifischen Kosten bei der Ermittlung der dDIF (als so genannter Benchmark für die Anpassung der ActDMIF) wird entgegen der Ansicht des VEZ eine Methode gewählt, die es gerade verhindert, dass die Issuer überhöhte Kosten anführen, da die gemeinsam festgelegten branchen- und transaktionsspezifischen DMIF-Sätze (und damit auch die Einnahmen aus der DMIF) nach oben durch die dDIF beschränkt werden. Die Issuer können sich dem Kostendruck gerade nicht entziehen.

371. Insbesondere sind die Kosten für die zinsfreie Periode (*Cost of Funds*) keine systeminhärente Kosten. Diese Kosten stehen nicht in Beziehung mit dem Zahlungsmechanismus als solchem, sondern sind als Kreditdienstleistung zu bezeichnen, welche die Issuer ihren Kunden auf bilateraler Basis anbieten. Zudem stehen sie in keiner Beziehung zu einem Vorteil, von dem die Händler kollektiv profitieren würden. Auch wenn der Konsum aufgrund der zinsfreien Periode eventuell zeitweise eine Steigerung erfährt, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Effekt auf die Dauer zu einem Anstieg der Umsätze der Händler führt. Die zinsfreie Periode ermöglicht den Kunden lediglich den vorgezogenen Konsum von Gütern und Dienstleistungen.

372. Dasselbe gilt für die Kosten für Kreditverluste im Rahmen der Zahlungsgarantie (*Payment Guarantee for Credit Write Offs*). Letztere entstehen dadurch, dass der Kreditkarteninhaber Verpflichtungen eingetht, die seine finanziellen Möglichkeiten übersteigen. Auf die Höhe der Kreditverluste im Rahmen der Zahlungsgarantie hat der Händler keinen Einfluss. Insbesondere hat der Händler keine Möglichkeit, die Bonität des Karteninhabers zu überprüfen. Ist eine Transaktion vom Issuer autorisiert, muss der Händler davon ausgehen, dass der Kreditkarteninhaber in der Lage ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Aufgrund der HACR ist der Händler zudem verpflichtet, jeden Kunden, welcher mit Kreditkarte bezahlt, unabhängig von der Frage seiner Bonität zu akzeptieren. Die Überprüfung der Bonität eines Kreditkarteninhabers liegt daher in der Verantwortung des Issuers/Finanzinstitutes. Eine Überwälzung der Kosten für Kreditverluste auf die DMIF setzt den Issuern/Finanzinstituten folglich den Anreiz, die Anforderungen an die Bonität der Karteninhaber tiefer anzusetzen, als wenn sie selber für die finanziellen Konsequenzen von Kreditverlusten aufkommen müssten. Es liegt folglich ein klassisches Problem asymmetrischer Informationen vor, welches in der ökonomischen Literatur unter dem Namen *Moral Hazard* bekannt ist. Zudem handelt es sich bei diesen Kosten nicht um inhärente Kosten des Kreditkarten-Systems.

Kreditverluste betreffen das bilaterale Verhältnis zwischen Issuer und Karteninhaber und sollen deshalb nicht über die DMIF gedeckt werden.

373. Entsprechend können auch die Kosten für *Collection and Legal* nicht in der DMIF berücksichtigt werden. Gemäss den Erklärungen der Parteien zum Kostenraster beinhaltet die Position *Collection and Legal* die allgemeinen Kosten für das Eintreiben (Inkasso, Beteiligungen etc.) von nicht bezahlten Kreditkartenrechnungen. Das Ausmass der Anstrengungen in diesem Bereich beeinflusst folglich die Position *Payment Guarantee for Credit Write Offs*. Sollte nur die Position *Collection and Legal* der DMIF anrechenbar sein, besteht der Anreiz, dass dieser Bereich übergebührlich ausgebaut wird, da diese Kosten auf die Händler überwälzt werden können, während Kreditverluste selber übernommen werden müssen.

374. Auch nicht unter die Definition der Netzwerkkosten fallen die Kosten für das *Merchant Marketing* und die *Spend Incentives*. *Merchant Marketing* kann und sollte den Händlern direkt verrechnet werden. Ansonsten zahlen Konkurrenten für spezifische Werbekampagnen einzelner Händler mit. Zudem sollen Händler selber entscheiden können, wie viel sie in Marketing investieren wollen. *Spend Incentives* betreffen das bilaterale Verhältnis zwischen Karteninhaber und Issuer. Es ist nicht einzusehen, wieso solche *Spend Incentives* zu einer Erhöhung des generellen Konsums führen sollten. Eher kann angenommen werden, dass sie zu einer Verlagerung zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln seitens der Konsumenten führen. Der Händler selbst profitiert jedoch kaum von einem höheren Karteneinsatz.

375. Schliesslich ergeben sich verschiedene Probleme bezüglich der Abgrenzung von netzwerkspezifischen Gemeinkosten (*Overhead Costs*). Die Definition eines einheitlichen Schlüssels zur Bestimmung der anrechenbaren Gemeinkosten scheint aufgrund der verschiedenen Buchführungen schwer umsetzbar, und es müsste mit wesentlichen Verzerrungen zwischen den Issuern gerechnet werden. Aus diesen Gründen wurde mit den Parteien für die Gemeinkosten eine Pauschale von 3% der relevanten Kosten zur Bestimmung der Interchange Fee vereinbart.

376. Das Vorbringen des VEZ, wonach die Telekurs Multipay in ihren jüngsten Preismodellofferten separat Kosten (in casu "Fraud Losses") veranschlage, welche aber bereits in der DMIF integriert seien, kann aufgrund der Aktenlage nicht geprüft werden. Dies ändert aber nichts am Umstand, dass die Ermittlung der durchschnittlichen DMIF, wie sie von der einvernehmlichen Regelung vorgesehen wird, zu einer Objektivierung der Kostenaufteilung führt. Zusammen mit der Verpflichtung der Acquirer, jedem Händler auf Anfrage hin die für ihn gültigen branchen- und transaktionsspezifischen DMIF offen zu legen, und der Aufhebung des Verbot der Preisdifferenzierung erhält der Händler genügend Mittel, Druck gegen die Acquirer auszuüben, um die MSC möglichst tief zu halten.

377. Auch die Behauptung, die domestischen Kreditkartentransaktionen müssten billiger sein als grenz-

überschreitende, da dies ein allgemeiner Grundsatz im Zahlungsverkehr darstelle, kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist klarzustellen, dass Gegenstand der vorliegenden Untersuchung lediglich die DMIF für domestische Transaktionen sind, und nicht der grenzüberschreitende Zahlungsverkehr. Sodann werden gemäss einvernehmlicher Regelung (vgl. Ziff. A. Bst. b) lediglich die Kosten für das inländische Retailgeschäft in die Berechnung miteinbezogen.

378. Das aufgrund dieser Überlegungen vereinbarte Kostenraster ist im Anhang 2 dargelegt. Der Anhang 3 definiert zudem die verschiedenen Kostenelemente.

### **B.3.2.1.3 Resultat und Situierung im Kontext**

379. Gestützt auf die Eingaben der Parteien hat die Weko die dDIF für die Implementierungsphase sowie die ActDMIF errechnet und dabei folgende Werte erhalten:

- dDIF: [1,3%-1,35%]
- ActDMIF: [1,65%-1,7%]

380. Die Weko geht davon aus, dass diese beiden Werte nicht von den Werten abweichen, die sich auf Grundlage der von den Revisionsgesellschaften noch zu attestierenden und einzureichenden Kostenraster (Punkt b4 der einvernehmlichen Regelung) ergeben werden. Zusätzlich zur Genehmigung der einvernehmlichen Regelung wird deshalb angeordnet, die DMIF ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheides innerhalb von drei Jahren auf den Wert von [1,3%-1,35%] zu senken. Die Issuer haben sich, mit Ausnahme der Cornè Banca, welche die Anordnung der Senkung lediglich unter dem Vorbehalt des Verzichts auf eine Befristung akzeptiert, mit diesem Vorgehen einverstanden erklärt.

381. In seinen Stellungnahmen beantragte der VEZ die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung lediglich unter der Bedingung, dass die DMIF analog dem Visa-Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002 innerhalb von drei Jahren schrittweise auf 0,7% gesenkt respektive spätestens per 1. Januar 2008 auf diesem Niveau fixiert werde (vgl. auch Rz. 64). Er weist dabei auf die von ihm vorgebrachten, in verschiedenen Ländern erhobenen DMIF der Handelsbranche, welche gemäss seiner Aussage, die von einzelnen Parteien bestritten werden, wesentlich tiefer seien als die für die Schweiz geltenden DMIF.

382. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Aussagen des VEZ und der Parteien zu den ausländischen DMIF aufgrund der Beweislage und der Tatsache, dass der VEZ und die Parteien eine gegenseitige Offenlegung der Daten verweigern, nicht überprüft werden kann. Eine Würdigung würde zudem erfordern, dass entsprechende Tatsachen im Ausland erhoben würden. Die Weko verfügt über Angaben, namentlich von MasterCard Europe sprl., zu den DMIF in europäischen Ländern. Diese wurden von MasterCard Europe sprl. ebenfalls als Geschäftsgeheimnis bezeichnet. Aufgrund dieser Informationen ergibt sich jedoch, dass die Behauptung des VEZ, die DMIF liege in der Schweiz im Vergleich zu den ausländischen Staaten wesentlich höher, nicht zutrifft. Tatsächlich situiert

sich die DMIF zurzeit im Mittelfeld. Nach Implementierung der einvernehmlichen Regelung wird sie zudem noch weiter sinken.

383. Auch der vom VEZ angeführte Vergleich vermag im vorliegenden Fall für die Behauptung, die DMIF in der Schweiz sei wesentlich höher als in anderen europäischen Ländern, keinen Beweis zu erbringen. Bei den für den Vergleich verwendeten ausländischen DMIF handelt es sich jeweils gerade nicht um die Standard-DMIF von MasterCard und Visa, sondern um die branchen- und transaktionsbezogenen DMIF-Sätze, welche teilweise deutlich tiefer liegen. Ein sachgerechter Vergleich würde voraussetzen, dass die ausländischen Werte den in der Schweiz korrespondierenden DMIF-Branchensätzen gegenübergestellt würden. Die entsprechenden Werte (so unter anderem auch bei den Supermärkten) sind aber auch in der Schweiz teilweise erheblich tiefer als der für Visa und MasterCard geltende Standard-Satz von 1,8%.

384. Ein Vergleich mit ausländischen Domestic Interchange Fees ist überdies ohnehin problematisch. In Randziffer 344 wurde gezeigt, dass die Interchange Fee nach den theoretischen Modellen dazu dient, das Gesamtsystem optimal zu verbreiten, in dem die Gleichgewichte auf den beiden Märkten beeinflusst werden. Je nach Marktsituation müsste die Interchange Fee nämlich dazu genutzt werden, entweder die Nachfrage auf dem Issuing-Markt oder auf dem Acquiring-Markt auszuweiten. Die Frage, auf welcher Seite die Nachfrage gerade beeinflusst werden soll, wäre dabei von Land zu Land unterschiedlich zu beantworten und hängt innerhalb der beiden Kreditkartensysteme von zahlreichen Faktoren ab, so beispielsweise der Anzahl Anbieter auf beiden Seiten des Netzwerkmarktes, der bestehenden Netzwerkinfrastruktur, des Umfangs der angebotenen Dienstleistungen und auch der Preiselastizität der Nachfrage. Deshalb lässt sich auch erwarten, dass in anderen Ländern unterschiedliche DMIF zur Anwendung kommen. Zudem kann beispielsweise in Ländern mit einer starken Verbreitung der Kreditkarte und hoher Nutzung der Kreditfunktion ein grosser Teil der Issuing-Kosten durch Zinseinnahmen abgedeckt werden, was sich auch auf die DMIF auswirken muss.

385. Aus diesem Grunde sind auch die Argumente des VEZ unzutreffend, wonach die DMIF für domestische Transaktionen tiefer sein müsste, als für internationale und wonach Schweizer Händler diskriminiert würden, indem Letztere für eine Transaktion mit einer in der Schweiz ausgestellten Kreditkarte lediglich mit einer DMIF von 0,7%, ein Schweizer Händler hingegen mit 1,8% belastet werde. Die MSC basiert auf einer Mischrechnung, welche in Abhängigkeit des Transaktionsvolumen die domestischen DMIF-Sätze wie auch die grenzüberschreitenden Interchange Fee-Sätze berücksichtigt. Aus den der Weko vorliegenden Informationen gehen im Übrigen keine Indizien hervor, dass in den anderen europäischen Ländern die MSC nach domestischen und grenzüberschreitenden Transaktionen differenziert würde.

386. Im Weiteren hat die EU-Kommission im Visa-Entscheid lediglich ein Kostenelement unter vielen, in



casu die Interchange Fee für grenzüberschreitende Transaktionen, festgelegt. Dieses Kostenelement wird zwar in der Kalkulation der Händlerkommission durch die Acquirer berücksichtigt. Aus dieser Teilregelung können aber keine Aussagen über das Funktionieren des Gesamtsystems und insbesondere über die DMIF-Höhe in einzelnen EU-Mitgliedstaaten gemacht werden.

387. Auch die bisherigen Veröffentlichungen des britischen Office of Fair Trading (OFT) zum hängigen Verfahren gegen MasterCard UK Members Forum Ltd. (MMF),<sup>63</sup> auf welche sich der VEZ unter anderem bezieht, lassen nicht darauf schliessen, dass das OFT eine Oberlimite einführen wird: *"The OFT accepts that, in principle, a collective agreement on the level of a multilateral interchange fee could benefit consumers and satisfy all exemption conditions if set at an appropriate level. The MMF MIF could have satisfied all exemption conditions if set at a level no greater than the costs of the payment transmission services (such as the costs of processing transactions) incurred by issuers."*

388. Ebenso hat das vom VEZ zitierte spanische Gericht bisher nicht über eine Fixierung der Oberlimite entschieden.<sup>64</sup> Zwar zielen bestimmte Überlegungen in diese Richtung, gleichzeitig aber beabsichtigt es auch, die domestische Interchange Fee auf eine objektivierte Berechnungsgrundlage zu stellen.

389. Das Kartellgesetz sieht letztlich keine Bestimmungen vor, aufgrund welcher Unternehmen gezwungen werden könnten, Produkte oder Dienstleistungen unter den Produktionskosten anzubieten. Hingegen schliesst das Gesetz nicht aus, im Rahmen der Verhaltenskontrolle Massnahmen anzuordnen, welche sich an den unternehmerischen Kosten orientieren. Dies geschieht mit der vorgesehenen Regelung.

390. Der VEZ behauptet in diesem Zusammenhang, dass die Issuer im vergangenen Jahr eine Kartellrente von CHF 75 Mio. erzielt hätten. Diese Behauptung ist nicht weiter substantiiert und trifft kaum zu. Sie kann und muss von der Weko im vorliegenden Verfahren auch nicht überprüft werden. Das vorliegende Verfahren ist ein altrechtliches Verfahren, bei dem es um die Wiederherstellung des kartellrechtskonformen Zustands geht (vgl. auch B.4 Sanktionierung). Schäden, welche der VEZ sowie andere Wirtschaftsteilnehmer in der Vergangenheit erlitten zu haben glauben, werden dadurch nicht berührt. Über diese Frage muss allenfalls der Zivilrichter auf entsprechende Klage der Betroffenen hin entscheiden.

### **B.3.2.2 Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung**

391. Der Kreditkarten-Akzeptanzvertrag der Händler sieht ein Preisdifferenzierungsverbot (NDR) vor. Danach verpflichten sich die Händler, eine Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels zu unterlassen. Den Händlern ist somit eine Überwälzung der MSC auf den Kreditkarteninhaber oder die Gewährung eines Preisnachlasses bei Verwendung eines anderen Zahlungsmittels durch den Kunden untersagt. Die

Klausel schliesst auch eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Kreditkarten-Systemen aus.

392. Mit Entscheid vom 18. November 2002 hat die Weko die Unzulässigkeit dieser Klausel festgestellt.<sup>65</sup> Die Acquiring-Unternehmen haben gegen diesen Entscheid Rekurs eingereicht. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko/WEF) hat am 9. Juni 2005 in dieser Frage entschieden.<sup>66</sup> Obwohl im Frühjahr 2004 Visa und MasterCard Europe sprl. die NDR in der EU aufgehoben haben, wird sie in der Schweiz gegenwärtig noch angewendet.

393. Die Acquirer verpflichten sich in der einvernehmlichen Regelung, den Text ihrer Kreditkarten-Akzeptanzverträge so anzupassen, dass es dem Händler jederzeit und ohne Einschränkung möglich ist, den Kunden auf die zur Verfügung stehenden Zahlungsmöglichkeiten und deren allfälligen Zusatzkosten aufmerksam zu machen. Es ist dem Händler jederzeit und ohne Einschränkung auch zu gestatten, Rabatte für den Gebrauch bestimmter Zahlungsmittel zu gewähren.

### **B.3.2.3 Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees**

394. Wie bereits erwähnt, wird die Interchange Fee von den Acquirern auf die MSC überwälzt. Die MSC besteht folglich aus zwei Komponenten, der Interchange Fee und der Entschädigung für die erbrachten Leistungen des Acquirers. Im Durchschnitt der befragten Händler betrug der Anteil der DMIF an der MSC rund 70%. Sie stellt somit eine wichtige Preiskomponente der MSC dar.

395. Zum heutigen Zeitpunkt ist es für den einzelnen Händler nicht ersichtlich, wie hoch der Anteil der entsprechenden Interchange Fee an der von ihm zu entrichtenden MSC ist. Entsprechend kann er auch keinen Druck auf den Acquirer ausüben, die Interchange Fee möglichst tief zu halten. Folglich besteht im heutigen System kaum ein Anreiz für die Acquirer, sich in den Verhandlungen mit den Issuern für tiefe Interchange Fees einzusetzen.

396. Im Rahmen der einvernehmlichen Regelung haben sich die Acquirer nunmehr verpflichtet, die jeweils angewandte branchen- sowie transaktionsbezogene DMIF gegenüber betroffenen Händlern auf Anfrage hin bekannt zu geben.

<sup>63</sup> Entscheid des OFT vom 6. September 2005 i.S. MasterCard UK Members Forum Ltd. (MMF); zuletzt unter: <http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/6CC8A113-4BA9-49C7-992E-01C0A74055B0/0/oft811.pdf>.

<sup>64</sup> Entscheid des spanischen Tribunal de Defensa de la Competencia vom 11. April 2005 i.S. SERVIRED, Rz. 10, zuletzt gefunden unter: <http://www.tdcompetencia.es/PDFs/resoluciones/2005/2016.pdf>.

<sup>65</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.

<sup>66</sup> Entscheid Reko/WEF vom 9. Juni 2005 i.S. Telekurs Multipay AG/Weko, RPW 2005/3, S. 530 ff.

### **B.3.2.4 Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien**

397. Wie bereits erwähnt, ist der Issuing-Markt in der Schweiz ein sehr konzentrierter Markt (vgl. Abschnitt B.4.2.3.2.2). Bereits durch diese hohe Marktkonzentration besteht eine Kollusionsgefahr zwischen den Issuern. Im Rahmen der multilateralen Verhandlungen tauschen sowohl die Issuer als auch die Acquirer zudem quartalsweise marktrelevante Daten aus, insbesondere Umsätze der Issuer pro Brand und Anzahl Karten pro Issuer und Brand. Gemäss der UBS dient der Informationsaustausch den Beteiligten dazu, sich "einen Überblick über die Marktentwicklung" zu verschaffen, ohne jedoch Rückschlüsse auf das Geschäftsverhalten der einzelnen Unternehmen zuzulassen.

398. Der Austausch von firmenspezifischen Daten kann bekanntlich die Kollusion fördern. Der Grad an Markttransparenz ist entscheidend für die Geschwindigkeit, mit welcher sich die Marktteilnehmer über marktrelevante Aktivitäten ihrer Konkurrenten informieren können. Sie trägt zur Stabilität von Kollusion bei, indem abweichendes Verhalten in transparenten Märkten entdeckt und sanktioniert werden kann. Besonders in Oligopolmärkten ist der Austausch solcher Daten problematisch.

399. Das in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Verbot des Austausches von issuer- beziehungsweise acquirerspezifischen statistischen Marktdaten (vgl. Ziff. D der einvernehmlichen Regelung) wie zum Beispiel Anzahl Karten oder Umsätze dürfte die Kollusionsgefahr zwischen den Issuern abschwächen.

### **B.3.3 Umsetzung der einvernehmlichen Regelung**

400. Die einvernehmliche Regelung wird wie folgt umgesetzt:

401. Die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung (Ziff. B), die Pflicht zur Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (Ziff. C) sowie das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien (Ziff. D) gelten ab Rechtskraft der Verfügung. Die Acquirer sind verpflichtet, innert drei Monaten ab Rechtskraft die Händler über die Aufhebung der NDR zu informieren.

402. Das Sekretariat orientiert die Parteien spätestens innerhalb eines Monats ab Rechtskraft mittels eingeschriebenem Brief, ob die bereits ermittelte Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF mit der Differenz aus den tatsächlich ausgewiesenen und von den Bankenrevisionsgesellschaften nachträglich geprüften und bestätigten Kosten gemäss Kostenraster übereinstimmen.

403. Innerhalb eines Monats ab Mitteilung des Sekretariates beschliessen die Parteien eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF im Umfang von mindestens 0,2% (20 Basispunkte) der ActDMIF und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Organisationen Visa und MasterCard. Innerhalb zweier Monate ab Mitteilung sind die angepassten DMIF zu implementieren (sog. 1. Anpassung).

404. Im ersten Folgejahr nach der 1. Anpassung wird lediglich überprüft, ob die Senkung eingehalten wurde. Hierzu werden dem unabhängigen Prüfungsunternehmen spätestens am 1. April die Daten für dasjenige Kalenderjahr mitgeteilt, welches sich pro rata temporis mehrheitlich mit dem ersten Folgejahr deckt. Innerhalb eines Monats, also spätestens am 1. Mai, teilt das unabhängige Prüfungsunternehmen den Parteien und dem Sekretariat mit, ob die Senkung um 0,2% eingehalten worden ist.

405. Im zweiten Folgejahr nach der ersten Anpassung ist die DMIF so zu senken, dass die restliche Abweichung der ActDMIF zur dDIF mindestens zur Hälfte beseitigt wird. Diese Senkung ist spätestens innerhalb eines Monats ab dem 1. Mai wiederum an die Kreditkarten-Systeme zu notifizieren und spätestens innerhalb von zwei Monaten ab diesem Datum zu implementieren.

406. Im dritten Folgejahr erfolgt eine Neuberechnung der dDIF. Die Parteien haben dem unabhängigen Prüfungsunternehmen spätestens am 1. April die Daten für dasjenige Kalenderjahr mitzuteilen, welches sich pro rata temporis mehrheitlich mit dem zweiten Folgejahr deckt. Innerhalb eines Monats, also spätestens am 1. Mai, teilt das unabhängige Prüfungsunternehmen den Parteien und dem Sekretariat die Differenz aufgrund der Neuberechneten Werte der dDIF und der ActDMIF mit. Die Parteien beschliessen innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung eine Senkung, welche sowohl die restliche Hälfte aus der Senkung im zweiten Folgejahr als auch eine Senkung aufgrund der neu ermittelten Werte umfasst, und notifizieren diese wiederum an die Kreditkarten-Systeme.

407. Mit Abschluss des dritten Folgejahres ist die Implementierungsphase beendet und die Anpassung der DMIF erfolgt nach dem vorgesehenen Anpassungsverfahren bis zum Ablauf der Geltungsdauer der einvernehmlichen Regelung.

408. Eine Staffelung ist aus den folgenden Gründen gerechtfertigt:

409. Zunächst handelt es sich bei zweiseitigen Systemen wie den beiden vorliegenden Kreditkartensystemen Visa und MasterCard um komplexe Systeme, welche trotz grundsätzlich entgegengesetzter Interessenlage von Issuer und Acquirer bezüglich der Höhe der DMIF voneinander abhängig sind. Diese Abhängigkeit ergibt sich aus der zentralen Funktion des Issuers, welcher auf Rechnung des Karteninhabers als Garant für die Zahlung gegenüber dem Händler auftritt und den geschuldeten Kaufpreis abzüglich der DMIF zurückvergütet.

410. Sodann ist das System mit der bisherigen Vereinbarung über die DMIF, wie die Ausführungen in Randziffer 24 ff. gezeigt haben, historisch gewachsen. Die heutigen Kosten- und Ertragsmodelle der Issuer basieren seit Jahren auf dem bisherigen Modell der multilateralen DMIF-Vereinbarung.

411. Die Umstellung von der bisherigen DMIF-Vereinbarung zur Abrede gemäss einvernehmlicher

Regelung führt zu einer bedeutenden Systemveränderung, da die Issuer künftig mit Ausnahme der reinen Netzwerkkosten keine weiteren Kostenkomponenten mehr berücksichtigen dürfen. Damit sind Auswirkungen auf die mit den Karteninhabern bestehenden Schuldverhältnisse verbunden. Die Staffelung trägt diesem besonderen Umstand adäquat Rechnung.

412. Im Übrigen hat auch die EU-Kommission in ihrem Visa-Entscheid eine Staffelung der Senkung genehmigt.<sup>67</sup>

413. Die Weko anerkennt deshalb, dass eine Staffelung der Senkung während der ersten drei Jahren ab Rechtskraft des Entscheides zwecks Implementierung neuer Kostenmodelle durch die Issuer als verhältnismässig erscheint und auch vom VEZ (vgl. Anträge des VEZ) nicht grundsätzlich abgelehnt wird. Die Weko behält sich jedoch vor, die Aussagen der Parteien im Nachgang zur Genehmigung der einvernehmlichen Regelung vertieft zu prüfen, sollten sich Hinweise ergeben, dass die beantragte Implementierungsphase in betriebswirtschaftlicher Hinsicht nicht notwendig war.

### ***B.3.4 Wettbewerbsrechtliche Gesamtwürdigung der einvernehmlichen Regelung und zeitliche Beschränkung der Genehmigung***

414. Aus dem Gesagten folgt, dass das multilaterale Verhandeln der DMIF gegenüber bilateralen Verhandlungen Effizienzvorteile bringt und deshalb als gerechtfertigt erachtet wird. Unter Beachtung der in der einvernehmlichen Regelung gemachten Vorgaben hinsichtlich der Objektivierung der Kostenaufteilung führt die multilaterale Abrede zu einer rationelleren Nutzung der systemimmanenten Ressourcen. Zudem schliesst der wettbewerbsorientierte Ansatz gerade aus, dass die beteiligten Parteien über die Vereinbarung der DMIF den Wettbewerb beseitigen.

415. In der vorliegenden Lösung orientiert sich die Kostenaufteilung an den reinen Netzwerkkosten, welche durch das Kostenraster definiert sind. Als reine Netzwerkkosten gelten diejenigen Aufwendungen der Issuer, welche für das Betreiben des Kreditkarten-Netzwerkes notwendig sind. Darüber hinausgehende Kosten sind nicht systemrelevant und werden deshalb nicht in die Berechnung der dDIF miteinbezogen. Zudem wurde eine Berechnungsmethode gewählt, welche verhindert, dass die Issuer überhöhte Kosten geltend machen können. Wie die Berechnung der dDIF durch die Weko gezeigt hat, liegt der derzeitige Durchschnitt bei [1,3%-1,35%].

416. Mit der einvernehmlichen Regelung wird der wirksame Wettbewerb im Issuing- und Acquiringmarkt belebt, indem sich die Acquirer namentlich verpflichten, auf die NDR zu verzichten. Unter dem aktuellen System stellt die NDR eine substanzielle Beeinträchtigung der Freiheit der Händler in ihrer Preisfestsetzung dar.<sup>68</sup> Sie schwächt insbesondere die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern. Zudem hat die NDR zur Folge, dass die Wahl der Kreditkarteninhaber bei der Benützung eines bestimmten Zahlungsmittels bisher nicht durch

ein Preissignal beeinflusst wurde. Entsprechend üben sie keinen Druck auf die Issuer aus, die DMIF zu senken.

417. Durch den Wegfall der NDR wird die Kostenwahrheit des Kreditkartensystems für die Karteninhaber erhöht. Für Karteninhaber wird so ein Anreiz geschaffen, das für sie vorteilhafte Zahlungsmittel einzusetzen und Kreditkarten am Verkaufspunkt allenfalls mit anderen Zahlungsmitteln zu substituieren. Die Abschaffung der Nichtdiskriminierungsklausel erhöht daher die Wettbewerbsintensität zwischen den Zahlungsmitteln und dürfte sich somit auch auf den Issuing-Markt auswirken. Ein transparenter Preiswettbewerb auf der Händler-Karteninhaber-Ebene wird Anreize dafür schaffen, die DMIF auf eine optimalen Höhe zu setzen.

418. Die Transparenzvorschriften stärken zusätzlich die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern, was auch auf der Acquiring-Seite die Belebung des wirksamen Wettbewerbs ermöglicht. Insbesondere ist die Transparenz auch deshalb wichtig, damit eine Senkung der DMIF langfristig nicht einfach in einer erhöhten Marge für die Acquirer resultiert, sondern den Händlern weitergegeben wird. Schliesslich wird mit der Offenlegung der DMIF auch vermieden, dass bei der Festsetzung der branchenspezifischen Interchange Fees gewisse Sektoren unverhältnismässig benachteiligt werden.

419. Die Weko genehmigt deshalb gestützt auf die Beurteilung des Sachverhaltes und der eingelieferten Daten der Issuer die einvernehmliche Regelung. Zusätzlich wird angeordnet, die DMIF ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheides innerhalb von drei Jahren auf den Wert von höchstens [1,3%-1,35%] zu senken. Liegt der für das dritte Folgejahr neu zu ermittelnde Wert der dDIF unterhalb des Wertes von [1,3%-1,35%], so ist dieser Wert für die Notifikation an die Kreditkarten-Organisationen und für die Implementierung massgebend.

420. Unabhängig von der vorgesehenen Implementierungsphase (vgl. Ziff. A. Bst. h der einvernehmlichen Regelung sowie Anhang 3) befristet die Weko die einvernehmliche Regelung auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft. Die zeitliche Limitierung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der aktuell praktizierten Abrede unter den Issuern und Acquirern um ein historisch gewachsenes System handelt, welches sich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern über die Jahre hinweg etabliert hat. Nach Ablauf dieser Dauer ist die einvernehmliche Regelung unter Berücksichtigung der dannzumal vorherrschenden Wettbewerbssituation auf den beiden Märkten erneut zu beurteilen.

<sup>67</sup> Entscheid der EU-Kommission vom 24. Juli 2002 i.S. COMP/29.373 Visa International - Multilateral Interchange Fee, ABI. L 318/17 vom 22.11.2002, insbes. Rz. 19.

<sup>68</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 153 ff.

421. Mit der einvernehmlichen Regelung wird zwar der Vorteil des multilateralen Verhandels über die branchen- und transaktionsbezogenen DMIF übernommen, jedoch wird durch die objektivierte Kostenaufteilung eine Berechnungsmethode eingeführt, welche als Preisobergrenze wirkt. Deren Auswirkungen, zusammen mit den übrigen getroffenen Massnahmen, auf den Wettbewerb im Issuing- und Acquiringmarkt muss künftig durch die Wettbewerbsbehörde verfolgt werden. In diesem Sinne ist die einvernehmliche Regelung zu genehmigen.

#### **B.4 Sanktionierung**

422. Im vorliegenden Fall stellt die Vereinbarung der DMIF eine unzulässige Preisabrede und damit eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 dar. Es ist daher abschliessend zu prüfen, ob eine Sanktion gegen die Parteien auszusprechen ist. Die Sanktionsdrohung wurde vom Gesetzgeber im öffentlichen Interesse eingeführt, weshalb die Frage von Amtes wegen zu prüfen ist, unabhängig von der Ansicht des VEZ in dieser Fragestellung (Rz. 75).

423. Gemäss Schlussbestimmung werden Unternehmen dann nicht sanktioniert, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG (Übergangsfrist) gemeldet oder aufgelöst wird.<sup>69</sup> Gegenstand der untersuchten und als unzulässig festgestellten Wettbewerbsbeschränkung ist die von den betroffenen Parteien anlässlich der Treffen innerhalb der Kreditkartentoren von Visa und MasterCard vereinbarte DMIF.

424. Die Weko hatte während der Übergangsfrist mehrmals zur Frage, ob auch bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits Gegenstand eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung, Untersuchung) seien, von den Unternehmen gemeldet werden könnten, ablehnend Stellung genommen. Dies kommunizierte sie jeweils mittels Schreiben an diejenigen Unternehmen, welche eine Meldung eingereicht hatten.<sup>70</sup> Mit Entscheid vom 18. März 2005 bejahte jedoch die Reko/WEF in einem Beschwerdeverfahren<sup>71</sup> die Möglichkeit der Meldung bei hängigen Verfahren und hob die entsprechende Verfügung der Weko gegen die Swisscom AG und zwei ihrer Tochtergesellschaften auf.

425. Auf diesen Entscheid hin haben die Parteien den hier zugrunde liegenden Sachverhalt mit Schreiben vom 30. und 31. März 2005 im Sinne der Übergangsbestimmung gemeldet. Mit Schreiben vom 7. Juli 2005 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass die Frage der Zulässigkeit einer Meldung in einem bereits hängigen Kartellverfahren dem BGer zur Beurteilung vorgelegt worden sei.

426. Mit Urteil vom 19. August 2005 hob das Bundesgericht den Entscheid der Reko/WEF auf und stellte rechtsverbindlich fest, dass die Meldung eines Sachverhaltes, welcher bereits Gegenstand einer Untersuchung oder Vorabklärung ist, keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstelle.<sup>72</sup> Damit steht definitiv fest, dass die Schreiben der Parteien vom 30. und

31. März 2005 keine sanktionsbefreiende Wirkung im Sinne der Schlussbestimmung des Gesetzes haben. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob die Parteien durch Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung den Tatbestand der Auflösung erfüllt haben.

427. Die Parteien haben am 29. März 2005 eine einvernehmliche Regelung rechtsgültig unterzeichnet. Darin einigen sich die Parteien explizit auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der DMIF (vgl. Ziff. A.a1. der einvernehmlichen Regelung), wobei die Bestimmung in mehreren Schritten erfolgen soll (vgl. Ziff. A.a2. der einvernehmlichen Regelung). Im Weiteren enthält die einvernehmliche Regelung auch konkrete Ausführungen zum zeitlichen Ablauf der Implementierung des objektivierten Verfahrens (vgl. Ziff. A.h. der einvernehmlichen Regelung).

428. Die Parteien haben sich somit innerhalb der Übergangsfrist auf das künftige objektivierte Verfahren geeinigt und damit die beiden bisherigen Vereinbarungen zur DMIF für das Visa- und MasterCard-Kreditkartensystem ersetzt. Diese neue Vereinbarung ist für die Parteien mit der Unterzeichnung verbindlich geworden. Der Entscheid der Weko über die Zustimmung betrifft nicht die Verbindlichkeit,<sup>73</sup> sondern die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Inhalts der Vereinbarung. Die Parteien können allenfalls eine negative Entscheidung der Weko durch eine Bedingung antizipieren. Dies war aber vorliegend bei der neuen Vereinbarung zur DMIF nicht geschehen.

429. Die Parteien haben sich anlässlich der einvernehmlichen Regelung ebenfalls auf eine Implementierungsfrist geeinigt, welche den Umstand berücksichtigt, dass eine Änderung der bisherigen DMIF-Vereinbarung in ein komplexes Mehrparteiensystem eingreift (vgl. hierzu auch Rz. 409 ff.). Die Weko genehmigt mit der einvernehmlichen Regelung ebenfalls die für die Umsetzung der neuen Vereinbarung notwendige Implementierungsfrist.

430. Somit haben die Parteien nicht nur ihre kartellrechtswidrige Vereinbarung vor Ablauf der Übergangsfrist aufgehoben und durch die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung erzielte Einigung ersetzt, sondern sich auch zu einer Implementierung innert der von der Weko genehmigten Frist verpflichtet. Es besteht daher kein Raum für eine Sanktionierung.

<sup>69</sup> Die revidierten Bestimmungen des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 wurden per 1. April 2004 in Kraft gesetzt (AS 2004 1385).

<sup>70</sup> Beim Sekretariat waren während der Übergangsfrist zahlreiche Meldungen im Sinne der Schlussbestimmung eingegangen. Viele davon betrafen Sachverhalte, welche bereits Gegenstand einer hängigen Vorabklärung oder eines Untersuchungsverfahrens waren.

<sup>71</sup> Entscheid Reko/WEF vom 18. März 2005 i.S. X. AG, Y. AG und Z. AG gegen Wettbewerbskommission, RPW 2005/2, S. 418 ff.

<sup>72</sup> Urteil 2A.287/2005 des Bundesgerichts vom 19. August 2005 i.S. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG und Swisscom Mobile AG.

<sup>73</sup> RICHLI P., Kartellverwaltungsverfahren, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 434 f.

### C. KOSTEN

431. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

432. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacherinnen gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressaten Telekurs Multipay, Cornèr Banca, UBS, Credit Suisse und Viseca.

433. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wird (BGE i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., Rz. 6.1). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Parteien zu bejahen.

434. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Artikel 4 Absätze 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung).

435. Unter wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes ist die volkswirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Diese ergibt sich einerseits aus der (volkswirtschaftlichen) Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Sachverhalt betroffen ist, und andererseits aus den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitigt. Bezüglich der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse ist massgebend, ob der wirksame Wettbewerb beseitigt beziehungsweise erheblich beeinträchtigt wird oder nicht. Nach der Praxis der Weko wird die Gebühr bei besonders grossem Marktvolumen und einer erheblichen Beeinträchtigung beziehungsweise Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs um 50% erhöht (vgl. Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar, in: RPW 2000/3, S. 394, Rz. 199).

436. Die volkswirtschaftliche Bedeutung des von der Abrede betroffenen Kreditkartenmarktes wird aus folgenden Gründen als beträchtlich erachtet. Zum einen befanden sich per Ende 2004 annähernd 3,4

Millionen Kreditkarten in der Schweiz im Umlauf, das heisst dass durchschnittlich jede zweite erwachsene Person in der Schweiz mindestens eine Kreditkarte besitzt (vgl. Rz. 215). Gleichzeitig gewährten über 360'000 Akzeptanzstellen Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr.<sup>74</sup> Im gleichen Jahr wurden an schweizerischen Akzeptanzstellen mit über 82 Millionen Transaktionen Produkte und Dienstleistungen im Gesamtbetrag von CHF 15 Mia. bezogen.<sup>75</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung zeigt sich aber auch an der Tatsache, dass aufgrund der Ausgestaltung des Kreditkartensystems und insbesondere der NDR nicht nur die Kreditkarteninhaber von der DMIF betroffen sind, sondern letztlich jeder Konsument unabhängig vom eingesetzten Zahlungsmittel Teile der Kosten für dieses System mittragen muss.<sup>76</sup>

437. Sodann wurde festgestellt, dass die Abrede über die DMIF den Wettbewerb auf den relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt (vgl. Rz. 149 ff.).

438. Damit sind die Voraussetzungen für die Erhöhung der Gebühr um 50% erfüllt. Die von den Parteien vorgebrachte Begründung zum Antrag auf Streichung der Erhöhung um 50% ist daher unbeachtlich. Auch die Argumente der Cornèr Banca, die Parteien würden trotz Zustimmung zu einer einvernehmlichen Regelung durch die Erhöhung sanktioniert und müssten zudem die künftigen Kosten des unabhängigen Prüfungsunternehmens tragen, sind unbehelflich. Cornèr Banca verkennt dabei, dass die von der alten Gebührenverordnung vorgesehene Erhöhung sich nicht auf das mögliche Resultat einer Untersuchung abstützt, sondern eben auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Marktes und die wettbewerblichen Auswirkungen der untersuchten Verhaltensweise auf diesem Markt. Daran ändert auch nichts, wenn die Parteien die künftigen Kosten des Prüfungsunternehmens selber tragen müssen, handelt es sich doch dabei nicht um Verfahrenskosten.

439. Für die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt die Grundgebühr CHF [...]. Diese wird um 50% erhöht auf CHF [...].

440. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegrammkosten, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese betragen pauschal 1,5% auf der gesamten Grundgebühr und belaufen sich vorliegend auf CHF [...].

<sup>74</sup> SNB, Statistisches Monatsheft April 2005, Zürich, S. 24, Tabelle C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, Infrastruktur.

<sup>75</sup> SNB, Statistisches Monatsheft April 2005, Zürich, S. 25, Tabelle C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks, Transaktionen und Umsätze mit Kredit- und Debitkarten im Inland.

<sup>76</sup> Entscheid Weko vom 18. November 2002 i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 154, Rz. 263.

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

442. Für die von den Mitarbeitern aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Verfahrens beträgt die Gebühr insgesamt CHF [...].

443. Die Gebühren zulasten der unterliegenden Parteien Credit Suisse, Cornèr Banca, Telekurs Multipay, UBS und Viseca belaufen sich somit insgesamt auf CHF [...]. Sie werden sowohl nach bisheriger Praxis der Weko unter der alten KG-Gebührenverordnung wie auch gemäss neuer gesetzlicher Grundlage (Art. 2 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung) unter solidarischer Haftung den betroffenen Parteien zu gleichen Teilen, also zu je CHF [...], auferlegt.

#### **D. DISPOSITIV**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission nimmt die am 29. März 2005 gegenüber dem Sekretariat gemeinsam abgegebenen Verpflichtungserklärungen (inklusive deren Anhänge) von UBS AG, Credit Suisse, Viseca Card Services SA, Cornèr Banca SA und Telekurs Multipay AG, entgegen und genehmigt sie im Sinne einer einvernehmlichen Regelung.

2. Die in der einvernehmlichen Regelung enthaltenen Verpflichtungserklärungen der Parteien betreffend objektiviertes Verfahren zur Festlegung der DMIF, Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, Of-

fenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien (Anhang 1) sowie die Dokumente über den Kostenraster (Anhang 2), die Definition der relevanten Kosten (Anhang 3) und die Tabelle bezüglich der Implementierung (Anhang 4) bilden integrierenden Bestandteil dieses Dispositivs.

3. Die DMIF ist innerhalb von drei Jahren ab Rechtskraft dieses Entscheides auf den Wert von höchstens [1,3%-1,35%] zu senken.

4. Die Genehmigung ist auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft dieses Entscheides befristet.

5. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung und die in den Anhängen wiedergegebenen Bestimmungen können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

7. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 1-3 des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

8. [Kosten]

9. [Rechtsmittelbelehrung]

10. [Eröffnung]

Anhänge:

1. Einvernehmliche Regelung

2. Kostenraster

3. Definition der relevanten Kosten

4. Tabelle bezüglich Implementierung

## Anhang 1

$$ISDIF = \frac{ISC}{DTV}$$

### Einvernehmliche Regelung

in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Kreditkarten - Interchange Fee wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.

#### Einvernehmliche Regelung

zwischen

**Cornèr Banca SA**

**Credit Suisse**

**Telekurs Multipay AG**

**UBS AG**

**Viseca Card Services SA**

"Parteien"

und

dem Sekretariat der **Wettbewerbskommission**

"Sekretariat"

in Sachen Kreditkarten - Interchange Fees

#### PRÄAMBEL

Am 15. Dezember 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Kreditkarten-Issuer und -Acquirer der Marken Visa und MasterCard in der Schweiz wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.

Im Interesse einer raschen und einvernehmlichen Erledigung des Untersuchungsverfahrens schliessen die Parteien die nachfolgende Vereinbarung im Sinne einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG.

#### VEREINBARUNG

##### A. OBJEKTIVIERTES VERFAHREN ZUR FESTLE- GUNG DER DOMESTIC MULTILATERAL INTER- CHANGE FEES

###### a. Grundsatz

a1. Die Parteien einigen sich auf ein objektiviertes Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.

a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

###### b. Bestimmung der issuer-spezifischen Domestic Interchange Fee

b1. In einem ersten Schritt bestimmt jeder Issuer die issuer-spezifische Domestic Interchange Fee (ISDIF). Diese berechnet sich aufgrund folgender Formel:

Wobei:

**ISC:** Issuer-spezifische Netzwerk-Kosten für das nationale Retail-Geschäft (ohne ATM/Cash-Advance) in CHF gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 1)

**DTV:** Issuer-spezifisches Domestisches Retail-Transaktionsvolumen (in CHF)

b2. Die Issuer verpflichten sich, die issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten gemäss Kostenraster (vgl. Anhang 1) basierend auf den Zahlen des Vorjahres auszuweisen. Diese Kostenzusammenstellung wird alle drei Jahre bis spätestens am 1. April einem unabhängigen Prüfungsunternehmen (vgl. Abschnitt f) übermittelt, wobei für die 1. Berechnung die Bestimmungen gemäss Ziffer h1 gelten.

b3. Für die erste Berechnung der ISDIF wird nicht zwischen Netzwerk-Kosten für MasterCard- und Visa-Kreditkarten unterschieden. Sollten sich in Zukunft aber signifikante Kostenunterschiede zwischen den Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa ergeben, behält sich die Wettbewerbskommission (Weko) vor, diese Frage erneut aufzugreifen.

b4. Zusammen mit der Kostenzusammenstellung reichen die Issuer eine Bestätigung ihrer Bankenrevisoren ein, dass die gelieferten Zahlen den tatsächlichen Kosten im Sinne des Kostenrasters entsprechen.

##### c. Berechnung der durchschnittlichen Domestic Interchange Fee (dDIF) durch ein unabhängiges Prüfungsunternehmen

c1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen überprüft die Vollständigkeit der Kostenzusammenstellung und berechnet die durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDIF) gemäss folgender Formel:

$$dDIF = \frac{ISDIF_1 + 3 \times ISDIF_2 + 3 \times ISDIF_3 + \dots + 3 \times ISDIF_{n-1} + ISDIF_n}{2 + 3 \times (n - 2)}$$

Wobei:

**ISDIF<sub>1</sub>:** Tiefster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

**ISDIF<sub>n</sub>:** Höchster Wert der ISDIF gemäss Abschnitt b.

c2. Die dDIF wird das erste Mal gemäss Abschnitt h und danach alle drei Jahre aufgrund der Kostenzahlen des Vorjahres berechnet. Bei wesentlichen Änderungen der Kosten kann jeder Issuer, Acquirer oder die Weko eine vorzeitige Neubestimmung der dDIF verlangen.

##### d. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

d1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral

Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDIF nicht übertrifft.

d2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen in einem dritten Schritt den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktions-spezifischen DMIF und den dazu gehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$ActDMIF = \frac{DMIF_1 \times V_1 + DMIF_2 \times V_2 + \dots + DMIF_{k-1} \times V_{k-1} + DMIF_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

**DMIF<sub>i</sub>, bis DMIF<sub>k</sub>:** Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

**V<sub>i</sub>, bis V<sub>k</sub>:** Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

d3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen beziehungsweise nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen beziehungsweise Transaktionsart (V) zur Verfügung.

d4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen beziehungsweise Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen beziehungsweise Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

#### e. Anpassung der DMIF

e1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenem Brief mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- beziehungsweise transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.

e2. Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.

e3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzutei-

len. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziffer e2 eingehalten wird.

#### f. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens

f1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen wird von den Parteien und dem Sekretariat der Weko gemeinsam bestimmt. Das Sekretariat kann in begründeten Fällen jederzeit den Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens verlangen. Ebenso kann die Mehrheit der Issuer in begründeten Fällen jederzeit den Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens verlangen.

f2. Das Sekretariat der Weko schliesst mit dem gemäss Ziffer f1. bestimmten Prüfungsunternehmen ein Sachverständigenmandat ab. Das Mandat umfasst die gemäss Abschnitt A vorgesehenen Aufgaben.

f3. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Die Erfüllung erfolgt durch Leistung des von den Parteien geschuldeten Betrages auf das Postcheck-Konto Nr. [...] der Eidgenössischen Finanzverwaltung, zu Gunsten der Konto-Nr. [...], lautend auf "Forderungen Weko". Zum Beleg wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens, samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb, in Kopie zukommen lassen. Dem Sekretariat steht das Recht zu, von den Parteien einen Kostenvorschuss sowie allfällige Sicherheiten im Sinne von Artikel 175 Absatz 3 OR einzuverlangen.

f4. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

#### g. Adressaten

g1. Die Parteien verpflichten sich, das objektivierte Verfahren zur Berechnung der dDIF, wie es in diesem Abschnitt A festgehalten wird, in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der Issuer-spezifischen Netzwerk-Kosten (ISC) und der Issuer-spezifischen Transaktionsvolumen (DTV) gemäss Abschnitt b, welche als Basis zur Berechnung der dDIF gemäss Abschnitt c dient, sowie der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt d betrifft die grössten Issuer, das heisst diejenigen Issuer, welche zusammen mindestens 90% des inländischen Transaktionsvolumens generieren.

#### h. Implementierung (vgl. Anhang 3)

h1. Die erste Berechnung der dDIF erfolgt durch das Sekretariat der Weko aufgrund der Kostenzusammenstellungen der Issuer für das Jahr 2004. Spätestens einen Monat ab Rechtskraft der Verfügung der Weko teilt das Sekretariat den Parteien mittels eingeschriebenem Brief mit, ob Differenzen zwischen der ActDMIF und der dDIF bestehen. Das Sekretariat der Weko teilt den Parteien auch die aggregierten branchen- beziehungsweise transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Jahres 2004 mit.



h2. Liegt die ActDMIF um weniger als 0,2% (20 Basispunkte) über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Sekretariat eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.

h3. Bei einer Abweichung der ActDMIF von der dDIF von mehr als 0,2%, müssen die DMIF im Rahmen dieser 1. Anpassung so gesenkt werden, dass die ActDMIF um minimal 0,2% sinkt.

h4. In den Jahren nach der ersten Anpassung gemäss Ziffer h1, h2 und h3 (d.h. voraussichtlich erstmals im Jahr 2006) wird den Parteien die Differenz zwischen der ActDMIF und der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte d und e) vom unabhängigen Prüfungsunternehmen gemeldet (der Klarheit halber wird festgehalten, dass die dDIF lediglich alle 3 Jahre neu berechnet wird, vgl. Ziff. b2). Liegt die ActDMIF über der dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate.

h5. Im 1. Folgejahr nach der 1. Anpassung wird lediglich überprüft, dass die Senkung gemäss Ziffer h3 eingehalten wurde. Auf eine weiter gehende Senkung der DMIF wird im 1. Folgejahr nach der 1. Anpassung verzichtet.

h6. Im 2. Folgejahr nach der 1. Anpassung muss die DMIF so gesenkt werden, dass die restliche Abweichung der ActDMIF zur ersten dDIF mindestens zur Hälfte beseitigt wird.

h7. Im 3. Folgejahr nach der 1. Anpassung erfolgt eine neue Berechnung der dDIF gemäss dem ordentlichen Verfahren (vgl. Abschnitte b und c). Liegt die ActDMIF über der neuen dDIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren die angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Ab dem 3. Folgejahr nach der 1. Anpassung muss die durchschnittliche Senkung der DMIF dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDIF nicht übersteigt.

h8. Im Rahmen der dritten Berechnung der dDIF, das heisst nach sechs Jahren, besteht die Möglichkeit, auf Antrag der Parteien oder des Sekretariates der Weko, das System zu überprüfen und wo nötig Anpassungen vorzunehmen.

### *i. Kostenraster*

i1. Der Kostenraster gemäss Anhang 1 sowie die Definition der relevanten Kosten gemäss Anhang 2 bildet einen integrierenden Bestandteil dieser Vereinbarung.

### **B. AUFHEBUNG DES VERBOTS DER PREISDIFFERENZIERUNG**

B1. Die Acquirer (Telekurs Multipay AG und Cornèr Banca SA) verpflichten sich, das Verbot der Preisdifferenzierung ("Non Discrimination Rule") nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzuheben. Die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung gilt ab Rechtskraft der Verfügung der Weko.

B2. Die Acquirer verpflichten sich zudem, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Annahmevertrag eingegangen sind, über die Aufhebung der NDR-Klausel gemäss Ziffer B1. innerhalb dreier Monate ab Rechtskraft der Verfügung der Weko schriftlich zu informieren.

### **C. OFFENLEGUNG DER BRANCHEN- UND TRANSAKTIONSSPEZIFISCHEN DOMESTIC INTERCHANGE FEES**

C1. Die Acquirer verpflichten sich, die jeweiligen angewandten branchen- sowie transaktionsspezifischen Domestic Interchange Fees (DMIF) den betroffenen Händlern auf Anfrage bekannt zu geben.

C2. Die Acquirer verpflichten sich, diese Möglichkeit nach Rechtskraft der Verfügung der Weko bekannt zu machen. Bei Neukunden wird die Möglichkeit der Anfrage der DMIF in den AGBs eingefügt. Bei Altkunden wird den Händlern die Möglichkeit der Anfrage der DMIF gleichzeitig mit der Bekanntgabe der Aufhebung der NDR gemäss Abschnitt B2 schriftlich mitgeteilt.

### **D. VERBOT DES AUSTAUSCHES VON DATEN IN DEN KARTENGREMIEN**

D1. Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- beziehungsweise acquirer-spezifische statistische Marktdaten, wie zum Beispiel Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB) bleibt weiterhin zulässig.

**E. VERFAHRENSABSCHLUSS**

E1. Mit Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Kreditkarten-Issuer und -Acquirer der Marken Visa und MasterCard

in der Schweiz abgeschlossen. Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

[Unterschriften]

---

## Anhang 2

		Level of consideration	Distribution			Comments/ Explanations
			Domestic		Intra/Inter	
			IC-relevant	Cash/ATM	Retail/ Cash/ATM	
<b>A</b>	<b>Network Operations and Development</b>					
<b>A.1-</b>	<b>Authorization and transaction processing</b>					
<b>A.1.1-</b>	<b>IT-Infrastructure development and maintenance</b>					
A.1.1.1	Maintenance and development of processing infrastructure (Hard- and Software)	75% <sup>2)</sup>	Transactions	Transactions	Transactions	Relevant costs for transaction-processing infrastructure, incl. Outsourcing-Processing costs (applicable for all cost items)  <sup>2)</sup> 100% cost consideration if cost element is clearly allocatable to transaction-relevant expenses
A.1.1.2	Connectivity and communication costs	75% <sup>2)</sup>	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.1.3	IT project expenses	75% <sup>2)</sup>	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.1.4	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.1.2-</b>	<b>Manual Processing (chargebacks and representations)</b>					
A.1.2.1	Chargeback & Retrieval-Handling	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.2.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.1.3-</b>	<b>Cardholder transaction related queries</b>					
A.1.3.1	Handling of transaction related cardholder enquiries and disputes	Proportion <sup>1)</sup>	Transactions	Transactions	Transactions	Proportion according to the number of client contacts concerning trx-relevant queries
A.1.3.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.1.4-</b>	<b>Statement printing and postage</b>					
A.1.4.1	Production of monthly statements	75.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.4.2	Postage of monthly statements	75.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.4.3	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	

<sup>1)</sup> Issuer and line item dependent

<b>A.1.5-</b>	<b>Cardholder payment processing</b>					
A.1.5.1	Processing cardholder remittances (incl. Payment-, Bank, Post account fees)	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.1.5.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element – C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.2-</b>	<b>Scheme Fees</b>					
A.2.1.1	Payment Scheme Service Fee	75.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.2.1.2	Authorisation Service Fee	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.2.1.3	Clearing & Settlement Fees	100.00%	Trx/Turnover	Trx/Turnover	Trx/Turnover	
A.2.1.4	Dispute Resolution Fee	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.2.1.5	Risk Management Fees	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.2.1.6	Miscellaneous Fees	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.2.1.7	Sponsorship & Acceptance Development Fee	30.00%	Transactions	Transactions	Transactions	excl. non-domestic Acceptance Development Fee
<b>A.3-</b>	<b>Inter-Member-Settlement</b>					
A.3.1.1	Handling costs for Inter-Member-Settlement	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.3.1.2	External Fees (incl. Payment-, Bank-, Post account fees)	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.4-</b>	<b>Network Security</b>					
<b>A.4.1-</b>	<b>Card and PIN production and delivery</b>					
A.4.1.1	plastic/chip production costs (incl. card blank costs, postage)	50.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.4.1.2	PIN-Data-Mailer costs (incl. Postage)	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.4.2-</b>	<b>Risk Management</b>					
A.4.2.1	Risk-Management-handling (incl. Compliance/Risk Control/Anti-Money-Laundering)	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.4.2.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element – C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.4.3-</b>	<b>Authorizations</b>					
A.4.3.1	Autorisation handling	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.4.3.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element – C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>A.4.4-</b>	<b>Security / Fraud</b>					
A.4.4.1	Fraud / Fraud prevention handling (incl. Card blocking)	100.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.4.4.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element – C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	

<b>A.4.5-</b>	<b>Collection and Legal</b>					
A.4.5.1	Collection handling (incl. External Fees)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
A.4.5.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)	0.00%	Transactions	Transactions	Transactions	
<b>B</b>	<b>Value-added Services</b>					
<b>B.1-</b>	<b>Cost of Funds</b>					
B.1.1.1	Float cost of funds for interest free period	0.00%	turnover	turnover	turnover	excl. revolving business
<b>B.2-</b>	<b>Payment guarantee</b>					
B.2.1.1	Credit write-offs	0.00%	turnover	turnover	turnover	excl. revolving business
B.2.1.2	Fraud losses	100.00%	turnover	turnover	turnover	excl. goodwill costs
<b>B.3-</b>	<b>Card acceptance / usage and brand marketing</b>					
<b>B.3.1-</b>	<b>Merchant marketing and activity promotions</b>					
B.3.1.1	Expenses for statement messages, inserts, merchant promotion for spend stimulation)	0.00%	turnover	turnover	turnover	(variable range 50% to 75%, depending upon the Scheme)
B.3.1.2	Apportion a share for overhead costs (see cost element C.1.1.1)		turnover	turnover	turnover	
<b>B.3.2-</b>	<b>Spend Incentives</b>					
B.3.2.1	Contribution to Loyalty Programs	0.00%	turnover	turnover	turnover	(variable range 50% to 75%, depending upon the Scheme)
<b>€</b>	<b>Overhead costs</b>					
<b>C.1-</b>	<b>Overhead costs</b>					
C.1.1.1	Overhead costs					Overhead is determined as a maximum of 3% of total of costs accepted under positions A and B
<b>D</b>	<b>Cost not considered for Interchange</b>					
D.9.9.9	Cost not considered for Interchange					

## Anhang 3

## Kostenraster / Definition of relevant costs

<b>Interchange Relevant Cost Elements</b>		
Interchange Relevant Cost Elements relate to domestic retail-business, excluding costs of ATM/Cash-advance transactions.		
<b>A</b>	<b>Network Operations and Development</b>	
This section includes the costs for providing the payment functionality of a credit card from an issuer point-of-view. Costs result from activities linked to transactions, infrastructure that support the activities, and the development of features both on the activity and infrastructure side to further develop the attractiveness of the network.		
A.1-	<b>Authorization and transaction processing</b>	
A.1.1-	IT infrastructure development and maintenance	Maintenance and development of processing infrastructure (hard and software)
A.1.1.1	Maintenance and development of processing infrastructure	Provisioning of information technology System development and maintenance Software evaluation and licensing
A.1.1.2	Connectivity and communication costs	Provision of connectivity, e.g., to data processors and associations
A.1.1.3	IT project expenses	Infrastructure related project expenses
A.1.2-	Manual processing	
A.1.2.1	Chargeback and retrieval handling	Handling of charge-backs, documentation requests and representations
A.1.3-	Cardholder transaction related queries	
A.1.3.1	Handling of transaction related cardholder enquiries and disputes	Handling of transaction related cardholder enquiries and disputes (calls and letters/e-mails)

**ONLY RELEVANT EXPENSES FOR COST ITEMS ACCEPTED IN THE "KOSTENRASTER"**

- Investments / Depreciation
- Cost for outsourcing services
- direct IT-related personnel costs
- direct IT-related occupancy costs

- Maintenance costs
- Cost for new releases/customizing
- Software updates
- License costs

- "Standleitungen"-costs

- All IT project expenses which support and enhance cost items are accepted in the "Kostenraster"
- no internal personnel costs ("Umlagen")

- direct personnel costs
- direct occupancy costs
- direct IT-costs if not considered under A.111
- external costs for documents (voucher etc.)

- direct personnel costs
- direct occupancy costs
- direct IT-costs if not considered under A.111
- Telecommunication costs
- Postage costs

A.1.4-	Statement printing and postage		
A.1.4.1	Production of monthly statements	Producing and sending monthly statements providing cardholders with an overview of all their transactions with merchants, allowing them to review and dispute transactions	- paper/envelope costs
A.1.4.2	Postage of monthly statements		- postage/delivery costs - direct printing costs
A.1.5-	Cardholder payment processing		
A.1.5.1	Processing cardholder remittances	Processing cardholder remittances and transaction related reversals	- payment related direct personnel costs - direct occupancy costs - bank/post commissions - Cost for direct debit / LSV
A.2-	<b>Scheme Fees</b>	Scheme charges (Association Fees)	- Scheme Fee categories according to the "Kostenraster"
A.3-	<b>Inter-member settlement</b>	Execution of inter-member settlement	- payment related direct personnel costs - direct occupancy costs - bank/post commissions - excl. Scheme fees
A.4-	<b>Network security</b>		
A.4.1-	Card and PIN production and delivery		
A.4.1.1	Plastic/chip production costs	Plastic production, embossing, PIN-Production and secure delivery of cards and PIN via mail, enabling the cardholder to present the card at merchants	- card blanks costs - card embossing costs - PIN production costs - postage and delivery costs (card/PIN)
A.4.1.2	PIN-Data-Mailer		
A.4.2-	Risk management		
A.4.2.1	Risk management handling	Development of risk policies and authorisation guidelines that protect the system from misuse and fraud. Enhancement of fraud prevention tools and practices	- direct personnel costs - direct occupancy costs - direct IT-costs if not considered under A.111 - Telecommunication costs
A.4.3-	Authorisations		
A.4.3.1	Authorisation handling	Authorising transactions of cardholders at merchant establishment	- direct personnel costs - direct occupancy costs - direct IT-costs if not considered under A.111 - Telecommunication costs
A.4.4-	Security/Fraud		
A.4.4.1	Fraud/Fraud prevention handling	Screening of suspicious transactions and protective actions on merchant and cardholder side (stop lists, negative files)	- direct personnel costs - direct occupancy costs - direct IT-costs if not considered under A.111 - Telecommunication costs - external card blocking costs

A.4.5-	Collection and Legal		
A.4.5.1	Collection handling (incl. external and legal fees)	Ensuring payment of transactions are settled with merchants according to association rules	<i>not accepted</i>
B	<b>Value-added Services</b>		
	This section includes issuer-specific activities that promote and enhance cardholder spend at merchant establishments as well as the financial services provided to merchants when accepting credit cards for payment.		
B.1-	<b>Cost of funds</b>		<i>not accepted</i>
B.1.1.1	Float cost of funds for free interest period	Providing the cardholder with opportunity to buy now and settle monthly, thus increasing the ease and flexibility to purchase goods and services on cardholder side. Leads to increased transactions and value per transaction on merchant side (in conjunction with spend incentives)	
B.2-	<b>Payment guarantee</b>		
B.2.1.1	Credit write-offs	Absorption of credit losses on charge/deferred debit products	<i>not accepted</i>
B.2.1.2	Fraud losses	Absorption of fraud losses	- fraud write-offs
B.3-	<b>Card acceptance/usage and brand marketing</b>		
B.3.1-	Merchant marketing and activity promotions	Merchant marketing and activity promotions (statement messages, inserts, promoting merchants in spend stimulation programs)	<i>not accepted</i>
B.3.2-	Spend incentives	Development and maintenance of spend stimulation schemes to boost cardholder spending at merchant establishment	<i>not accepted</i>



C	<b>Overhead costs:</b>		
	<b>Overhead costs</b>	General overhead	<i>Overhead costs are determined as 3% of interchange relevant costs (total of accepted costs under positions A and B)</i>
D	<b>Cost not considered for interchange, e.g. (non-comprehensive list of examples):</b>		
	<b>Card acquisition &amp; retention (i.e.CRM)</b>		<b>not accepted</b>
	Marketing	Promoting and selling cards to cardholders	
	Credit check	Capturing relevant information, assessing cardholder solvency and setting limits	
	Account set-up and management	Opening account on system, maintaining information and terminating relationship	
	<b>Card services &amp; insurance coverage</b>	Provision of card services and insurances	<b>not accepted</b>
	<b>Call center activity not related to transactions</b>	Handling of non-transaction related cardholder enquiries and disputes	<b>not accepted</b>
	<b>Charge-offs from revolving credit products</b>	Absorption of credit losses on credit products	<b>not accepted</b>
	<b>Cost of funds on revolved balances</b>	Cost of funds on revolving balances	

**Anhang 4****IMPLEMENTIERUNG OBJEKTIVIERTES VERFAHREN FÜR DIE FESTSETZUNG DER DMIF  
ZUSAMMENFASSUNG DER POSITIONEN**

<p><i>Jahr 0</i></p> <p>2005 -2006</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mitteilung Senkung von 0,2% spätestens 2 Monate nach Inkrafttreten der Verfügung</li> <li>- Ziel der Implementierung spätestens 2 Monate nach Mitteilung an die Kartengremien</li> </ul>
<p><i>Jahr 1</i></p> <p>2006-2007</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Explizit: Überprüfung gemäss ordentlichem Verfahren, dass Senkung von 0,2% eingehalten wurde</li> </ul>
<p><i>Jahr 2</i></p> <p>2007-2008</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ½ der restlichen Abweichung zwischen ActDMIF und dDIF</li> <li>- Implementierung nach ordentlichem Verfahren</li> </ul>
<p><i>Jahr 3</i></p> <p>2008-2009</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Neue Berechnung der dDIF gemäss ordentlichem Verfahren</li> <li>- Saldo der restlichen Abweichung zwischen ActDMIF und neuer dDIF</li> <li>- Implementierung gemäss ordentlichem Verfahren</li> </ul>
<p>...</p>	<p>...</p>

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Denner/Pick Pay</b>

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

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

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

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

#### **A Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 14. September 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die Denner AG (nachfolgend: Denner), die Pick Pay-Filialen der Rewe Schweiz AG zu übernehmen.

2. Die Denner mit Sitz in Zürich gehört zur Denner-Gruppe, welche im Besitz der Rast Holding SA ist. Die Denner-Gruppe ist ein in der Schweiz tätiger Detailhandelskonzern. Nebst Denner, die ein Discountsortiment im Food- und Near Food-Bereich anbietet, besitzt die Denner-Gruppe das Spielwarengeschäft Franz Carl Weber AG. Denner betreibt heute 320 Discount-Filialen und beliefert 284 Satelliten, das heisst selbstständige Franchisenehmer, in der ganzen Schweiz.

3. Die Rewe Schweiz AG mit Sitz in Egerkingen ist eine Tochtergesellschaft der Rewe-Gruppe in Köln. Sie hat im Jahr 2005 mit den affilierten Gesellschaften Bon appétit Betriebs AG, Pick Pay Betriebs AG, Rewe (Switzerland) Strategischer Einkauf AG und e-tail holding ag fusioniert. Dabei änderte sie ihre Firma von Usego AG in Rewe Schweiz AG (nachfolgend: Rewe). Eines der zentralen Geschäftsfeldern der Rewe-Gruppe ist die Gastronomieversorgung (transGourmet Holding AG). Zur Rewe gehören die Pick Pay-Filialen sowie auch die im Franchising-System betriebenen Verkaufsgeschäfte von Pick Fresh und Partner von Pick Fresh.

4. Die Pick Pay Betriebs AG (nachfolgend: Pick Pay) ist ein im schweizerischen Detailhandel tätiges Unternehmen, welches sich als Markenartikel-Discounter bezeichnet. In den 146 Pick Pay-Filialen wird vor allem ein Food- und Near Food-Sortiment angeboten.

5. Beim Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um eine Aktivenübernahme von sämtlichen 146 Pick Pay-Filialen sowie des Logistikzentrums in Egerkingen. Nach der Übernahme treten diese Geschäftsstellen unter dem Logo Denner auf. Die Marke Pick Pay wird aufgegeben. Nicht übernommen werden die unter den Marken "Pick Fresh" und "Partner von Pick Fresh"

zusammengefassten Franchisenehmer. Die 75 Franchiseverträge tritt Rewe an die Westschweizer La Valaisanne Holding SA ab. Nach der Transaktion wird Denner in der Schweiz an über 700 Standorten vertreten sein.

6. Ziel des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist die Steigerung der Profitabilität von Denner, die sich aufgrund von Synergieeffekten in der Logistik und einer gestärkten Stellung gegenüber den Lieferanten ergeben soll.<sup>1</sup> Der Erwerb des Filialnetzes von Pick Pay soll Denner zudem ermöglichen, ihre Marktanteile in den Bereichen Food und Near Food zumindest zu halten oder wenn möglich zu vergrössern. Weiter ist der Zusammenschluss in den Kontext der kürzlich erfolgten beziehungsweise erwarteten Markteintritte der deutschen Discounter Aldi beziehungsweise Lidl zu stellen.

7. Das vorgesehene Zusammenschlussvorhaben ist mit zwei Nebenabreden ("ancillary restraints") verbunden. Diese betreffen zum einen ein Konkurrenzverbot zulasten von Rewe mit Bezug auf das Lebensmittel-Discountgeschäft in der Schweiz und zum anderen eine Vereinbarung zwischen Migros und Denner betreffend die Übernahme der Mietverträge der Pick Pay-Filialen. Diese Nebenabreden werden in Abschnitt D wettbewerbsrechtlich beurteilt.

#### **B Meldepflicht**

8. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

9. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Kontrollerwerb über einen Teil eines anderen Unternehmens. Denner wird die Aktiven von 146 Pick Pay-Filialen und des Logistikzentrums Egerkingen übernehmen. Diese Transaktion umfasst die Übertragung

<sup>1</sup> Vgl. Denner übernimmt Pick Pay, Medienmitteilung von Denner vom 5. September 2005, [www.denner.ch](http://www.denner.ch).

der Mietverträge beziehungsweise der Leasingverträge, die Übernahme des Personals sowie den Kauf der Ladeneinrichtungen und Warenvorräte. Die übernommenen Aktiven sind als Unternehmensteil von Pick Pay zu qualifizieren, da dieser als selbstständige wirtschaftliche Einheit auf dem Markt funktionieren könnte.

10. Als beteiligte Unternehmen gelten die Denner-Gruppe und die übernommenen Pick Pay-Filialen. Wie der Tabelle 1 zu entnehmen ist, erzielten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2004 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 500 Mio. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten.

11. Tabelle 1 illustriert ferner, dass die zwei beteiligten Unternehmen in der Schweiz im Jahr 2004 je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. erzielten. Somit ist auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze in der Schweiz im Jahr 2004

Denner AG	CHF 1'843,2 Mio.
Pick Pay Betriebs AG (ohne Umsätze der Pick Pay Partner)	CHF 635 Mio.
Total	CHF 2'478,2 Mio.

## C Beurteilung

### C.1 Relevante Märkte

#### C.1.1 Sachlich relevante Märkte

12. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]). Nachfolgend werden zunächst der Absatzmarkt und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

13. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen<sup>2</sup>

- dem Absatzmarkt, auf dem die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

14. Zwischen dem Absatzmarkt und den Beschaffungsmärkten bestehen enge Interdependenzen. So ist das Verhalten der Akteure auf den Beschaffungsmärkten abhängig von der Nachfrage der Endkonsumenten auf dem Absatzmarkt. Die Bedürfnisse des Endkonsumenten wirken sich somit über den Detailhandel auf die Hersteller aus.<sup>3</sup>

#### C.1.1.1 Absatzmarkt

15. Die Marktabgrenzung lässt sich anhand der Typen von Einkaufsläden vornehmen, in welchen die Konsumenten ihre Einkäufe tätigen. Diese sich am europäischen Recht orientierende Marktabgrenzung<sup>4</sup> stellt massgeblich auf das Verhalten der Konsumenten sowie auf das Angebot der von verschiedenen Akteuren angebotenen Waren des täglichen Bedarfs ab. Seit dem Fall Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 559 ff.) betrachtet die Weko nicht mehr einzelne Produktgruppen als die sachlich relevanten Märkte. Vielmehr besteht der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment, welches aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken. Ein solches Angebot besteht aus Food, Near Food und Non Food Produkten, wobei der Schwerpunkt im Bereich der Food-Produkte (insbesondere auf Frischprodukten) liegt. Dementsprechend gehören diejenigen Verkaufspunkte zum (Lebensmittel-)Detailhandel, deren Angebote mindestens zu einem Drittel aus Lebensmitteln bestehen.<sup>5</sup> Wie im Fall Coop/Waro werden der Spezialhandel (Metzgereien, Bäckereien etc.), die Tankstellen- und die Bahnhofshops vom vorliegenden Absatzmarkt ausgeschlossen.

16. Im Fall Coop/Waro hat die Weko die Frage, ob Discountmärkte und Warenhäuser in den relevanten Markt mit einzubeziehen sind, offen gelassen.<sup>6</sup> Hingegen wurden die Denner-Satelliten zum Detailhandelsmarkt gezählt. Würde im vorliegenden Fall ein separater Discountmarkt definiert werden, müsste diese Unterscheidung wiederum vorgenommen werden. Die Denner-Satelliten sind im Gegensatz zu den Denner-Filialen selbstständige Franchisenehmer und Vollversorger. Das Sortiment der Denner-Satelliten besteht aus 1'500 Discount- und maximal 4'700 Zusatzartikeln, die von Direktlieferanten bezogen und nicht zu Discountpreisen angeboten werden.

17. Die Gründe, weshalb die Discounter im Fall Coop/Waro nicht explizit zum klassischen Detailhandelsmarkt gezählt wurden, sind die folgenden:

- Die Discounter führen kein oder lediglich ein kleines Sortiment an Frischprodukten. Somit verfügen die Discounter aus Sicht der Konsumenten nicht über ein ausreichendes Angebot zur Deckung des täglichen Bedarfs.
- Die durchschnittliche Zahl der angebotenen Artikel ist in Discountgeschäften relativ gering.

<sup>2</sup>Vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff. Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M 1684.

<sup>3</sup>Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 150, Rz. 26.

<sup>4</sup>Vgl. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>5</sup>Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 150, Rz. 28.

<sup>6</sup>Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 566 f., Rz. 34.

- Die Discounter bieten verglichen mit dem klassischen Detailhandel nur geringe Serviceleistungen an.

18. Ein zusätzlicher Parameter, welcher einen hypothetischen Discountmarkt vom klassischen Detailhandel unterscheidet, ist der Preis. Gemäss Ansicht der Parteien ist dies sogar das zentrale Merkmal eines hypothetischen Discountmarkts.

19. In einem hypothetischen Discountmarkt kann unterschieden werden zwischen so genannten Hard- und Softdiscountern. Als Harddiscounter werden Anbieter mit einem stark limitierten Sortiment, nur wenigen Frischprodukten und äusserst tiefen Preisen bezeichnet. Die Harddiscounter bieten im Vergleich zu den Softdiscountern ein kleineres Sortiment zu tieferen Preisen an. Aldi und Lidl führen ein Sortiment von rund 700 Artikeln, welche sie zu Tiefstpreisen anbieten.<sup>7</sup> Der Preisunterschied der Schweizer Discounter Denner und Pick Pay ist im Vergleich zum klassischen Detailhandel nicht so gross wie beispielsweise in Deutschland. Weiter verfügen Denner respektive Pick Pay über Sortimentsgrössen von 1'500 beziehungsweise 3'500 Artikel. Dementsprechend gelten Denner und Pick Pay als Softdiscounter während sich Aldi und Lidl in Deutschland als Harddiscounter qualifizieren.<sup>8</sup> Im Gegensatz zu Discountgeschäften werden in grossen Supermärkten, so genannten Hypermärkten, mehr als 5'000 Artikel angeboten.<sup>9</sup>

20. Im Folgenden wird dargelegt, weshalb der Discountmarkt zum sachlich relevanten Markt des Detailhandels gehört: Definiert man den Discountmarkt als einen separaten Markt aufgrund der tiefen Preise, müssten auch Tiefpreis-Produktlinien von Detailhändlern wie M-Budget und Prix Garantie sowie allenfalls günstige Eigenmarken derselben zum Discountmarkt gezählt werden. Dementsprechend gibt Coop an, dass sich der unmittelbare Wettbewerb zwischen Coop und den Discountern in der Schweiz durch die Einführung der Dauertiefpreislinie Prix Garantie weiter verschärft habe. Nebst Migros und Coop führen auch Carrefour, Spar und Volg Tiefpreis-Produktlinien. Migros, Coop und Spar erzielen mit diesen rund 3% des Umsatzes. Die Tiefpreis-Produktlinien umfassen bei Carrefour und Migros ungefähr 400, bei Coop rund 300 und bei Spar bis Ende 2005 200 Artikel des täglichen Bedarfs in allen Warengruppen der jeweiligen Sortimente. Bezüglich der Tiefpreis-Produktlinien ist hervorzuheben, dass diese grosse Wachstumsraten verzeichnen. Von 1996 bis 2004 ist der Migros-Umsatz mit M-Budget beispielsweise von CHF 50 Mio. auf CHF 288 Mio. angestiegen.<sup>10</sup>

21. Betreffend der Eigenmarken ist festzuhalten, dass der Eigenmarkenanteil im Schweizer Lebensmittelmarkt rund 40% beträgt. Wertmässig teilen sich Migros und Coop 94% der Eigenmarken (Migros 67%, Coop 27%). Während die Migros 77% des Lebensmittelumsatzes mit Eigenmarken erzielt, beträgt diese Grösse bei Coop 33%.<sup>11</sup>

22. Allerdings ist eine Abgrenzung des Discountmarktes hinsichtlich des Preises insofern schwierig vorzunehmen, als bei Preisvergleichen je nach ausgewähl-

tem Warenkorb andere Unternehmen am besten abschneiden. Beispielsweise ist Pick Pay gemäss Preisvergleichen im K-Tipp teurer als Migros und teilweise, je nach gewähltem Warenkorb, teurer als Coop. Ferner ist Denner bei diesen Preisvergleichen stets unter den drei günstigsten Anbietern, wird aber gelegentlich von Carrefour, Migros und Spar auf den zweiten oder dritten Platz verdrängt.<sup>12</sup> Auch ist der Preisunterschied der Schweizer Discounter im Vergleich zum klassischen Detailhandel nicht so gross wie in anderen Ländern (vgl. Rz. 18). Ferner hat die Weko im Fall Coop-Forte im Schweizer Detailhandel eine allgemeine Tendenz zur Tiefpreispolitik festgestellt, welche durch Werbung und Zeitungsinserate angeheizt wird.<sup>13</sup>

23. Gemäss Ansicht der Parteien trifft eine allfällige Abgrenzung des Discountmarkts aufgrund des kleinen oder nicht vorhandenen Sortiments von Frischprodukten insofern nicht mehr zu, als dass Denner wieder, und in zunehmenden Ausmass, Frischprodukte (Früchte und Gemüse) anbietet.

24. Ferner ist die Definition eines separaten Discountmarkts aufgrund der relativ geringen Anzahl Artikel im Sortiment von Discountern insofern schwierig vorzunehmen, als die Sortimentsgrössen der Discounter beträchtliche Unterschiede aufweisen (vgl. Rz. 18).

25. Aufgrund des geringeren Sortiments und des kleinen Angebots an Frischprodukten in Discountläden kann geschlossen werden, dass ein Einkauf in einem klassischen Supermarkt nur beschränkt mit einem Einkauf in einem Discountgeschäft substituierbar ist. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht. Aus Sicht des Kunden ist der Einkauf in einem Discountmarkt durch den Einkauf im Supermarkt gut substituierbar, insbesondere aufgrund der Aktionen und der Einführung der Tiefpreis-Produktlinien der klassischen Detailhändler. Somit liegt mit Sicherheit eine einseitige beziehungsweise asymmetrische Substituierbarkeit vor.

26. Anzumerken bleibt, dass die Discounter gemäss Angaben der klassischen Detailhändler keine eigene Kundengruppe ansprechen. Ihres Erachtens existiert der Discountkunde nicht. Die heutigen Konsumenten sind sowohl preisorientierte Schnäppchenjäger mit

<sup>7</sup> Vgl. PETER KELLER, Aldi und Lidl erhöhen Druck auf Arbeitsplätze im Detailhandel, NZZ am Sonntag, 29. September 2005, S. 41.

<sup>8</sup> Vgl. Gret Heer, Aldi bringt kein Wachstum, Handelszeitung, 25. Mai 2005.

<sup>9</sup> Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 568, Rz. 37.

<sup>10</sup> Vgl. THOMAS HOCHREUTENER Studie Marken/Eigenmarken, IHA-GfK AG, Hergiswil, 12. September 2005.

<sup>11</sup> a.a.O.

<sup>12</sup> Vgl. K-Tipp, 6. April 2005, S. 4 f.; K-Tipp, 26. Januar 2005, S. 12 ff.; K-Tipp, 22. September 2004, S. 4 ff.

<sup>13</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 153, Rz. 49.

Discountpräferenz als auch Konsumenten mit hohen Ansprüchen an Auswahl, Qualität und Sortimentsvielfalt. Demgemäss würden mit den Tiefpreis-Produktlinien auch sämtliche Kundengruppen visiert. Aufgrund der nicht klar zuordenbaren Käuferschaft erfolge mit den Tiefpreis-Produktlinien eine Konkurrenzierung des gesamten Detailhandels.

27. Weiter wirkte sich der kürzlich erfolgte Markteintritt des deutschen Discounters Aldi bereits im Vorfeld auf die Preis- und Sortimentspolitik der klassischen Detailhändler aus. Dasselbe gilt für den heute noch erwarteten Markteintritt von Lidl. Dies legt nahe, dass die Einkäufe in Discountläden und in Supermärkten aus Sicht der Konsumenten substituierbar sind.

28. Aufgrund der genannten Argumente gehören die Discounter zum sachlich relevanten Markt des Detailhandels. Diese Ansicht wird sowohl von den Parteien als auch von den befragten Konkurrenten geteilt.

### *C.1.1.2 Beschaffungsmärkte*

29. Auf der Beschaffungsseite bilden die Lieferanten von Detailhandels-Produkten die Marktgegenseite. Der Detailhandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Detailhandelsprodukten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind zum Beispiel spezialisierte Teilsortimentsanbieter (Spezialhandel wie z.B. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc.), sonstiger Grosshandel, die Gastronomie, der Export, der Direktvertrieb und der E-Commerce.

30. Diese verschiedenen Vertriebswege unterscheiden sich auf mehrfache Weise, unter anderem hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, der Ausprägung des angebotenen Sortiments und der Verkaufsatmosphäre. Der grösste Unterschied zwischen den einzelnen Absatzkanälen besteht darin, dass je nach Vertriebsnetz meist nur bestimmte Kundengruppen (wie z.B. private Konsumenten oder Gastronomiebetriebe) bedient werden können. Für den Hersteller sind die verschiedenen Absatzwege folglich nicht ohne weiteres austauschbar.<sup>14</sup> Deshalb muss für die Abgrenzung der Beschaffungsmärkte die Substituierbarkeit dieser Absatzkanäle sowie die Angebotsumstellungsflexibilität der Hersteller beurteilt werden.

31. Seitens des Detailhandels besteht eine Nachfrage nach einem Gesamtsortiment, da sich die Nachfrage seiner Kunden ebenfalls auf ein gesamtes Sortiment richtet. Im Normalfall ist es für den Detailhändler aber nicht möglich, das Gesamtsortiment komplett von ein- und demselben Hersteller zu beziehen. Deshalb kann nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Detailhandel ausgegangen werden. Vielmehr sind nach Produktgruppen verschiedene Märkte zu unterscheiden.<sup>15</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass ebenso viele Märkte existieren, wie es Produktgruppen gibt. Auf jedem dieser Märkte stehen die Lieferanten zueinander im Wettbewerb.

32. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sind im Wesentlichen folgende (nicht abschliessende) Produktgruppen zu unterscheiden:<sup>16</sup>

- Milchprodukte/Eier
- Brot/Backwaren
- Fleisch
- Tiefkühlprodukte
- Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)
- Gemüse/Salate
- Obst/Früchte
- Konserven/Saucen
- Suppen/Kochzutaten
- Grundnahrungsmittel/Backzutaten
- Warmgetränke/Cerealien (Getreide)
- Süsswaren/Backwaren
- Snacks/Apéro
- Tiernahrung/Tierbedarf
- alkoholische Getränke
- Erfrischungsgetränke
- Körperpflege/Kosmetik
- Wasch-/Reinigungsmittel
- Papier-/Hygieneprodukte
- Raucherwaren
- andere Produkte (sonstige)

33. Für jede dieser Produktgruppen sollen vorliegend die Distributionsleistungen des Detailhandels den sachlich relevanten Markt bilden. Darunter werden die Leistungen verstanden, welche es den Lieferanten ermöglichen, mit ihren Produkten in eine Produktgruppe aufgenommen zu werden und durch diese Aufnahme ins Sortiment des Detailhändlers an die Konsumenten zu gelangen. Im Rahmen der Untersuchung CoopForte wurde offen gelassen, ob die Absatzkanäle Gastronomie, Spitäler, Spezialgeschäfte (inkl. Tankstellen) und Export ebenfalls Teil des relevanten Marktes sind.<sup>17</sup> Dies kann auch im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

<sup>14</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 151, Rz. 37.

<sup>15</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 151, Rz. 32; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 42; Rewe/Meinl EU IV/M.1221; REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>16</sup> Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 569, Rz. 43.

<sup>17</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 151, Rz. 38.

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

34. 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).

#### **C.1.2.1 Absatzmarkt**

35. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer<sup>18</sup> und europäischer Rechtsprechung<sup>19</sup> auf zwei Ebenen ab, nämlich einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufsläden und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Detailhandelsmarktes in Betracht zu ziehen.

36. Aus Sicht der Nachfrager ist der geografisch relevante Markt lokal, da die Transaktionskosten in einem begrenzten Gebiet gering ausfallen und es sich infolgedessen für die Nachfrager lohnt, den Weg zu einem Verkaufspunkt auf sich zu nehmen. Typischerweise bevorzugt ein Nachfrager bei Gütern des täglichen Gebrauchs einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung; oft sogar den Nächstgelegenen. In geografischer Hinsicht ergibt sich damit ein Marktkreis mit dem nächstgelegenen Verkaufspunkt als Zentrum. Die Weko definierte die Marktkreise mit einem Radius von 20 Autofahrminuten.<sup>20</sup>

37. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, soll die wettbewerbsrechtliche Analyse im Detailhandel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang beurteilt werden:

- Einerseits gibt es im besiedelten Gebiet für Güter des täglichen Gebrauchs dichte und flächendeckende Vertriebsnetze. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt.
- Andererseits werden die wettbewerbsrechtlichen Entscheide der marktführenden Unternehmen Coop und Migros zentral gefasst und koordiniert. Auch Denner betreibt landesweit eine weitgehend einheitliche Preis- und Sortimentspolitik. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

#### **C.1.2.2 Beschaffungsmärkte**

38. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt mindestens nationale Dimensionen auf. Insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als die Schweiz.<sup>21</sup>

### **C.2 Betroffene Märkte**

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

von einem der beteiligten Unternehmen auf 30% oder mehr beläuft. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Diesfalls erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung.

40. Unten wird dargelegt, dass die Beschaffungsmärkte alkoholische Getränke und Raucherwaren betroffene Märkte gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU sind.

#### **C.2.1 Absatzmarkt**

41. Auf dem (Lebensmittel-)Detailhandelsmarkt hielt Denner im Jahr 2004 einen nationalen Marktanteil von [<5]% und Pick Pay (inklusive Partner) einen von [<5]%. Insgesamt ergibt sich durch den Zusammenschluss ein gemeinsamer Marktanteil von [<10]%.<sup>22</sup>

42. Selbst wenn bei der geografischen Marktabgrenzung lokale Märkte zugrunde gelegt würden, würde im vorliegenden Fall keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden, da an Standorten, wo der Zusammenschluss zu Überschneidungen der Denner- und der Pick Pay-Filialen führt, stets auch Verkaufspunkte von Coop, Manor und/oder Migros in Kombination mit Volg oder Weinhandelsgeschäften vorhanden sind beziehungsweise mit Auto innerhalb von 20 Minuten erreicht werden können.

43. Folglich liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Dennoch sollen im Folgenden einige Bemerkungen über die Wettbewerbssituation im Schweizer Detailhandelsmarkt angebracht werden.

44. Die wichtigsten Wettbewerber von Denner, das heisst Migros und Coop, hielten im Jahr 2004 Marktanteile von ca. 35% und ca. 32%.<sup>22</sup> Somit liegt der Marktanteil von Denner im Detailhandel weit hinter den grössten Marktteilnehmern. Mit dem geplanten Zusammenschluss wird die Position von Denner als dritte Kraft gestärkt.

45. Aufgrund der Stärkung der Position von Denner sind die befragten Konkurrenten der Ansicht, dass sich der Wettbewerb im Detailhandelsmarkt durch das Zusammenschlussvorhaben intensivieren wird. Insgesamt zeichnet sich der Schweizer Detailhandelsmarkt bereits heute durch eine ausgeprägte Wettbewerbsdynamik aus.<sup>23</sup> Diese wird insbesondere auch durch den im Oktober 2005 erfolgten Markteintritt von Aldi und den erwarteten Markteintritt von Lidl verstärkt. Derjenige von Lidl wird von den Parteien auf das Jahr 2007 geschätzt.

<sup>18</sup> Vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571.

<sup>19</sup> Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, Rewe/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>20</sup> Vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 572.

<sup>21</sup> Vgl. TransGourmet Holding AG, RPW 2005/2, S. 344, Rz. 34.

<sup>22</sup> Vgl. IHA-GfK Gesamtwarenkörperhebung per Dezember 2004.

<sup>23</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 152, Rz. 46.

## C.2.2 Beschaffungsmärkte

46. Präzise Daten in Bezug auf die Beschaffungsmärkte sind schwierig zu erlangen. Im Fall Coop/Waro betrachtete die Weko die Marktanteile der verschiedenen Detailhändler auf den einzelnen Beschaffungsmärkten als annähernd so gross wie die Marktanteile auf den entsprechenden Absatzmärkten, ohne jedoch gewisse Abweichungen auszuschliessen.<sup>24</sup> Dieser Ansatz wird auch im vorliegenden Fall verfolgt. Allerdings sind die daraus resultierenden Marktanteile auf den Beschaffungsmärkten als Höchstwerte zu interpretieren, da nicht auszuschliessen ist, dass die Beschaffungsmärkte ein grösseres geografisches Gebiet als die Schweiz umfassen und den Lieferanten grundsätzlich neben dem Detailhandel andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen. Ferner wurde durch den Markteintritt von Aldi ein zusätzlicher Absatzkanal geschaffen. Auch könnte der erwartete Markteintritt von Lidl inskünftig eine weitere Absatzalternative generieren.

47. Im vorliegenden Fall sind die Beschaffungsmärkte alkoholische Getränke und Raucherwaren betroffene Märkte. Eine Befragung der Lieferanten im Fall Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 591, Rz. 30) ergab, dass ein Marktanteil von Coop in einer Produktgruppe von mehr als 30% als Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit des auf dem betreffenden Markt tätigen Lieferanten gedeutet wird. In der nachfolgenden Analyse der betroffenen Beschaffungsmärkte wird dieser Aussage Rechnung getragen.

48. Die Marktanteilsadditionen in den anderen Produktgruppen-Märkten liegen lediglich zwischen [ $<1$ ] % im Bereich Frischprodukte und [ $<5$ ] % im Produktgruppenmarkt Erfrischungsgetränke.<sup>25</sup> Unter den wichtigsten Lieferanten von Denner und Pick Pay in den Bereichen Food und Near Food befinden sich zudem zahlreiche angebotsmächtige Unternehmen wie beispielsweise Nestlé, Masterfoods, Procter&Gamble und Beiersdorf. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird die Verhandlungsposition von Denner gegenüber diesen Lieferanten gestärkt.

49. Trotzdem geben Promarca und die befragten Hersteller von Markenartikeln an, dass ihre Position durch die geplante Transaktion tendenziell geschwächt werde, da Denner im Vergleich zu Pick Pay stärker auf Eigenmarken setze und ein schmaleres Sortiment anbiete. Insofern würde die Markenartikelindustrie einen interessanten Absatzkanal verlieren. Allerdings gilt anzumerken, dass Denner durch die geplante Transaktion zusätzliche Kapazitäten schafft und eine bessere geografische Abdeckung erzielt.

### C.2.2.1 Alkoholische Getränke

50. Der Markt für alkoholische Getränke ist ein Markt mit einigen wenigen grossen Anbietern wie Diawisa, Diageo, Bataillard und Caves Garnier, aber auch zahlreichen kleinen Anbietern. Gemäss Angaben der Vereinigung Schweizer Weinhandel und des Schweizerischen Spirituosenverbands werden ca. 35% der Nachfrage in der Schweiz durch ausländische Lieferanten befriedigt. Allerdings würden die Schweizer Lieferanten lediglich 1% des Umsatzes über den Exportkanal

erzielen. Dementsprechend gibt die grosse Mehrheit der Lieferanten an, dass ihr Absatzgebiet national ist.

51. Auf dem Beschaffungsmarkt für alkoholische Getränke hält Denner einen Marktanteil von ungefähr [10-20] % und Pick Pay einen solchen von ungefähr [10-20] %. Somit wird der gemeinsame Marktanteil nach dem Zusammenschluss ca. [25-35] % betragen. Dieser Marktanteil ist erstens insofern zu relativieren, als der Marktanteil von Pick Pay auch das Beschaffungsvolumen von Pick Pay umfasst, das über die nicht zu übernehmenden Pick Pay-Partner abgesetzt wird. Die Parteien schätzen den Anteil der Pick Pay-Partner am jährlichen Beschaffungsvolumen von Pick Pay auf 20%. Folglich beträgt der kombinierte Marktanteil von Denner und der Pick Pay-Filialen nach dem Zusammenschluss rund [20-30] %. Zweitens werden die Umsätze des Grosshandels, der Gastronomiebelieferung und des Direktvertriebs nicht zum Beschaffungsmarkt für alkoholische Getränke gezählt. Gemäss Angaben des Marktforschungsinstituts IHA-GfK AG erzielen die Lieferanten von alkoholischen Getränken mehr als die Hälfte des Umsatzes ausserhalb des Detailhandels. Die Vereinigung Schweizer Weinhandel und der Schweizerische Spirituosenverband schätzen, dass die Lieferanten von alkoholischen Getränken in der Schweiz 60% über den Absatzkanal Detailhandel, 15% über die Gastronomie, 15% über den Fachhandel, 9% durch den Direktverkauf und, wie bereits erwähnt, 1% durch Exporte absetzen.

52. Hinsichtlich des Einflusses des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die Lieferanten von alkoholischen Getränken gilt es zu unterscheiden zwischen den Lieferanten, die bisher nur Denner belieferten und jenen, die sowohl Denner als auch Pick Pay oder gar nur Pick Pay als Kunden hatten. Für die erste Gruppe von Lieferanten dürfte sich der vorliegende Zusammenschluss positiv auswirken, da sich ihre Distributionsmöglichkeiten dadurch erhöhen.

53. Die zweite Gruppe von Lieferanten gab mehrheitlich an, dass ihre Position gegenüber Denner durch das geplante Zusammenschlussvorhaben geschwächt wird. Insbesondere werden ein höherer Preisdruck und tiefere Margen erwartet. Zudem wird befürchtet, dass gewisse Produkte ausgelistet werden und somit die Angebotsvielfalt reduziert wird, da das Sortiment von Denner im Vergleich zu Pick Pay kleiner ist. Ein Lieferant fand jedoch, dass seine Position unverändert bleibe, da der Pick Pay-Kanal faktisch nicht verloren gehe, sondern lediglich in den Denner-Kanal transferiert würde. Falls Pick Pay am Markt nicht mehr überleben könne, wäre ein Zusammenschluss mit Denner die beste Lösung. Im Gegensatz dazu befürchten insbesondere die Weinimporteure, durch den Zusammenschluss einen Absatzkanal zu verlieren, da Denner im Gegensatz zu Pick Pay vor allem direkt importiert.

<sup>24</sup> Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 591, Rz. 128.

<sup>25</sup> Vgl. Gesamtwarenkörperhebung der IHA-GfK per Dezember 2004.



54. Tatsächlich erzielen ungefähr zwei Drittel der befragten Lieferanten mehr als 30% ihres Umsatzes im Detailhandel mit Denner und Pick Pay. Wie oben erwähnt, gilt dies als Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit dieser Lieferanten (vgl. Rz. 47).

55. Weiter gilt festzuhalten, dass sich mit der vorliegenden Transaktion der zweit- und der drittgrösste Abnehmer von alkoholischen Getränken im Detailhandel zusammenschliessen. Nach dem Zusammenschluss dürfte über den Absatzkanal Denner ungefähr dasselbe Volumen abgesetzt werden wie über den Coop-Kanal.

56. Somit wird der Zusammenschluss die Situation auf dem Beschaffungsmarkt für alkoholische Getränke beeinflussen. Die folgenden Gründe sprechen aber gegen eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Denner auf dem Beschaffungsmarkt für alkoholische Getränke:

- Erstens stellt der Coop-Kanal für die Lieferanten von alkoholischen Getränken mit einem Marktanteil von ungefähr 30% eine gleichwertige Absatzalternative dar.<sup>26</sup> Nebst Coop und Denner stehen den Lieferanten auch andere Absatzkanäle im Detailhandel wie beispielsweise Carrefour und Spar zur Verfügung. Ferner wurde durch den Markteintritt von Aldi ein zusätzlicher Absatzkanal für alkoholische Getränke geschaffen. Auch könnte der erwartete Markteintritt von Lidl inskünftig eine weitere Absatzalternative generieren.
- Zweitens wird sich die befürchtete Reduktion der Angebotsvielfalt bei einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Detailhändlern nicht realisieren können, solange diese von den Konsumenten tatsächlich nachgefragt wird. Vorstellbar ist, dass beispielsweise Coop alkoholische Getränke, die infolge des Zusammenschlusses ausgelistet werden, in ihr Sortiment aufnehmen wird, sofern diese Produkte auf dem Absatzmarkt in einem genügenden Umfang nachgefragt werden.
- Drittens wurde im Fall Coop/Waro festgehalten, dass die Gastronomie für Lieferanten von alkoholischen Getränken einen alternativen Absatzkanal ausserhalb des (Lebensmittels-)Detailhandels darstellt.<sup>27</sup> Tatsächlich beliefert die grosse Mehrheit der befragten Lieferanten auch die Gastronomie. In einigen Fällen wird rund die Hälfte des Volumens über diesen Vertriebskanal abgesetzt. Nebst der Gastronomie sind Fachgeschäfte, der Direktvertrieb und der Export (vgl. Rz. 51), aber auch die Convenience-Shops (inklusive Tankstellen-Shops) und der E-Commerce alternative Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels.
- Viertens sind einige Anbieter von alkoholischen Getränken international tätige Unternehmen, die aufgrund von bekannten Marken, insbesondere im Bereich der Spirituosen, eine nicht zu unterschätzende Verhandlungsmacht gegenüber Denner einnehmen dürften. Dasselbe gilt für die grossen Anbieter der Branche wie Diwisa und Caves Garnier. Zudem sind die Bedenken der befragten Lieferanten insofern zu relativieren, als sie hinsichtlich ihrer Po-

sition gegenüber Denner und Pick Pay im Vergleich zu anderen Detailhändlern keinen wesentlichen Unterschied konstatieren. Es handle sich hierbei um eine typische Beziehung zwischen Lieferanten und Grossverteiler.

- Fünftens bleibt betreffend einer allfälligen wirtschaftlichen Abhängigkeit von einzelnen Lieferanten anzumerken, dass Sortimentsumstellungen und damit die Beendigung von Lieferbeziehungen im Bereich der alkoholischen Getränke gemäss Angaben der Parteien de facto nur langfristig vorgenommen werden können. Beispielsweise wären Weinbestellungen für das Weihnachtsgeschäft 2006 für die Pick Pay-Filialen bereits vorgenommen worden. Selbst wenn einzelne der bisherigen Pick Pay-Lieferanten im Rahmen der Ausrichtung des Sortiments in den Pick Pay-Filialen auf das Denner-Sortiment nicht mehr berücksichtigt werden sollten, würde und könnte eine solche Auflösung der Lieferbeziehungen von Seiten von Denner nicht kurzfristig erfolgen, da Bestellungen über Zeiträume von mehr als 12 Monaten nicht unüblich seien. Die Dauer dieser Fristen im Falle einer allfälligen Nichtaufrechterhaltung einer Lieferbeziehung sollte es den Lieferanten ermöglichen, andere Absatzkanäle zu erschliessen.

57. Trotz der genannten Gründe, die gegen eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung sprechen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Lieferanten durch das Zusammenschlussvorhaben in eine individuelle Abhängigkeit zu Denner geraten. Um dieser wettbewerbsrechtlichen Problematik Rechnung zu tragen, erklärte sich Denner damit einverstanden, dass das Sekretariat der Weko nach Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung denjenigen Lieferanten von alkoholischen Getränken von Pick Pay-Filialen und Denner, bei welchen aufgrund des Vorprüfungsverfahrens sowie der Akten des Zusammenschlussvorhabens eine individuelle Abhängigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, oder welche sich aus eigenem Antrieb wegen allfälligen individuellen Abhängigkeiten von Denner beim Sekretariat der Weko melden, innerhalb der nächsten zwei Monate, das heisst bis zum 15. Dezember 2005, ein Schreiben mit folgendem Inhalt übermittelt:

"An [Lieferant]

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf die von der Wettbewerbskommission am 14. Oktober 2005 genehmigte Übernahme der Pick Pay-Filialen durch Denner AG kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Lieferanten von alkoholischen Getränken in eine individuelle Abhängigkeit von Denner AG gera-

<sup>26</sup> Vgl. Verteileranteile alkoholhaltige Getränke in der Schweiz 2003/2004, IHA-GfK AG, Hergiswil.

<sup>27</sup> Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 593, Rz. 137.

ten. Sollten Sie der Auffassung sein, dass die nachfolgenden Kriterien für die Annahme einer unverschuldeten individuellen Abhängigkeit in Ihrem Fall zutreffen, haben Sie die Möglichkeit, dies dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bis zum 31. Dezember 2005 glaubhaft darzulegen. Sofern eine Prüfung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission ergibt, dass eine individuelle Abhängigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, wird das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit Ihrer Zustimmung Denner AG kontaktieren, damit Denner AG mit Ihnen eine individuelle Lösung finden kann.

Eine individuelle Abhängigkeit kann nur dann vorliegen, wenn entweder die Kriterien A.1 bis A.3 oder die Kriterien B.1 bis B.3 jeweils kumulativ erfüllt sind:

#### **A: KRITERIEN INSBESONDERE FÜR LIEFERANTEN VON MARKENPRODUKTEN**

A.1 Sie erzielen auf dem Detailhandelsmarkt mehr als 30% Ihres Umsatzes mit Denner und Pick Pay.

A.2 Ihre Verhandlungsmacht gegenüber Denner ist nicht ausreichend, um zu verhindern, dass Denner ihre Bedingungen einseitig durchsetzen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

- Sie kein wichtiger Akteur auf dem Markt sind;
- Sie Ihre Produkte nicht exportieren können;
- Sie keine bekannten Produkte (führende Marken) oder kein schwer ersetzbares Produktsortiment anbieten.

A.3 Sie haben nebst Denner keine alternativen Absatzkanäle innerhalb und ausserhalb des Detailhandels. Mit anderen Worten ist Ihre Existenz gefährdet, wenn Sie den Absatzkanal Denner innerhalb eines Jahres verlieren.

#### **B: KRITERIEN INSBESONDERE FÜR LIEFERANTEN VON EIGENMARKEN**

B.1 Sie haben für die Absatzkanäle Denner und Pick Pay spezifische Investitionen getätigt, beispielsweise im Zusammenhang mit den Eigenmarken der Detailhändler.

B.2 Sie haben mit Denner und Pick Pay keine exklusiven und/oder langfristigen Verträge abgeschlossen, die Ihnen erlauben, allfällige spezifische Investitionen zu amortisieren.

B.3 Die Umstellungskosten auf andere Märkte oder Absatzkanäle sind so hoch, dass eine Umstellung die wirtschaftliche Existenz Ihres Unternehmens gefährden würde.

Sind die Bedingungen für eine wirtschaftliche Abhängigkeit erfüllt, müssen Sie zudem darlegen können, dass Ihre Abhängigkeit keine Konsequenz einer strategischen Entscheidung von Ihnen ist, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erwies, beziehungsweise dass diese Abhängigkeit

ohne Ihr Selbstverschulden aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten entstanden ist.

Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass sämtliche Informationen, die Sie dem Sekretariat der Weko mitteilen, als Geschäftsgeheimnisse behandelt werden.

Mit freundlichen Grüssen

WETTBEWERBSKOMMISSION SEKRETARIAT"

Denner sichert dem Sekretariat der Weko zu, mit denjenigen Lieferanten, welche aufgrund des oben umschriebenen Verfahrens vom Sekretariat der Wettbewerbskommission nach vorgenommener Prüfung als von Denner individuell abhängig erachtet werden, eine individuelle Lösung zu suchen. Eine derartige Lösung kann grundsätzlich darin bestehen, entweder die Lieferbeziehung mit dem individuell abhängigen Lieferanten für einen Zeitraum von längstens 12 Monaten ab Closing der Transaktion zu markt- und branchenüblichen Konditionen aufrechtzuerhalten oder dem Lieferanten während eines Zeitraums von längstens 12 Monaten ab Closing der Transaktion bei einer Abnahmeverpflichtung zu markt- und branchenüblichen Konditionen für die bisher während des Jahres 2004 an Pick Pay-Filialen gelieferten Mengen zu helfen, die Produktion im Rahmen der bestehenden Denner Kompetenz- oder Eigenmarken an die Bedarfssituation auf der Absatzseite und die spezifischen Qualitätsanforderungen von Denner anzupassen.

Eine Pflicht zur Aufrechterhaltung beziehungsweise zur Abnahme besteht maximal im Umfang der Liefermenge des Jahres 2004 für die Pick Pay-Filialen unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auf die Pick Pay-Filialen ca. 80% der für Pick Pay (inkl. Partner) gelieferten Menge entfielen. Die Pflicht zur Aufrechterhaltung beziehungsweise zur Abnahme steht unter der Bedingung, dass die Produkte den erwähnten Qualitätsanforderungen von Denner entsprechen, dass Liefertermine und bestellte Liefermengen exakt eingehalten werden, dass die Weiterführung des Lieferverhältnisses beziehungsweise die Abnahmeverpflichtung für Denner wirtschaftlich zumutbar ist und Denner platzmässig über die nötigen Ressourcen verfügt. Im gegenseitigen Einverständnis können Denner und der jeweilige individuell abhängige Lieferant jederzeit von der getroffenen individuellen Lösung abweichen.

#### **C.2.2.2 Raucherwaren**

58. In der Produktgruppe Raucherwaren erreichen Denner respektive Pick Pay gemäss Angaben der Parteien einen Marktanteil von ca. [10-20]% respektive [0-10]% des schweizerischen Marktvolumens (inklusive den Detailhandel, die Gastronomiebelieferung und den Grosshandel). Innerhalb des Detailhandels betragen diese Werte [<35]% respektive [<10]%.

59. Die Antworten der befragten Lieferanten von Raucherwaren können in zwei Gruppen eingeteilt werden. Während die erste Gruppe die Lieferanten von "braunen Waren" (Tabak, Zigarren etc.) umfasst, besteht die zweite Gruppe aus den Zigarettenprodu-

zenten. Gemäss der ersten Gruppe von Lieferanten erhöht das Zusammenschlussvorhaben die Nachfragemacht von Denner zwar tendenziell. Allerdings wird dadurch kein wesentlicher Einfluss auf ihre wettbewerbliche Position auf dem Markt erwartet.

60. Hingegen befürchten die Zigarettenhersteller, dass Denner die erhöhte Nachfragemacht ausspielen wird, um bessere Konditionen zu erzwingen. Jedoch haben die Zigarettenproduzenten Philip Morris SA (PM), British American Tobacco SA (BAT) und Japan Tobacco International AG (JTI) starke Marken wie Marlboro (PM), Parisienne (BAT) und Camel (JTI) in ihrem Portfolio. Aufgrund der hohen Markentreue der Zigarettenkunden sind die Detailhändler auf das Führen von Produkten von allen drei Herstellern angewiesen. Die Zigarettenproduzenten werden deshalb weiterhin eine starke Marktgegenseite bilden, die ein unabhängiges Verhalten seitens von Denner verhindern kann.

#### **D Nebenabreden ("ancillary restraints")**

61. Wettbewerbsbeschränkende Abreden, die mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, werden als Nebenabreden ("ancillary restraints") bezeichnet.<sup>28</sup> Eine allfällige Unbedenklichkeitserklärung eines Zusammenschlusses erfasst auch diese Nebenabreden.

62. Hingegen werden Abreden, welche die kumulativen Bedingungen der Unmittelbarkeit und der Notwendigkeit nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden darstellen, von der Unbedenklichkeitserklärung nicht abgedeckt. Sie bedürfen einer separaten Prüfung im Rahmen der entsprechenden kartellrechtlichen Verfahren.

63. Nachfolgend sollen das im Übernahmevertrag zwischen Denner und Rewe enthaltene befristete Konkurrenzverbot sowie die Vereinbarung zwischen Denner und Migros betreffend die Übernahme der Mietverträge der Pick Pay-Filialen wettbewerbsrechtlich gewürdigt werden.

#### **D.1 Befristetes Konkurrenzverbot**

64. Rewe hat sich verpflichtet, während einer Dauer von drei Jahren ab Datum des Closing Memorandums kein Discountgeschäft in der Schweiz zu betreiben oder sich an einem entsprechenden Schweizer Discountgeschäft direkt oder indirekt zu beteiligen.<sup>29</sup>

65. Konkurrenzverbote, die dem Veräusserer im Zusammenhang mit der Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils auferlegt werden, stellen sicher, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, zu dem in der Regel sowohl materielle als auch immaterielle Werte wie der Geschäftswert (Goodwill) des Unternehmens oder das Know-how des Veräusserers zählen. Werden nur materielle Vermögenswerte übertragen, können Wettbewerbsverbote nicht als notwendig und somit nicht als Nebenabreden angesehen werden.

66. Folglich sind Konkurrenzverbote nur dann als Nebenabreden zu qualifizieren, wenn immaterielle Ver-

mögenswerte übertragen werden. Sie sind aber nur dann gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer sowie ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.

67. In sachlicher Hinsicht beschränkt sich das vorliegende Konkurrenzverbot auf den Bereich des Discountgeschäfts und betrifft nicht den ganzen (Lebensmittel-)Detailhandel. In räumlicher Hinsicht beschränkt sich das Konkurrenzverbot auf das Gebiet, in dem die zu veräussernden Pick Pay-Filialen tätig sind (Schweiz). Deshalb scheint das Konkurrenzverbot sachlich und räumlich gerechtfertigt zu sein.

68. In zeitlicher Hinsicht wird eine Geltungsdauer von drei Jahren in der Regel als verhältnismässig beurteilt. Die EU-Kommission geht davon aus, dass im Zusammenhang mit der Übernahme eines Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils Konkurrenzverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt sind, wenn sowohl der Geschäftswert (Goodwill) als auch Know-how übertragen werden. Hingegen verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert transferiert wird.<sup>30</sup> Im vorliegenden Fall werden aus den folgenden Gründen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen: Mit der Übernahme der Pick Pay-Filialen werden das Personal mit den für den Betrieb der Filialen erforderlichen Kenntnissen (Know-how) und die Kunden der Filialen übernommen (Goodwill). Weiter werden vertrauliche Kontakte und Informationen betreffend den Beschaffungsmärkten transferiert (Goodwill und Know-how). Somit ist das vereinbarte Konkurrenzverbot gerechtfertigt.

#### **D.2 Vereinbarung zwischen Migros und Denner**

69. Die Migros als Vermieterin von 72 der 146 zu übernehmenden Pick Pay-Filialen hat mit Denner eine Vereinbarung betreffend die zu übernehmenden Mietverhältnisse abgeschlossen.

70. Verschiedene Mietverträge zwischen Migros und Pick Pay enthielten bisher unterschiedliche Angaben zur Sortimentsgestaltung, um die Komplementarität der Sortimente der Pick Pay-Filialen und der Migros sicherzustellen. In der vorliegenden Vereinbarung zwischen Denner und Migros ist eine Vereinheitlichung dieser Verträge geplant. Demgemäss soll Denner inskünftig in den von der Migros gemieteten Pick Pay-Filialen kein Frischgemüse und -obst anbieten. Gemäss Angaben der Parteien ist die Vereinheitlichung der Angaben zur Sortimentsgestaltung für Denner aus wirtschaftlichen Gründen zwingend notwendig, da Denner nur zwei Geschäftsstellentypen

<sup>28</sup> Vgl. RPW 2000/2, S. 247 f.

<sup>29</sup> Vgl. Ziffer 6.13 Übernahmevertrag.

<sup>30</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. C 56, 5.03.2005, S. 27 ff., Ziffer 20.

führt: einerseits Geschäfte mit einem Grundsortiment und einem beschränkten Angebot an frischem Gemüse und Obst und andererseits Geschäfte mit einem Grundsortiment ohne Frischgemüse und -obst.

71. Nebst diesen Angaben zur Sortimentsgestaltung umfasst die Vereinbarung insbesondere auch Bestimmungen zur ausserordentlichen Kündigung. [...]

72. [...]

73. Im Folgenden sollen zunächst die Bestimmungen zum ausserordentlichen Kündigungsrecht und anschliessend die Sortimentsbeschränkung betreffend das Verbot des Verkaufs von Frischgemüse und -obst wettbewerbsrechtlich gewürdigt werden.

74. Die ausserordentlichen Kündigungsgründe betreffen signifikante Änderungen im Aktionariat sowie der Geschäftsstrategien der Vertragsparteien. Die Realisierung der Kündigungsgründe würde fundamentale Elemente der Vertragsbasis tangieren. Diese Klauseln dürften deshalb als wichtige Gründe gemäss OR 263 zu qualifizieren sein. Gemäss Artikel 263 Absatz 1 OR bedarf es zur Übertragung der Geschäftsräumlichkeiten auf einen neuen Mieter der Zustimmung der Vermieterin, wobei die Zustimmung aus wichtigen Gründen verweigert werden darf. Diese Kündigungsgründe sind deshalb als unproblematisch zu betrachten.

75. Anzumerken bleibt, dass die Parteien den Hintergrund sowie Ziel und Zweck des ausserordentlichen Kündigungsgrundes von Seiten Migros bei einer Sortimentsveränderung im Umfang von mehr als [...] % wie folgt erläutern: Insbesondere Vermieter von Gewerbeflächen haben ein Interesse daran, dass das Mietobjekt nicht für von ihnen nicht vorgesehene Zwecke genutzt wird. Die Umschreibung eines Mietzwecks gehört zum zentralen Vertragsinhalt von Mietverträgen. Mit der vorliegenden Klausel wird sichergestellt, dass der Vermieter dann, wenn das Sortiment in den von Migros gemieteten Flächen erheblich (im Umfang von mehr als [...] %) verändert wird, das Mietverhältnis ausserordentlich kündigen kann. Damit wird verhindert, dass in den gemieteten Filialen eine Umnutzung der Flächen zu einem komplett anderen als dem vertraglich vereinbarten Zweck erfolgt.

76. Zum Verbot des Verkaufs von Frischobst und -gemüse in den von Migros gemieteten Filialen ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Folgendes anzumerken: Mit dieser Regelung werden für ungefähr [...] Filialen die bisher bestehenden Sortimentsangaben gelockert. In diesen unproblematischen Fällen ist die Sortimentsabsprache nicht als Nebenabrede, sondern als eine Rechtsnachfolge mit geminderten Pflichten für den Mieter zu qualifizieren.

77. Für die restlichen rund [...] Filialen gab es bisher keine Sortimentsbeschränkung. Gemäss Denner ist die Ausdehnung der Sortimentsbeschränkung auf diese Filialen notwendig, um zu gewährleisten, dass die von

der Migros gemieteten Filialen einem Geschäftsstellentyp von Denner entsprechen. Für Denner bringe diese Gleichbehandlung insbesondere für die Integration der bisherigen Pick Pay-Filialen administrative Vereinfachungen mit sich.

78. Gemäss Ansicht der Weko bezweckt und/oder bewirkt diese Klausel eine Wettbewerbsbeschränkung zwischen direkten Konkurrenten. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist nachvollziehbar, dass die Zustimmung der Migros betreffend die Übertragung der Mietverträge eine entscheidende Rolle für das Zustandekommen der Transaktion war. Vermutungsweise wäre Denner nicht dazu bereit gewesen, nur die Pick Pay-Standorte, die nicht in Migros Liegenschaften eingemietet sind, zu übernehmen. Somit ist die Bedingung der Unmittelbarkeit der Abrede erfüllt. Vor dem Hintergrund, dass es bisher für rund [...] Filialen von Pick Pay keine Sortimentsbeschränkung gab, ist fraglich, ob die Notwendigkeit der Sortimentsbeschränkung gegeben ist.

79. Diese Frage kann aber im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da die Sortimentsbeschränkung den Wettbewerb aus den folgenden Gründen nicht erheblich beeinträchtigt: Denner verfügt nach dem Zusammenschluss über insgesamt 757 Filialen in der Schweiz. Die Sortimentsvorgaben gelten aber nur für 72 Filialen. Des Weiteren existieren in der Schweiz insgesamt rund 5'678 Detailhandels-Verkaufspunkte. Somit sind durch die vorliegende Abrede nur 1,27% des Marktes betroffen. Weiter bietet Denner im Vergleich zu Migros, wenn überhaupt, ein wesentlich kleineres Sortiment an frischem Obst und Gemüse an. Insofern fungiert Denner in diesem Bereich ohnehin nicht als gewichtiger Konkurrent von Migros.

## *E Ergebnis*

80. Im vorliegenden Fall sind die Beschaffungsmärkte für alkoholische Getränke und für Raucherwaren im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Jedoch wird aus den oben genannten Gründen durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Zudem trägt Denner der wettbewerbsrechtlichen Problematik von allfälligen individuellen Abhängigkeiten der Lieferanten von alkoholischen Produkten durch die in Randziffer 57 dargelegten Zusicherung Rechnung. Daher sind die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG nicht gegeben. Die Unbedenklichkeitserklärung des vorliegenden Zusammenschlusses erfasst auch die in Abschnitt D analysierten Nebenabreden.

81. Ferner wird auf Artikel 38 Absatz 1 Buchstabe a KG hingewiesen, gemäss dem die Weko die Prüfung eines Zusammenschlusses trotz Ablauf der Frist von Artikel 32 Absatz 1 KG beschliessen kann, wenn die beteiligten Unternehmen unrichtige Angaben gemacht haben.

B 2	4. <b>Sanktionen</b> Sanctions Sanzioni
B 2.4	1. <b>Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking</b>

Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 50 ff. KG

Procédure de sanction administrative selon l'art. 50 ss LCart

Procedura di sanzione amministrativa giusta l'art. 50 segg. LCart

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005 in Sachen Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Artikel 50 ff. KG wegen Verstosses gegen eine behördliche Anordnung*

*Am 1. Dezember 2003 hat die Weko gegen Unique eine Untersuchung wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet. Gleichentags wurden vorsorgliche Massnahmen gegen Unique verfügt. Anlass für diese Intervention der Weko war die Reorganisation der Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafenareal (vgl. dazu RPW 2004/1, S. 102 ff., und RPW 2004/3, S. 859 ff.).*

*Unique hatte damals den beiden Anbietern von Valet-Parking, der Sprenger Autobahnhof AG (Sprenger) und der Alternative Parking AG (AP), die Verträge gekündigt. Sprenger und AP nahmen am Flughafen Fahrzeuge von Passagieren in Empfang und parkierten diese ausserhalb des Flughafenareals zu einem günstigeren Preis. Dieses Verhalten von Unique könnte einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen. Zur Sicherung des damaligen Zustandes während der Dauer des Verfahrens hat die Weko am 1. Dezember 2003 vorsorgliche Massnahmen verfügt. Unique wurde von der Weko unter Sanktionsdrohung verpflichtet, Sprenger und AP weiterhin Flughafeneinrichtungen zu bisherigen oder vergleichbaren Konditionen zu vermieten und die Gewerbebewilligungen zu erteilen. Damit sollten die beiden Unternehmen ihr bisheriges Valet-Parking weiter anbieten können.*

*Die Angebote, die Unique Sprenger und AP in der Folge gemacht hat, genügten den von der Weko angeordneten Massnahmen nicht. Wegen Verstosses gegen eine Verfügung (Art. 50 KG) hat die Weko Unique deshalb am 5. Dezember 2005 zur Bezahlung eines Sanktionsbetrages von CHF 248'000.- verpflichtet.*

*Le 1<sup>er</sup> décembre 2003, la Comco a ouvert une enquête à l'encontre de Unique pour d'éventuels abus de position dominante. Le même jour, des mesures provisionnelles ont été rendues à l'encontre de cette entreprise. La raison de l'intervention de la Comco concernait la réorganisation des services de parking dans l'aire de l'aéroport (cf. DPC 2004/1, p. 102 ss, et DPC 2004/3, S. 859 ss).*

*Unique avait résilié les contrats des deux offreurs de Valet-Parking, soit Sprenger Autobahnhof AG (Sprenger) et Alternative Parking AG (AP). Ces derniers réceptionnaient les véhicules des passagers et les parquaient à l'extérieur de l'aire de l'aéroport à un prix plus avantageux. Ce comportement de Unique pourrait constituer un abus de position dominante. Afin de conserver les choses en l'état durant toute la procédure, la Comco a pris des mesures provisionnelles par décision du 1<sup>er</sup> décembre 2003. Elle a contraint Unique, sous menace de sanctions, de continuer à louer à Sprenger et à AP des installations de l'aéroport aux conditions préexistantes ou similaires, ainsi que de les autoriser à exercer leur activité. De la sorte, les deux entreprises devaient pouvoir continuer à offrir leurs services de Valet-Parking.*

*L'offre faite en décembre 2004 par Unique à Sprenger et à AP ne respectait pas les mesures ordonnées par la Comco. Pour avoir contrevenu à sa décision (art. 50 LCart), la Comco a décidé le 5 décembre 2005 de condamner Unique au versement d'une amende de CHF 248'000.-.*

*Il 1<sup>o</sup> dicembre 2003, la Comco ha aperto un'inchiesta contro la società Unique per un eventuale abuso di una posizione dominante. Lo stesso giorno, sono state ordinate delle misure cautelari contro Unique. Il motivo di quest'intervento della Comco era la riorganizzazione del servizio di parcheggio nell'area dell'aeroporto (DPC 2004/1, p. 102 segg., e DPC 2004/3, p. 859 segg.).*

*Unique aveva rescisso i contratti delle due società, Sprenger Autobahnhof AG (Sprenger) e Alternative Parking AG (AP), che offrivano un servizio di Valet-Parking. Sprenger e AP si occupavano di parcheggiare le vetture dei passeggeri al di fuori dell'area dell'aeroporto a prezzi più vantaggiosi. Questo comportamento di Unique potrebbe essere un abuso di una posizione dominante. Al fine di assicurare il mantenimento della situazione per tutta la durata della procedura d'inchiesta, la Comco aveva ordinato delle misure cautelari. Unique fu obbligata, sotto la minaccia di sanzioni, ad affittare a Sprenger e a AP dei locali dell'aeroporto alle condizioni finora convenute o comparabili così come a concedere loro l'autorizzazione ad esercitare. Le due società dovevano quindi poter continuare ad offrire il servizio di Valet-Parking.*

*Le offerte fatte in questo senso da Unique a Sprenger e AP non corrispondevano ai requisiti posti dalla Comco. A causa di quest'infrazione contro una decisione (art. 50 LCart), la Comco ha quindi comminato il 5 dicembre 2005 una multa a Unique di CHF 248'000.-.*

## A SACHVERHALT UND PROZESSGESCHICHTE

1. Im August 2003 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) gegen die Flughafen Zürich AG (im Folgenden: Unique) eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG<sup>1</sup> betreffend die von Unique per Mitte 2003 durchgeführte Neuorganisation des Valet Parkings beziehungsweise der (Valet-)Parking-Dienstleistungen, die am Flughafen Zürich Kloten erbracht werden.

2. Mit Schreiben vom 2. Februar 2001 setzte Unique die Sprenger Autobahnhof AG (im Folgenden: Sprenger) und die Alternative Parking AG (im Folgenden: AP) davon in Kenntnis, dass infolge der Eröffnung des Parkhauses 3 ab Mitte 2003 deutlich mehr Parkplätze zur Verfügung stehen und es daher erforderlich sei, das Valet-Parking auf diesen Zeitpunkt hin neu zu organisieren und auszuschreiben. Nach der Durchführung eines - unter den Beteiligten unterschiedlich bewerteten - Ausschreibungsverfahrens kündigte Unique am 20. Dezember 2002 Sprenger und AP die Mietverträge per 30. Juni 2003.

3. Nach der Vergabe des Valet Parkings an die Europcar (Switzerland) AG/AMAG Services AG (im Folgenden: Europcar)<sup>2</sup> erneuerte Unique den beiden bisherigen Betreibern AP und Sprenger die Bewilligung nicht mehr, weshalb per 1. Januar 2004 Flugpassagiere ihr Auto nur noch in den Parkhäusern von Unique zu Unique-Tarifen hätten parkieren können - und zwar entweder ohne oder mit Inanspruchnahme der entgeltlichen Zusatz-Dienstleistungen von Europcar. Eine Parkierung der Fahrzeuge ausserhalb des Flughafenareals, wie sie Sprenger und AP seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten angeboten hatten, wäre nach den Plänen von Unique nicht mehr zulässig gewesen.

4. Gestützt auf die Kündigung von Unique sah sich AP per Mitte 2003 gezwungen, ihren Betrieb auf dem Flughafen einzustellen. Seither bietet AP einen Park-and-ride-Service von ausserhalb des Flughafens an.<sup>3</sup> Sprenger erhielt von Unique eine "Fristerstreckung", welche vorsah, dass er seinen Valet Parking-Dienst noch bis 31. Dezember 2003 hätte ausüben dürfen.

5. Am 1. Dezember 2003 eröffnete die Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko) eine Untersuchung gegen Unique und verfügte gleichentags vorsorgliche Massnahmen. In den Ziffern 1-3 des Dispositivs wurde Folgendes angeordnet:

**1. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlagparkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen.**

**2. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss**

**Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Eine Kopie dieses Angebots ist gleichzeitig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu übermitteln.**

**3. Anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 2 kann dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb der gleichen Frist auch eine mit der Sprenger Autobahnhof AG beziehungsweise der Alternative Parking AG abgeschlossene Vereinbarung unterbreitet werden.**

6. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2003 machte Unique unter Hinweis auf Ziffer 2 der Verfügung vom 1. Dezember 2003 Sprenger und AP je ein Angebot (im Folgenden "1. Angebot").<sup>4</sup> Sprenger hätte für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter und Umschlagparkplätze im Parkhaus 6 zur Miete erhalten.<sup>5</sup> AP wurde angeboten, während der Dauer des Verfahrens für den Park-and-ride-Service von ausserhalb des Flughafens künftig mit dem Kleinbus die innere Vorfahrt auf der Abflugsebene zu benutzen. Am 16. Dezember 2003 lehnten sowohl Sprenger als auch AP dieses Angebot von Unique mit Begründung ab.<sup>6</sup> Bereits am 17. Dezember 2003 wies das Sekretariat Unique darauf hin, dass die beiden 1. Angebote an Sprenger und AP den Anforderungen an die Ziffern 1 und 2 der Verfügung nicht genügen dürften.<sup>7</sup>

7. Am 15. Dezember 2003 reichte Unique gegen die Verfügung der Weko eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: REKO/WEF) ein mit den Anträgen, die Dispositiv-Ziffern 1-4 der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 seien aufzuheben, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen und die Untersuchung sei abzuschreiben.

8. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 an das Sekretariat begründete Unique die Ausgestaltung der 1. Angebote an Sprenger und AP und orientierte über die gleichentags an Sprenger und AP verschickten neuen Angebote ("2. Angebot"):

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG); SR 251.

<sup>2</sup> Den Zuschlag für das "neue" Valet Parking hatte Europcar erhalten für ein Konzept, das sich in gewissen Punkten deutlich von demjenigen von Sprenger und AP unterscheidet: Insb. parkiert Europcar sämtliche Kundenautos in den Parkhäusern von Unique, während AP und Sprenger günstigere Parkplätze ausserhalb des Flughafenareals benutzen ("off Airport"; vgl. dazu die Verfügung der Weko vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 102, S. 104 f., Rz. 10 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. dazu die Verfügung der Weko vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 105, Rz. 14.

<sup>4</sup> Zum Inhalt des 1. Angebots vgl. unten Rz. 100 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>6</sup> Vgl. dazu unten Rz. 102 f.

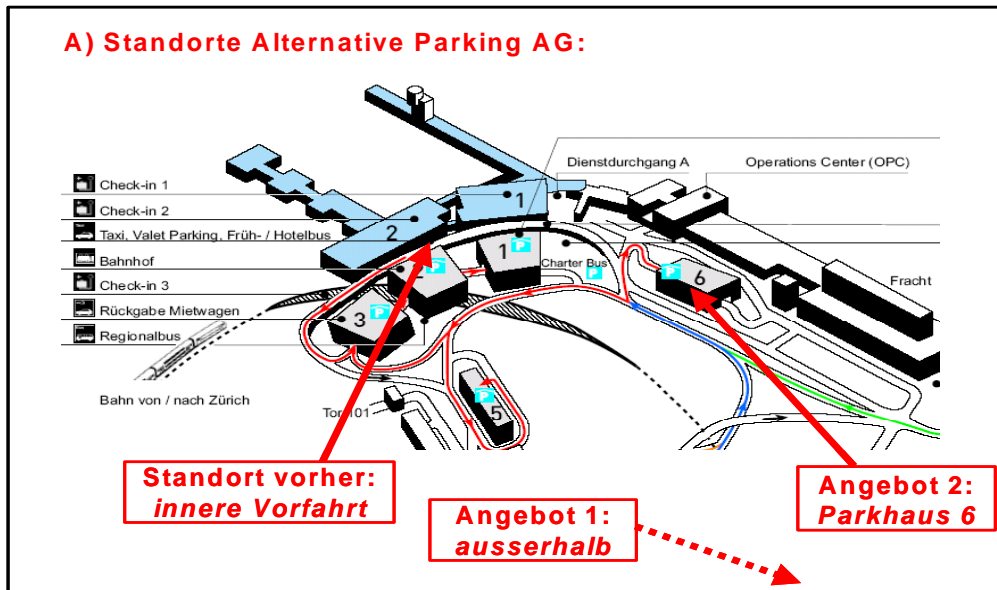
<sup>7</sup> Vgl. dazu unten Rz. 103 ff.

9. AP wurden von Unique als 2. Angebot 20 Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0, und ein Schalter/Büro ebenda im Geschoss 2 angeboten. AP lehnte das 2. Angebot von Unique ab, da die Lokalitäten in der Nähe der Fracht eine "wesentlich schlechtere Position" darstellten und da es sich bei diesem 2. Angebot einfach um das von Sprenger abgelehnte 1. Angebot handle.

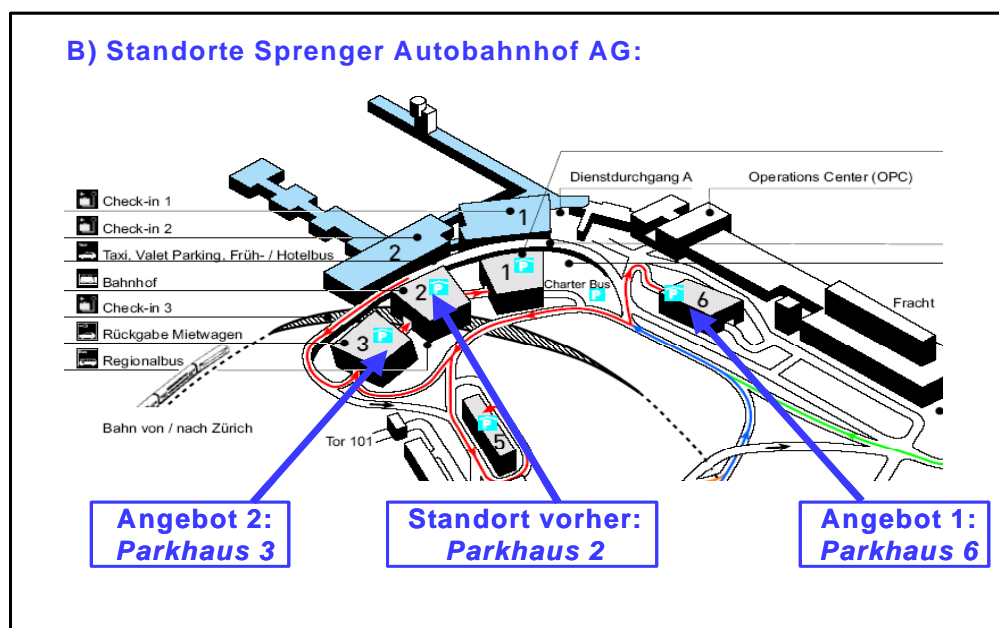
10. Unique offerierte Sprenger als 2. Angebot Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (2. Geschoss) mit dem

Hinweis, dass im Parkhaus 3 zurzeit keine verfügbaren Schalterräume bestehen. Auch Sprenger lehnte das 2. Angebot von Unique zunächst ab, unter anderem mit der Begründung, er sei auf eine funktionierende Büroinfrastruktur angewiesen.

11. Die folgenden beiden Grafiken zeigen die Check-in 1, 2 und 3 sowie die ehemaligen und die von Unique angebotenen Standorte von (A) AP und (B) Sprenger (d.h. insb. die Vorfahrt und die Parkhäuser 1, 2, 3 und 6) auf:



(Quelle: Homepage Unique [Flughafen Zürich AG]<sup>8</sup>)



(Quelle: Homepage Unique [Flughafen Zürich AG]<sup>9</sup>)

<sup>8</sup><[http://www.flughafen-zurich.ch/dokumente/?ID\\_site=1&sp=de&doku=ZRHZufahrtDE.pdf&dtit=Zufahrt+Flughafen+Z%FCri ch](http://www.flughafen-zurich.ch/dokumente/?ID_site=1&sp=de&doku=ZRHZufahrtDE.pdf&dtit=Zufahrt+Flughafen+Z%FCri ch)> (besucht am 23.12.2005).

<sup>9</sup>Vgl. Fn. 8.

12. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2003 nahm Unique Stellung zur Kritik von AP und Sprenger und begründete und bestätigte die 2. Angebote.

13. Am 8. Januar 2004 liess Unique die Barriere und somit die Zufahrt zu den Umschlagparkplätzen von Sprenger im Parkhaus 2 schliessen. Eine Hinweistafel wies auf den neuen Standort von Sprenger hin und ein Security-Angestellter von Unique leitete die Kunden von Sprenger während zweier Wochen ins Parkhaus 3 um. Sprenger organisierte zunächst Angestellte, welche die Kunden für die Schlüsselabnahme im Parkhaus 3 empfangen. In der Folge musste Sprenger die Geschäfte während Wochen ohne Büro und Schalter abwickeln, später konnte er einen Untermietvertrag mit Budget Rent-a-Car abschliessen. Bis heute bietet Sprenger seine Valet Parking-Dienstleistungen von diesem neuen Standort aus an.

14. Auf Aufforderung der REKO/WEF nahm die Weko am 5. Januar 2004 Stellung zur Beschwerde von Unique bezüglich Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Auch Sprenger liess sich zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vernehmen.

15. Mit *Zwischenverfügung* vom 21. Januar 2004 wies die REKO/WEF das Gesuch von Unique um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

16. Mit Eingabe vom 20. Januar 2004 liess sich die Weko bezüglich vorsorglicher Massnahmen vernehmen. Sprenger und AP reichten ebenfalls Stellungnahmen bei der REKO/WEF ein.

17. Mit *Beschwerdeentscheid* vom 14. Juni 2004 wies die REKO/WEF die Beschwerde von Unique vom 15. Dezember 2003 gegen die Verfügung der Weko (vorsorgliche Massnahmen) vom 1. Dezember 2003 vollumfänglich ab. Weil Unique in der Folge auf die Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht verzichtete, sind die verfügten vorsorglichen Massnahmen der Weko - insbesondere auch die Unique im Dispositiv auferlegten Verpflichtungen - in Rechtskraft erwachsen.

18. Das Sekretariat hat in der Folge Gespräche mit Unique bezüglich Vereinbarung einer *einvernehmlichen Regelung* im Sinne von Artikel 29KG aufgenommen, um das Verfahren (Untersuchung) zu einem raschen Abschluss zu bringen. Am 14. September 2004 liess das Sekretariat Unique einen Entwurf einer einvernehmlichen Regelung zukommen, welche inhaltlich im Wesentlichen dem Dispositiv der rechtskräftigen Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 entsprach: Unique hätte AP 15 Umschlagparkplätze auf der inneren Vorfahrt sowie ein dazu gehörendes Schalterhäuschen zur Verfügung stellen müssen. Sprenger hätte von Unique weiterhin (wie seit Januar 2004) 36 Umschlagparkplätze sowie neu ein Büro/Schalter im Parkhaus 3 im 2. Geschoss mieten dürfen. Nach einer Besprechung liess Unique das Sekretariat wissen, dass Unique die einvernehmliche Regelung "nicht grundsätzlich ablehnt", dass aber gewisse Vorbedingungen (Modalsplit etc.) erfüllt sein müssten. Das Sekretariat orientierte Unique am 15. Oktober 2004, dass die nun wieder aufgeworfenen Fragen

bezüglich Modalsplit etc. im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen und der Beschwerde vom Sekretariat sowie der REKO/WEF im Rahmen der Glaubhaftmachung bereits geprüft und beantwortet worden seien. Diese Fragen bildeten den möglichen Gegenstand der Untersuchung, nicht aber einer einvernehmlichen Regelung. Mangels Akzept von Unique müsse das Sekretariat somit davon ausgehen, dass sich keine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung der möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung finden lasse. Unique hielt denn auch an ihrem Vorschlag fest, mit dem Sekretariat zwar "die mögliche Ausgestaltung einer einvernehmlichen Regelung zu erörtern", ohne jedoch näher auf den Entwurf der einvernehmlichen Regelung des Sekretariats einzugehen oder konkrete Formulierungsvorschläge zu machen. Eine einvernehmliche Regelung zwischen Unique und dem Sekretariat ist in der Folge nicht zustande gekommen.

19. Vertreter des Sekretariats führten am 3. November 2004 in Anwesenheit aller beteiligten Parteien in Begleitung ihrer Anwälte einen Augenschein am Flughafen Zürich-Kloten und in der näheren Umgebung durch. Dabei konnten sie sich insbesondere einen Überblick darüber verschaffen, wo Sprenger und AP ihre Standorte bis ins Jahr 2003 hatten, wie die von Unique vorgeschlagenen (und abgelehnten) 1. und 2. Angebote ausgestaltet gewesen wären und von wo aus Sprenger und AP ihr Geschäft heute betreiben.

20. Am 11. November 2004 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Weko ein Sanktionsverfahren nach Artikel 50 KG gegen Unique wegen eines möglichen Verstosses gegen die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003. Mit Schreiben vom selben Tag wurde Unique über die Verfahrenseröffnung in Kenntnis gesetzt.

21. Am 30. November 2004 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Einvernahme des von Unique benannten verantwortlichen Geschäftsleitungsmitgliedes statt: In Begleitung des Generalsekretärs und der Rechtsvertreter von Unique wurde der CFO von Unique zur Sache befragt. Die Einvernahme diene neben der Sachverhaltsfeststellung auch dazu abzuklären, ob allenfalls ein Strafverfahren nach Artikel 54 KG gegen verantwortliche natürliche Personen von Unique zu eröffnen sei.

22. Die Herren [...] von der Sprenger Autobahnhof AG sowie Herr [...] von der Alternative Parking AG wurden jeweils in Begleitung ihrer Rechtsvertreter am 24. beziehungsweise 26. Januar 2005 vom Sekretariat zur Sache befragt.

23. Am 8. Juni 2005 reichte Unique dem Kammerpräsidenten und dem Sekretariat ein Schreiben ein und verlangte, dass das Sekretariat dieses Schreiben an sämtliche Kommissionsmitglieder weiterleiten solle. Unique forderte einerseits die sofortige Einstellung des vorliegenden Verwaltungsanktionsverfahrens und andererseits die Nichteinleitung eines allfälligen Strafverfahrens gegen verantwortliche natürliche Personen von Unique. Aufgrund des üblichen Verfahrensablaufs verwiesen die Wettbewerbsbehörden



Unique auf die in Artikel 30 Absatz 2 KG vorgesehene Möglichkeit zur Stellungnahme zum Antragsentwurf.

24. Gestützt auf die vorliegenden Beweismittel hat das Sekretariat einen Entwurf des Antrags an die Weko ausgearbeitet. Dieser Entwurf des Sekretariats vom 15. Juli 2005 wurde Unique, AP und Sprenger mit der Aufforderung zugestellt, sich zum Antrag schriftlich zu äussern (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Den Parteien wurde gleichzeitig ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt und erneut Gelegenheit gegeben, Akteneinsicht zu nehmen.

25. Unique hat mit Eingabe vom 21. September 2005 zum Antragsentwurf des Sekretariats Stellung genommen: Unique stellte den Antrag, "das Sanktionsverfahren sei ohne Folgen für Unique einzustellen". Zudem stellte Unique den Verfahrens Antrag, "es sei eine Anhörung von Unique durchzuführen, frühestens am 17. Oktober 2005".<sup>10</sup> Die Verfahrensanträge 2 und 3 betreffen Geschäftsgeheimnisse. Materiell machte Unique vor allem geltend, Artikel 50 KG sei im vorliegenden Fall vorsorglicher Massnahmen grundsätzlich nicht anwendbar (Legalitätsprinzip), es habe keine rechtskräftige Verfügung vorgelegen, gegen welche Unique verstossen habe (Verbot der Rückwirkung), die Verfügung der Weko sei keine hinreichend klar formulierte und bestimmte behördliche Anordnung (Bestimmtheitsgebot), Unique könne keine Verletzung von Sorgfaltspflichten nachgewiesen werden, Unique sei in ihrem Vertrauen zu schützen, das Verhalten der Wettbewerbsbehörden sei widersprüchlich gewesen, das Verhalten von Unique habe sich nicht zu deren Vorteil ausgewirkt, es liege kein Verstoss gegen Artikel 50 KG vor, weil der Wettbewerb unter den Parking-Dienstleistungsanbietern weiterhin funktioniere, die von Unique an AP und Sprenger unterbreiteten Angebote vom Dezember 2003 seien genügend gewesen und würden dem Dispositiv entsprechen und eine Sanktion sei auch aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht zu verhängen. Im Ergebnis seien die Voraussetzungen für eine Verwaltungssanktion offensichtlich nicht gegeben.

26. Sprenger hat mit Schreiben vom 1. September 2005 wie folgt zum Antrag des Sekretariats Stellung genommen: Zunächst begründete Sprenger, warum das 1. Angebot von Unique "absolut unannehmbar" gewesen sei. Das 2. Angebot von Unique sei letztlich nur deshalb akzeptiert worden, weil Sprenger im Falle einer Ablehnung die Einstellung des Betriebs gedroht hätte. Sprenger schilderte die Nachteile, die Sprenger in den ersten Monaten am neuen Standort erdulden musste, und begründet zum Teil anhand von Beispielen, warum der "notgedrungen übernommene Standort [...] in keiner Weise mit der ursprünglichen Situation am angestammten Ort vergleichbar" gewesen sei. Um der Firma das Überleben zu ermöglichen, habe das Personal Überstunden und Zusatzarbeit geleistet. Dennoch seien die Umsatzzahlen im ersten Quartal 2004 "massiv bis auf die Hälfte" zurückgegangen. Zudem habe Sprenger durch den erzwungenen Wechsel einen Imageschaden erlitten. Die Bürosituation schliesslich sei auch heute noch völlig unbefriedigend.

27. AP hat mit Schreiben vom 18. August 2005 wie folgt zum Antrag des Sekretariats Stellung genommen: AP betonte noch einmal, dass Unique mit dem 1. Angebot, welches lediglich eine reine Vorfahrbewilligung für den Shuttlebus vorsah, die Anforderungen der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 "ganz offensichtlich nicht" erfüllt habe. Auch das 2. Angebot von Unique, welches mit dem früheren Standort "in keinsten Art und Weise verglichen werden" könne, sei von AP unmissverständlich abgelehnt worden. Auch mit diesem 2. Angebot habe Unique die Anforderungen der Verfügung "mit Sicherheit nicht" erfüllt. Da Unique AP nie ein genügendes Angebot gemäss Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der rechtskräftigen Verfügung der Weko gemacht habe, sei der Tatbestand von Artikel 50 KG klarerweise erfüllt. Die vom Sekretariat beantragte Verwaltungssanktion sei zweifellos gerechtfertigt.

28. Am 3. Oktober 2005 fand eine Anhörung der Verfahrensbeteiligten vor der Weko statt: Unique sowie AP und Sprenger (jeweils mit ihren Rechtsvertretern) konnten sich mündlich zur Sache äussern, den anderen Beteiligten Fragen stellen und den Mitgliedern der Weko sowie des Sekretariats Fragen beantworten.

29. Aufgrund der schriftlichen Stellungnahmen der Parteien sowie der Anhörung wurde der Antragsentwurf überarbeitet. Die überarbeitete Version wurde Unique, AP und Sprenger am 2. November 2005 zugestellt mit dem Hinweis, dass die Beteiligten erneut schriftlich Stellung zu den Änderungen im Entwurf nehmen können. Den Parteien wurde erneut ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt und wieder Gelegenheit gegeben, Akteneinsicht zu nehmen.

30. Unique hat mit Eingabe vom 21. November 2005 zum überarbeiteten Antragsentwurf Stellung genommen.<sup>11</sup> Neben Verfahrensanträgen bezüglich Geschäftsgeheimnissen wiederholte Unique den Antrag, das Sanktionsverfahren sei ohne Folgen für Unique einzustellen. Unique machte unter anderem folgende Argumente geltend: Die Ausführungen zu den Konzessionen und zum Modalsplit seien auch im Sanktionsverfahren von Bedeutung, für Artikel 50 KG sei nicht Vollstreckbarkeit, sondern Rechtskraft massgebend, von einer eventualvorsätzlichen Verletzung der Verfügung könne keine Rede sein, das Sekretariat habe sich widersprüchlich verhalten, die Anordnung sei zu wenig bestimmt gewesen, Unique habe genügend Angebote gemacht, eine allfällige Sanktion sei anders zu berechnen beziehungsweise sie sei auf Null festzusetzen und das Sekretariat wolle um jeden Preis ein Exempel statuieren.

<sup>10</sup> Mit Schreiben vom 22.9.2005 wurde dieser Antrag abgelehnt. Unique hat ihre Teilnahme an der Anhörung zugesagt und ist mit ihrem Rechtsvertreter am 3.10.2005 zur Anhörung erschienen, hat die Frage nach Verfahrensanträgen verneint und hat sich zur Sache vernehmen lassen.

<sup>11</sup> Die Frist zur Einreichung der zweiten Stellungnahme hat insgesamt nicht nur 11 Tage betragen, wie Unique ausführt, sondern 18 Tage.

31. Sprenger hat mit Schreiben vom 14. November 2005 auf weitere Ergänzungen verzichtet und hat mitgeteilt, dass insbesondere die Sprenger betreffenden Angaben zum Sachverhalt im Verfügungsentwurf für richtig wiedergegeben betrachtet werden.

32. AP hat mit Schreiben vom 4. November 2005 mitgeteilt, dass sie mit dem überarbeiteten und einlässlich begründeten Antrag einverstanden sei.

33. Auf die einzelnen Anträge, Argumente, Ausführungen und Aktenstücke wird in den nachfolgenden Erwägungen an entsprechender Stelle eingegangen.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **1. Einleitung**

34. Im vorliegenden Sanktionsverfahren geht es darum zu klären, ob Unique die ihr in der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 auferlegten Pflichten erfüllt hat oder nicht, ob mit anderen Worten ein Verstoss im Sinne von Artikel 50 KG vorliegt.

35. Es liegt in der gesetzlich geregelten Kompetenzaufteilung, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums Verstösse gegen das Kartellgesetz untersucht und der Weko Antrag stellt, während die Kommission darüber entscheidet (vgl. Art. 30 und 53 KG). Im vorliegenden Fall gelangte das Sekretariat nach eingehender Prüfung des Sachverhalts im Rahmen des Sanktionsverfahrens zum Schluss, dass Unique gegen die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 verstossen hat und noch heute verstösst. Im Verfügungsentwurf wurde deshalb eine Sanktionierung beantragt; entsprechend waren auch die Erwägungen formuliert. Der Vorwurf von Unique am Ende des Sanktionsverfahrens, der Antrag mache "deutlich, dass beim Sekretariat eine dezidiert vorgefasste Meinung vorherrscht und Unique vorverurteilt wird" und dass ein "Exempel" statuiert werden soll<sup>12</sup>, geht somit an der Sache vorbei.

36. Die allgemeinen Ausführungen von Unique zu den Rahmenbedingungen, zur Ausschreibung, zu Bau- und Betriebskonzessionen, zum Modalsplit etc. bilden Gegenstand der Untersuchung in der Hauptsache und sind daher im vorliegenden Sanktionsverfahren nicht von Bedeutung. Die REKO/WEF hielt in Bestätigung der Argumentation der Weko bereits fest, "dass keine öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, welche die Beschwerdeführerin (d.h. Unique) zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten würden und die Wettbewerb im Bereich der Parkingdienstleistungen nicht zulassen".<sup>13</sup> Im Übrigen sind die Ausführungen von Unique, wonach Bau- und Betriebskonzessionen und Modalsplit insofern relevant seien, als sie Unique enge rechtliche Grenzen in Bezug auf die Ausgestaltung der Parkplatzbewirtschaftung setzten, genereller Natur. Da Unique offen lässt, inwiefern genau diese rechtlichen Vorgaben der konkreten Umsetzung der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 im Wege stehen sollen, kann auf diese Argumente im vorliegenden Verfahren nicht weiter eingegangen werden.

### **2. Geltungsbereich und Verfügungsadressaten**

37. 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 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die *Flughafen Zürich AG (Unique)* ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

38. Von der kartellrechtlichen Frage, welche Einheiten als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind, ist die verfahrensrechtliche Frage zu unterscheiden, ob diese Verfügung noch weitere Adressaten aufweist. Als sekundäre Adressaten werden diejenigen Rechtssubjekte bezeichnet, welche entweder Anordnungsobjekt sind oder indirekt in ihrer materiellrechtlich geregelten Rechtstellung betroffen werden.<sup>14</sup> Die *Autobahnhof Sprenger AG (Sprenger)* und die *Alternative Parking AG (AP)*, welche bereits im Hauptverfahren (Vorabklärung, vorsorgliche Massnahmen und Untersuchung) als Verfahrensbeteiligte im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG gelten, sind auch im vorliegenden Sanktionsverfahren, das direkt mit dem Verfahren um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen und dem entsprechenden Beschwerdeverfahren vor der REKO/WEF zusammenhängt, als Verfahrensbeteiligte im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG anzusehen.

39. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zum Erlass von Verwaltungsanktionen ist gegeben (Art. 2, 18 und 53 KG).

### **3. Anwendbares Verfahrensrecht**

40. Artikel 57 KG sieht für Strafverfahren nach Artikel 54 ff. KG explizit die Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)<sup>15</sup> vor. Artikel 53 KG, der das Verfahren für die hier interessierenden *Verwaltungsanktionen* nach Artikel 49a ff. KG regelt, enthält diesen Verweis auf das Verwaltungsstrafrecht nicht. Aufgrund der Gesetzssystematik und des Wortlauts sind deshalb e contrario auf Sanktionsverfahren nach Artikel 49a ff. KG gemäss Artikel 39 KG grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG)<sup>16</sup> anwend-

<sup>12</sup> So zweite Stellungnahme von Unique.

<sup>13</sup> Nach den Ausführungen der REKO/WEF hat bereits die Weko die Frage, ob im Bereich der Parkingdienstleistungen vorbehaltene Vorschriften existieren, in den Rz. 20-30 der Verfügung vom 1.12.2003 zu Recht "in differenzierter und mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmender Weise" verneint (vgl. den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 878, Ziff. 3.3.).

<sup>14</sup> Vgl. Isabelle Häner, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 258, Rz. 538.

<sup>15</sup> Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR); SR 313.0.

<sup>16</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG); SR 172.021.

bar.<sup>17</sup> Auch die Botschaft zum KG hält explizit fest, dass "Verstösse vom Sekretariat [...] nach den Bestimmungen des VwVG untersucht" werden.<sup>18</sup> Zudem sprechen auch die in Artikel 53 Absatz 2 KG aufgeführten Rechtsmittel (Beschwerde an REKO/WEF, Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht), welche sich nicht mit denjenigen gemäss VStrR (Einsprache, Strafverfügung, gerichtliche Beurteilung durch kantonales Gericht, Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht) decken, für eine Anwendung des VwVG.<sup>19</sup> Schliesslich wendet die Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden auf Sanktionsverfahren das VwVG an.<sup>20</sup>

41. Von einzelnen Autoren werden demgegenüber für die Anwendung des VStrR rechtsstaatliche Gesichtspunkte ins Feld geführt, weil nicht einzusehen sei, weshalb die Verfahrensrechte (insb. bei den einzelnen Untersuchungshandlungen und bei Zwangsmassnahmen) einer natürlichen Person bei den Strafsanktionen wesentlich besser ausgebaut sein sollen als diejenigen von juristischen Personen bei Verwaltungsanktionen.<sup>21</sup> Als Kompromiss wird vorgeschlagen, bei einer grundsätzlichen Anwendung des VwVG zumindest teilweise auch das VStrR zu beachten (insb. Verfahrensgarantien der betroffenen Unternehmen).

42. Dazu ist festzuhalten, dass es bezüglich Verfahrensgarantien im Ergebnis kaum nennenswerte Unterschiede zwischen VwVG und VStrR gibt.<sup>22</sup> Zudem schliesst die grundsätzliche Anwendbarkeit des VwVG nicht aus, dass allfällige im VStrR enthaltene, über das VwVG hinausgehende Garantien zum Schutze des beschuldigten Unternehmens auch im Verfahren zur Ausfällung von KG-Verwaltungsanktionen im Rahmen des VwVG sinngemäss zur Anwendung gelangen können.<sup>23</sup>

43. Aus diesen Gründen werden im vorliegenden Verfahren neben dem VwVG ergänzend auch allfällige weiter gehende fundamentale Grund- und Verfahrensrechte beachtet, welche sich aus dem VStrR (und der EMRK) zum Schutz der Parteien ergeben, soweit ihre Anwendung auf juristische Personen im Kartellsanktionsverfahren indiziert erscheint und im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenteilung zwischen Weko und Sekretariat sachgerecht ist.<sup>24</sup>

#### 4. *Verstoss gegen behördliche Anordnungen (Art. 50 KG)*

##### 4.1 *Einleitung*

###### a) *Allgemeines*

44. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Artikel 49a ff. KG vorgesehenen **Verwaltungsanktionen** eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>25</sup> Im Gegensatz zu den mit der Revision 2003 neu eingeführten Direktanktionen nach Artikel 49a Absatz 1 KG werden nach Artikel 50 KG gemäss dem Missbrauchsprinzip grundsätzlich nur Sachverhalte sanktioniert, die von den Behörden rechtsverbindlich als unzulässig festgestellt worden sind und deren weitere Praktizierung unter Strafandrohung untersagt ist.<sup>26</sup>

45. Mit der Androhung von Verwaltungsanktionen soll die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht zur Einhaltung einer Anordnung der Wettbewerbsbehörden mittelbar erzwungen werden. Dabei ist zu beachten, dass die grundlegende Pflicht jedoch nicht etwa mit der Begleichung der Sanktion entfällt.<sup>27</sup>

46. Da im vorliegenden Fall die Verhängung einer Verwaltungsanktion nach Artikel 50 KG Verfahrensgegenstand bildet, erscheint es aus rechtsstaatlichen Gründen angezeigt, das Verbot der Rückwirkung strafrechtlicher Gesetze zu beachten.<sup>28</sup> Das Rückwirkungsverbot bezieht sich sowohl auf die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch auf die Straffolgen.

47. Im Rahmen der KG-Revision 2003, welche am 1. April 2004 in Kraft getreten ist, wurde im Zusammenhang mit der Schaffung der Direktanktionen in Artikel 49a Absatz 1 KG auch die Formulierung von Artikel 50 KG revidiert. Die Anpassung betraf jedoch nicht den Tatbestand von Artikel 50 KG, sondern lediglich einen Teilbereich der Rechtsfolge, nämlich die Bemessung der konkret auszusprechenden Sanktion.<sup>29</sup> Zumindest bezüglich des Tatbestands ergeben sich somit keine Rückwirkungsprobleme.

<sup>17</sup> So etwa LAURENT MOREILLON, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, TERCIER/BOVET (éd.), Genève/Bâle/München 2002, Art. 53 N 4 ff.; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Freiburg 2002, S. 93 f.; PHILIPP ZURKINDEN, *Sanktionen*, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band V/2 (Kartellrecht), VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000, S. 515 ff., S. 526, und ROGER ZACH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1141 m.w.Hw.; differenzierend PATRIK DUCREY, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 53 N 1 ff.; a.A. ohne weitere Begründung MARCEL DIETRICH, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 39 N 27.

<sup>18</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994 (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., hier zitiert aus dem Sonderdruck, 155.

<sup>19</sup> Vgl. DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 53 N 2 und 5.

<sup>20</sup> So die Verfügungen der Weko "Curti & Co. AG", RPW 1998/4, S. 614 f., Rz. 12; "BKW-AEK/Comtop", RPW 1997/2, S. 239, Rz. 14, und der Entscheid der REKO/WEF "BKW-AEK", RPW 1998/3, S. 460 ff., insb. 468.

<sup>21</sup> Dazu und zum Folgenden DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 53 N 3 ff. und 6 ff.

<sup>22</sup> So etwa PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, *Das neue Kartellgesetz - Handkommentar*, Zürich 2004, Art. 5 N 2, und MOREILLON (zit. in Fn. 17), Art. 53 N 3 ff., der sogar das Verfahren nach VwVG als für die Betroffenen vorteilhafter erachtet.

<sup>23</sup> So BILGER (zit. in Fn. 17), 93; in diesem Sinn auch JURG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005, Art. 53 N 1 f.

<sup>24</sup> Vgl. zu den einzelnen Verfahrensrechten MOREILLON (zit. in Fn. 17), Art. 53 N 4 ff.

<sup>25</sup> Statt vieler Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 152 f.; DUCREY (zit. in Fn. 17), Vorbem. zu Art. 50-57 N 1, sowie BILGER (zit. in Fn. 17), S. 92.

<sup>26</sup> Dazu und zum Folgenden DUCREY (zit. in Fn. 17), Vorbem. zu Art. 50-57 N 8 m.w.Nw.

<sup>27</sup> Zum Ganzen DUCREY (zit. in Fn. 17), Vorbem. zu Art. 50-57 N 15.

<sup>28</sup> Eingehend zur Frage der straf- oder verwaltungsrechtlichen Natur von Art. 50 KG MOREILLON (zit. in Fn. 17), *Remarques liminaires aux art. 50-53 N 11 ff. m.w.Nw.*

<sup>29</sup> Vgl. dazu unten Rz. 231 ff.

## b) Tatbestand von Art. 50 KG

48. Die Belastung von Unique mit einer Sanktion setzt voraus, dass Unique den - durch die Revision unveränderten - Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt hat.

49. Gemäss Artikel 50 KG wird ein Unternehmen mit einer Sanktion belastet, wenn es zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen verstösst.

50. Die Formulierung des Tatbestands von Artikel 50 KG zeigt auf, dass das verpönte und sanktionsbedrohte Verhalten in der Missachtung einer behördlichen Anordnung liegt. Der Tatbestand setzt hingegen keinen "Erfolg" in dem Sinne voraus, dass der Wettbewerb kausal durch das Verhalten des betroffenen Unternehmens tatsächlich beseitigt oder (erheblich) beeinträchtigt werden müsste: Es ist notwendig und genügend, wenn ein Verstoß gegen die Anordnung vorliegt.<sup>30</sup> Im Sanktionsverfahren geht es darum zu prüfen, ob sich ein Unternehmen an die angeordneten Massnahmen gehalten hat, und nicht darum, ob der Wettbewerb beseitigt oder (erheblich) beeinträchtigt worden ist.

51. Den Ausführungen von Unique, wonach die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren einzig durch das spezifische öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt sei und im vorliegenden Fall der Wettbewerb funktioniere, weshalb auf eine Sanktionierung zu verzichten sei, kann daher nicht beigeprägt werden. Die Frage der Zweck- und Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahmen war im Verfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen beziehungsweise im anschliessenden Beschwerdeverfahren vor der REKO/WEF materieller Gegenstand des Verfahrens. Diese Verfahren wurden mit rechtskräftigem Entscheid der REKO/WEF vom 15. Juni 2004 abgeschlossen. Vorliegend gilt es deshalb zu prüfen, ob Unique die angeordneten Massnahmen im Sinne der Verfügung umgesetzt hat oder nicht.

52. Im Übrigen wäre zu beachten, dass insbesondere AP - entgegen den Ausführungen von Unique - ihre bisherigen Geschäftstätigkeiten wegen der Missachtung der Anordnungen durch Unique eben gerade nicht mehr konkurrenzfähig anbieten kann, sondern fast alle Geschäftskunden verloren und ca. die Hälfte ihres Umsatzes eingebüsst hat.<sup>31</sup>

## 4.2 Rechtskräftige Verfügung

### a) Verfügung

53. Eine Verletzungshandlung im Sinne von Artikel 50 KG setzt zunächst voraus, dass eine einvernehmliche Regelung oder eine Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder ein Entscheid der Rechtsmittelinstanzen als "Schutzobjekt" vorliegt, das verletzt werden kann.

54. Unique macht geltend, Artikel 50 KG finde bloss Anwendung auf Endverfügungen der Weko in der Sache selbst, nicht jedoch auf Zwischenverfügungen über vorsorgliche Massnahmen. Rechtskräftige Verfügungen der Weko im Sinne von Artikel 50 KG seien

nach historischer Auslegung nur solche, welche eine Wettbewerbsbeschränkung definitiv beseitigen, nicht aber solche, welche den wirksamen Wettbewerb während der Verfahrensdauer aufrecht erhalten. Als Grundlage für eine eigentliche "Beugestrafe" zur Durchsetzung vorsorglicher Massnahmen könne Artikel 50 KG nur dienen, wenn die Bestrafung ab dem Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit der Massnahmen möglich wäre, was nicht der Fall sei. Auch der abstrakte Strafrahmen zeige auf, dass Artikel 50 KG nicht die Widerhandlung gegen vorsorgliche Massnahmen zum Gegenstand habe. Die Androhung einer "Ungehorsamsstrafe" wäre zwar gestützt auf Artikel 292 StGB möglich, diese Strafe sei aber vorliegend nicht ordnungsgemäss angedroht worden. Schliesslich verbiete auch das Legalitätsprinzip eine Sanktionierung nach Artikel 50 KG.

55. Der Umstand, dass sich das Rechtsinstitut der vorsorglichen Massnahmen für das Verwaltungsverfahren nicht direkt aus dem Kartellgesetz, sondern durch Lückenfüllung ergibt, verletzt das Legalitätsprinzip nicht. Die Zulässigkeit des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen im Kartellverfahren zum vorläufigen Schutz wirksamen Wettbewerbs wird von allen Instanzen (Weko, REKO/WEF, BGer) in konstanter Rechtsprechung anerkannt<sup>32</sup> und auch in der Lehre nicht bestritten.<sup>33</sup>

56. Wenn die Verfügung vorsorglicher Massnahmen zulässig ist, muss auch deren Einhaltung beziehungsweise Durchsetzung sichergestellt sein. Könnten die vorsorglichen Massnahmen nicht mit einer Sanktionsandrohung versehen werden, wäre deren Durchsetzbarkeit in Frage gestellt, weshalb letztlich auch deren Verhängung wirkungslos wäre. Bereits aus Präventionsgründen darf es nicht sein, dass vorsorgliche Massnahmen zwar einerseits gegen ein Unternehmen ausgesprochen werden dürfen, dass aber andererseits das Unternehmen von jeder Sanktionierung ausgenommen sein sollte, wenn es die Verfügung missachtet. Artikel 50 KG sieht deshalb eine Belastung des fehlbaren Unternehmens vor.

<sup>30</sup> Bei sog. (*schlichten*) *Tätigkeitsdelikten* "ist der Tatbestand schon erfüllt, wenn der Täter ein bestimmtes Verhalten an den Tag legt; ein Erfolg gehört nicht zum Tatbestand"; bei den *Erfolgsdelikten* hingegen "gehört zum Tatbestand ausser der Handlung ein bestimmter, vom Verhalten des Täters örtlich und zeitlich getrennter Erfolg" (so STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Zürich 1994, S. 68).

<sup>31</sup> Vgl. insb. zu den ungenügenden Angeboten von Unique an AP und Sprenger unten Rz. 100 ff. und Rz. 129 ff. sowie insb. zu den Umsatzverlusten von AP und Sprenger unten Rz. 117, Rz. 178 f. und Rz. 192.

<sup>32</sup> Vgl. statt aller BGE 130 II 149 ff., 154 f.; RPW 2004/4, S. 1193; RPW 2004/3, S. 913; RPW 2004/3, S. 859 ff.

<sup>33</sup> Vgl. statt aller ZÄCH (zit. in Fn. 17), Rz. 1002, Fn. 1838; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/UCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 30, Rz. 27 ff., und BILGER (zit. in Fn. 17), S. 310 f., alle m.w.Nw.

57. Dem Sinn und Zweck vorsorglicher Massnahmen entsprechend hat die Weko in der Vergangenheit stets die Sanktionen von Artikel 50 und 54 KG für den Widerhandlungsfall angedroht. Soweit ersichtlich, wurde diese Praxis der Weko nie von einer Partei - auch nicht von Unique im Beschwerdeverfahren - bestritten; weder die REKO/WEF noch das Bundesgericht hat diese Praxis (trotz *iura novit curia*) jemals in Frage gestellt.

58. Während die Verhängung vorsorglicher Massnahmen durch Schliessung einer Gesetzeslücke erfolgt, ergibt sich die Rechtsfolge der indirekten Sanktionierung direkt aus dem Wortlaut von Artikel 50 KG. Diese Bestimmung ist nach ihrem Wortlaut anwendbar auf sämtliche "behördliche Anordnungen", "Verfügungen der Wettbewerbsbehörden" sowie "Entscheidungen der Rechtsmittelinstanzen", wobei keinerlei Differenzierung hinsichtlich verschiedener Verfügungsarten vorgenommen wird.<sup>34</sup> Bei der vorliegenden Verfügung vorsorglicher Massnahmen der Weko vom 1. Dezember 2003 handelt es sich um eine "behördliche Anordnung" der Weko. Durch die Sanktionsandrohung wird das Legalitätsprinzip somit nicht verletzt.

59. Vorsorgliche Massnahmen sollen verhindern, dass vor Abschluss der Untersuchung ein *fait accompli* geschaffen wird, welches den Wettbewerb behindert oder ausschliesst. Zwar trifft es zu, dass vorsorgliche Massnahmen nur auf einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruhen. Diesem Umstand wird insoweit Rechnung getragen, als die verfügten Massnahmen stets verhältnismässig, das heisst geeignet, notwendig (mildestes Mittel) und verhältnismässig im engeren Sinne sein müssen. Die Wettbewerbsbehörden dürfen mit anderen Worten vorsorglich nur anordnen, was notwendig und angemessen ist.

60. Die vorliegend verfügten vorsorglichen Massnahmen sind behördliche Anordnungen, welche die vorläufige Beseitigung des glaubhaft gemachten Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung von Unique bezwecken. An dieser vorläufigen Beseitigung der glaubhaft gemachten Wettbewerbsbeschränkung und am damit verbundenen Schutz wirksamen Wettbewerbs besteht ein öffentliches Interesse. Die materielle Frage der Verhältnismässigkeit betrifft jedoch die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen. Dass die von der Weko angeordneten Massnahmen verhältnismässig sind, wurde im Beschwerdeverfahren von der REKO/WEF bestätigt.<sup>35</sup> Im vorliegenden Sanktionsverfahren stehen die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen nicht mehr zur Diskussion, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen von Unique nicht weiter einzugehen ist.

61. Zum Argument von Unique, der Bussenrahmen von Artikel 50 KG sei nicht auf die Verletzung vorsorglicher Massnahmen zugeschnitten<sup>36</sup>, ist zu bemerken, dass die Verletzung vorsorglicher Massnahmen im Einzelfall für den Wettbewerb ebenso schädlich sein kann wie die Verletzung einer Endverfügung. Dies gilt insbesondere dann, wenn - wie vorliegend - der glaubhafte Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung irreversible Strukturveränderungen auf dem Markt zur Folge haben kann. Aufgrund der Gefahr für

den wirksamen Wettbewerb ist es sachgerecht, wenn das Gesetz für die Verletzung vorsorglicher Massnahmen grundsätzlich denselben abstrakten Strafrahmen ansetzt wie für die Verletzung von Endverfügungen. Die individuell verhängte Sanktion muss den jeweiligen Umständen des Falls angemessen sein. Der in Artikel 50 KG vorgesehene Sanktionsrahmen lässt den Behörden bei der Bemessung der Sanktion im Einzelfall genügend Ermessensspielraum. Bei der Sanktionsbemessung ist stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.<sup>37</sup>

62. Abschliessend ist festzuhalten, dass Artikel 292 StGB in einem Verwaltungssanktionsverfahren nicht als Ersatz für Artikel 50 KG dienen kann, weil Artikel 292 StGB nicht eine Verwaltungs-, sondern eine Strafsanktion zur Folge hat und ausschliesslich auf natürliche Personen anwendbar ist.<sup>38</sup> Da es sich bei Artikel 292 StGB um eine Übertretung handelt, lässt sich auch keine Strafbarkeit der juristischen Person nach Artikel 100<sup>quater</sup> StGB begründen. Ob in einem allfälligen Strafverfahren gegen die verantwortlichen Organe von Unique (natürliche Personen) Artikel 54 KG oder Artikel 292 StGB anwendbar wäre, steht im vorliegenden Verwaltungssanktionsverfahren gegen Unique nicht zur Diskussion. Ferner ist zu beachten, dass es sich bei Artikel 292 StGB um einen Auffangtatbestand handelt, dem spezielle Strafbestimmungen (wie z.B. Art. 50/54 KG) vorgehen (vgl. Art. 41 Abs. 1 Bst. d VwVG).

#### *b) Rechtskraft bzw. Vollstreckbarkeit*

63. Eine Sanktionierung gemäss Artikel 50 KG setzt voraus, dass eine Verfügung der Wettbewerbsbehörden "*rechtskräftig*" beziehungsweise "*exécutoire*" (deutscher bzw. französischer Gesetzeswortlaut) ist.

64. Im vorliegenden Fall liegt eine *Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003* vor. Die Verfügung war infolge rechtskräftigen Entzugs der aufschiebenden Wirkung bereits im Dezember 2003 *vollstreckbar*.<sup>39</sup> Mit der Abweisung der gegen die vorsorglichen Massnahmen erhobenen Beschwerde durch den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 14. Juni 2004 ist diese Verfügung der Weko bestätigt worden. Infolge Verzichts von Unique auf Einreichen einer Ver-

<sup>34</sup> Aus der Formulierung von Art. 50 KG geht insb. nicht hervor, dass Zwischenverfügungen ausgenommen sein sollen.

<sup>35</sup> Wäre Unique der Ansicht gewesen, die vorliegend angeordneten Massnahmen seien unverhältnismässig, so hätte sie Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der REKO/WEF einlegen müssen.

<sup>36</sup> In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die sachliche Richtigkeit der verletzten Entscheidung im diesbezüglichen Rechtsmittelverfahren prüfen zu lassen ist; sobald der Entscheid rechtskräftig sei, könne die sachliche Richtigkeit nicht im Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG erneut überprüft werden (so MOREILLON [zit. in Fn. 17], Art. 50 N 2, und ZURKINDEN/TRÜEB [zit. in Fn. 22], Art. 50 N 4).

<sup>37</sup> Vgl. für den vorliegenden Fall unten Rz. 239 ff. und insb. Rz. 284.

<sup>38</sup> Vgl. PETER STADLER, Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB), Diss. Zürich 1990, S. 74 f.; CHRISTOF RIEDO, in: Strafgesetzbuch, Kommentar, M. NIGGLI (Hrsg.), Basel 2003, Art. 292 N 45, und STEFAN TRECHSEL, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 292 N 3 (beide m.Hw., dass dieser Grundsatz in der Praxis z.T. missachtet wird).

<sup>39</sup> So auch Stellungnahme von Unique.

waltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht ist diese Verfügung *in Rechtskraft* erwachsen.

65. Unique vertritt die Ansicht, zum Zeitpunkt der Unterbreitung der Angebote an Sprenger und AP im Dezember 2003 habe gar kein Verstoss gegen die Verfügung erfolgen können, weil die Verfügung der Weko damals noch nicht rechtskräftig gewesen sei. Infolge rechtskräftigen Entzugs der aufschiebenden Wirkung sei die Verfügung zwar bereits seit dem 1. Dezember 2003 vollstreckbar gewesen, in Rechtskraft erwachsen sei sie hingegen erst am 25. Juni 2004. Das Rückwirkungsverbot stehe somit einer Sanktionierung entgegen.

66. Vorab ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Verfügung im Dezember 2003 vollstreckbar oder bereits rechtskräftig war, im vorliegenden Fall letztlich keine Rolle spielt. Denn es ist unbestritten, dass die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 infolge rechtskräftigen Entzugs der aufschiebenden Wirkung bereits sofort nach Eröffnung am 4. Dezember 2003 vollstreckbar war und dass die Verfügung infolge Abweisung der dagegen erhobenen Verwaltungsbeschwerde spätestens am 25. Juni 2004 rechtskräftig geworden ist. Weil der Verstoss von Unique gegen die Verfügung *bis zum heutigen Datum andauert*, liegt ein tatbestandsmässiger Verstoss im Sinne von Artikel 50 KG - unabhängig vom genauen Zeitpunkt des Eintritts der Vollstreckbarkeit beziehungsweise Rechtskraft - in jedem Fall vor.

67. Die Frage, ob eine Verwaltungssanktion im Allgemeinen als Tatbestandsmerkmal effektiv Rechtskraft oder aber Vollstreckbarkeit voraussetzt, wird in der Literatur eindeutig beantwortet: "Eine Sanktion zur Durchsetzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht, die durch eine Verfügung begründet worden ist, kann grundsätzlich erst angeordnet werden, wenn diese Verfügung *vollstreckbar* ist. Eine Verfügung ist vollstreckbar, wenn sie formell rechtskräftig, das heisst nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar ist [...] oder wenn nur noch ein Rechtsmittel zur Verfügung steht, das keine aufschiebende Wirkung hat, oder *wenn dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist*".<sup>40</sup>

68. Zum selben Ergebnis führt die Auslegung von Artikel 50 KG: Während der deutsche und der italienische Gesetzestext den Ausdruck "rechtskräftige Verfügung" beziehungsweise "decisione passata in giudicato" verwenden, setzt die französische Fassung von Artikel 50 KG "Vollstreckbarkeit" voraus: "L'entreprise qui contrevient à son profit ... *à une décision exécutoire* prononcée par les autorités en matière de concurrence ..." (Hervorhebung hinzugefügt).<sup>41</sup> Da sich die Formulierungen nicht entsprechen, ist im Folgenden der Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung festzustellen.

69. Wenn vorsorgliche Massnahmen zulässig sind, so muss auch deren Sanktionierung nach Artikel 50 KG möglich sein<sup>42</sup>, und zwar sogleich nach Eintritt der Vollstreckbarkeit. Normalerweise hat eine Beschwerde aufschiebende Wirkung. Nur wenn die verfügende Behörde qualifizierte Voraussetzungen (wie z.B. be-

sondere Dringlichkeit und Abwägung der gegenüberstehenden Interessen) nachweist, kann sie die aufschiebende Wirkung entziehen; die Verfügung wird dann sofort vollstreckbar. Ihrem Präventions- und Sanktionscharakter kann die Verwaltungssanktionsbestimmung von Artikel 50 KG nur gerecht werden, wenn die Strafandrohung ab Vollstreckbarkeit der Verfügung wirkt. Ohne Androhung einer Rechtsfolge könnte ein Unternehmen trotz Vollstreckbarkeit einer verfügten Anordnung nicht zu deren Umsetzung gezwungen werden. Eine solche Auslegung würde den Unternehmen den Anreiz setzen, in jedem Fall den ganzen Rechtsmittelweg auszuschöpfen, nur um die Pflicht zur Umsetzung der Massnahmen möglichst lange hinauszuzögern. Dieses Ergebnis würde im Widerspruch zum Sinn und Zweck der vorsorglichen Massnahmen stehen, welche als Tatbestandselement die Dringlichkeit voraussetzen und einen Zustand vorübergehend sichern sollen. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung und somit letztlich auch die Verhängung vorsorglicher Massnahmen wären im Ergebnis wirkungslos, wenn das betroffene Unternehmen die Massnahmen bis zur Rechtskraft der Verfügung (u.U. während Jahren) ungeahndet missachten könnte. Schon aufgrund der ratio legis wird deshalb klar, dass die französische Version von Artikel 50 KG, welche auf die Vollstreckbarkeit abstützt, massgebend ist. Dieses Resultat stimmt im Übrigen auch mit den Anforderungen im von Unique erwähnten Artikel 292 StGB überein, der ebenfalls auf Vollstreckbarkeit - und nicht etwa auf formelle Rechtskraft - abstellt.<sup>43</sup>

70. Selbst wenn die Sanktionierung nach Artikel 50 KG - entgegen der hier vertretenen Auffassung - nicht Vollstreckbarkeit, sondern Rechtskraft der Verfügung voraussetzen würde, müsste die Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck so ausgelegt werden, dass die Rechtskraft zwar eine notwendige Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestands von Artikel 50 KG (und somit für die Auslösung der Rechtsfolge, das heisst die Sanktionierung) wäre, nicht aber auch eine Voraussetzung für die Verletzungshandlung: Wenn die aufschiebende Wirkung entzogen wurde, ist mit anderen Worten ein Verstoss gegen eine Verfügung der Weko sanktionierbar, sofern diese Verfügung effektiv rechtskräftig wird, aber unabhängig davon, wann sie in Rechtskraft erwächst.<sup>44</sup> Andernfalls würden vorsorgliche Massnahmen - wie gesagt<sup>45</sup> - in

<sup>40</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1146 f. (Hervorhebungen hinzugefügt); i.d.S. auch BGE 90 IV 79, 82.

<sup>41</sup> In der schweizerischen Rechtsprache bedeutet "exécutoire" stets "vollstreckbar" und nicht "rechtskräftig". Daran vermögen auch die Auszüge aus den von Unique eingereichten deutschen Rechtswörterbüchern nichts zu ändern.

<sup>42</sup> Vgl. oben Rz. 56.

<sup>43</sup> Statt aller TRECHSEL (zit. in Fn. 38), Art. 292 N 8 m.Nw., und RIEDO (zit. in Fn. 38), Art. 292 N 63.

<sup>44</sup> Das Rückwirkungsverbot wird nicht verletzt, weil zum Zeitpunkt des Verstosses bereits Vollstreckbarkeit gegeben sein muss.

<sup>45</sup> Vgl. oben Rz. 69.

der Praxis keinen Sinn machen. Setzt man Rechtskraft nicht für die Verletzungshandlung, aber doch für die Sanktionierung voraus, heisst das, dass das Unternehmen bei Entzug der aufschiebenden Wirkung das Sanktionsrisiko trägt für den Fall, dass die Verfügung in Rechtskraft erwachsen wird. Falls die vorsorglichen Massnahmen hingegen nicht in Rechtskraft erwachsen, so ist der Tatbestand von Artikel 50 KG nicht erfüllt und eine Sanktionierung ist trotz Verletzung der damals vollstreckbaren Verfügung nicht möglich. Im vorliegenden Fall ist die Verfügung der Weko spätestens nach dem Beschwerdeentscheid der REKO/WEF im Juni 2004 rechtskräftig geworden, die Sanktionierbarkeit ist somit gegeben.

71. Nach dem Gesagten stösst auch das Argument von Unique, erst mit Eintritt der Rechtskraft könne überhaupt sicher feststehen, dass eine Verfügung ein bestimmtes Verhalten bindend untersage oder vorschreibe, ins Leere: Massgeblich für das Umsetzen der Massnahmen ist eben gerade die Vollstreckbarkeit und nicht die Rechtskraft. Dabei hätte sich ein Unternehmen sogar einem willkürlichen Entzug der aufschiebenden Wirkung zu fügen; es erhielte aber unter Umständen Schadenersatz (vgl. Art. 55 Abs. 4 VwVG).

72. Dem Argument von Unique, wonach von einer Rechtskraft erst am 25. Juni 2004 auszugehen sei, ist zu entgegnen, dass die Frage des *genauen Zeitpunkts* des Rechtskraftseintritts vorliegend aus den genannten Gründen offen bleiben kann. Selbst wenn man anstatt auf die Vollstreckbarkeit auf die Rechtskraft der Verfügung abstellen würde, wäre diese spätestens seit Juni 2004 gegeben. Die Frage des genauen Zeitpunkts der Rechtskraft hat keinen Einfluss auf die Erfüllung des Tatbestands von Artikel 50 KG, sie könnte höchstens im Einzelfall Auswirkungen auf die Bemessung der Sanktionshöhe haben, indem sich die Dauer des rechtserheblichen Verstosses entsprechend verlängern oder verkürzen würde, was aber vorliegend nicht der Fall ist.<sup>46</sup>

73. Abschliessend ist zu bemerken, dass die REKO/WEF im Juni 2004 nicht eine neue Verfügung ausgesprochen hat, welche die Verfügung der Weko ersetzt hätte, sondern dass die REKO/WEF die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 bestätigt hat.

74. Fazit: Da spätestens seit Juni 2004 in jedem Falle Rechtskraft gegeben ist und da der Verstoss von Unique gegen die bereits im Dezember 2003 vollstreckbare Verfügung bis heute andauert, ist das Tatbestandselement der "décision exécutoire" beziehungsweise "rechtskräftigen Verfügung" in jedem Fall erfüllt.

### 4.3 Unternehmen

75. Ein Verstoss muss gemäss Artikel 50 KG durch ein *Unternehmen* erfolgen. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Artikel 2 Absätze 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>47</sup> Sanktionen richten sich gegen die Unternehmen, die in einem Entscheid der Wettbewerbsbehörden als Adressaten bezeichnet worden sind.<sup>48</sup> Vorliegend war *Unique* die Adressatin der Verfügung (vorsorgliche Massnahmen) der Weko vom 1. Dezember 2003.

## 4.4 Verletzungshandlung

### a) Einleitung

76. Ein Verstoss im Sinne von Artikel 50 KG liegt beispielsweise dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Geschäftspartner oder Konkurrenten trotz vollstreckbarer Verbotserfügung weiterhin ohne sachlichen Grund missbräuchlich behandelt.<sup>49</sup> Bei einem Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden (Art. 30 KG) oder gegen einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen ist somit zunächst deren Inhalt zu betrachten.<sup>50</sup> Ausgangspunkt zur Qualifikation, ob ein Verstoss vorliegt, ist dabei das Dispositiv der Verfügung, wobei zur Konkretisierung auch die entsprechenden Erwägungen herbeizuziehen sind.

### b) Bestimmtheit der Anordnung

77. Unique kritisiert zunächst, die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 sei nicht hinreichend klar, um als Grundlage für eine Sanktionierung dienen zu können. Das in Artikel 7 EMRK<sup>51</sup> und Artikel 1 StGB<sup>52</sup> verankerte Legalitätsprinzip und das daraus fliessende Bestimmtheitsgebot "nulla poena sine lege certa" würden auch im Verwaltungsanktionsverfahren gemäss Artikel 50 ff. KG gelten.

78. Die ausführlichen Erörterungen von Unique zum Legalitätsprinzip, zu "nulla poena sine lege certa" und zur Geltung der EMRK für juristische Personen müssen im Folgenden nicht weiter erwogen werden: Diese genannten Prinzipien fordern, dass die gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung genügend bestimmt ist, wobei jedoch keine absolute Genauigkeit erwartet werden darf.<sup>53</sup> Unique bestreitet vorliegend nicht, dass Artikel 50 KG zu wenig bestimmt sei, sondern kritisiert vielmehr die Formulierung der Ver-

<sup>46</sup> Unabhängig davon, ob die Verfügung nun zurückbezogen auf den 4.12.2003 (Eröffnung an Unique), den 12.12.2003 (Pflicht zur Angebotseinreichung), den 19.12.2003 (Nachfrist zur Angebotseinreichung) oder erst den 25.6.2004 (Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF) in Rechtskraft erwachsen ist, hat der Verstoss gegen die Verfügung im vorliegenden Fall mehr als ein Jahr, aber weniger als zwei Jahre gedauert, weshalb die Frage des genauen Zeitpunkts der Rechtskraft für die vorliegende Bemessung der Sanktion keine Rolle spielt (vgl. dazu unten Rz. 263 ff.).

<sup>47</sup> Vgl. zum Ganzen DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 8.

<sup>48</sup> Vgl. BORER (zit. in Fn. 23), Art. 50 N 2 f.

<sup>49</sup> Vgl. dazu DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 6.

<sup>50</sup> So DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 4.

<sup>51</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK); SR 0.101.

<sup>52</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB); SR 311.0.

<sup>53</sup> "L'exigence de précision et de prévisibilité de la règle de droit, qui vise à sauvegarder, le principe général de la sécurité juridique [...] est relative: la clarté de la loi ne s'apprécie qu'à la condition que l'intéressé se soit entouré de 'conseils éclairés' [...], et le niveau de précision requis de la législation dépend dans une large mesure du domaine en cause, du nombre et de la qualité des destinataires: la Cour européenne admet ainsi qu'en *matière de concurrence* [...], le libellé des lois puisse *ne pas présenter une précision absolue*" (FRÉDÉRIC SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, Paris 2003, S. 206 f., Hervorhebungen hinzugefügt).

fügung der Weko. Letztere Frage betrifft aber nicht das Legalitätsprinzip bezüglich der gesetzlichen Grundlage, sondern die Frage der Bestimmtheit einer Verfügung.<sup>54</sup>

79. Unique macht weiter geltend, vor dem 25. Juni 2004 habe Unique mangels Rechtskraft nicht gegen den Tatbestand von Artikel 50 KG verstossen können<sup>55</sup>, und nach Eintritt der Rechtskraft habe keine Pflicht mehr zu einem Handeln bestanden, da die Angebote laut Dispositiv im Dezember 2003 hätten gemacht werden müssen. Zudem habe die Verfügung Unique bloss zur Unterbreitung eines Angebots verpflichtet, "nicht aber auch zur tatsächlichen Durchführung des entsprechenden Angebots".<sup>56</sup>

80. Nach dem Wortlaut des Dispositivs wurde Unique nicht bloss zu einem Angebot angehalten, sondern dazu "verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission [Sprenger und AP] Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlagparkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen" (Ziff. 1 des Dispositivs).

81. Bei den angeordneten Massnahmen handelt es sich um eine Dauerverpflichtung, welche infolge sofortiger Vollstreckbarkeit der Verfügung der Weko seit Dezember 2003 besteht und bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache fort dauern wird. Die Auffassung von Unique, es habe zu keinem Zeitpunkt eine Pflicht zum Handeln bestanden, welche hätte verletzt werden können, ist somit unzutreffend. Unique konnte die ihr auferlegte Dauerverpflichtung nicht mit dem blossen Unterbreiten eines Angebots, welches in der Folge nicht in die Tat umgesetzt werden sollte, erfüllen.

82. Unique macht ferner geltend, die Verfügung sei nicht hinreichend klar und bestimmt: Der Wortlaut von Ziffer 2 des Dispositivs verstosse gegen das Bestimmtheitsgebot, denn das in einer Verfügung konkret Verbotene beziehungsweise Verlangte müsse hinreichend klar umschrieben sein, was im vorliegenden Fall bezüglich des Kriteriums "Vergleichbarkeit" nicht geschehen sei. Deshalb sei das vorliegende Verfahren ohne Folgen einzustellen.

83. Eine Sanktionierung nach Artikel 50 KG setzt voraus, dass Verfügungen der Wettbewerbsbehörden dem Erfordernis der Bestimmtheit genügen. Es genügt beispielsweise nicht, nur zu verfügen, dass sich das Unternehmen "wettbewerbskonform" verhalten soll. Vielmehr muss die Verfügung die unzulässigen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens genau bezeichnen.<sup>57</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Erfordernisse an die Bestimmtheit nicht übertrieben werden dürfen.<sup>58</sup> Insbesondere muss das Dispositiv nicht die gesamte Begründung der Verfügung wiederholen. Wenn die Sanktionsandrohung - wie im vorliegenden Fall - an einen von den Behörden rechtsverbindlich festgestellten Sachverhalt und an dessen Beurteilung anknüpft, besteht für die beteiligten Unternehmen "Klarheit über die Rechtslage".<sup>59</sup> Dies entspricht auch der Rechtslage in der EU, wie

gerade die von Unique zitierten Entscheide aufzeigen.<sup>60</sup>

84. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Artikel 292 StGB muss das durch eine Verfügung vom Verfügungsadressaten verlangte Verhalten "hinreichend klar umschrieben sein". Massgebend ist dabei, was "sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt".<sup>61</sup> Die Verfügung ist insbesondere nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern *nach Treu und Glauben* auszulegen.<sup>62</sup> Wie im erwähnten BGE aufgezeigt, kann es auch vorliegend nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sein, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen selber das Parking-Dienstleistungs-Konzept am Flughafen in allen Einzelheiten festzulegen. Das Bundesgericht auferlegt dem Verfügungsadressaten sogar die Obliegenheit, im Falle von Unklarheit bei den Behörden nachzufragen.<sup>63</sup>

85. Falls Unique im vorliegenden Fall der Ansicht gewesen wäre, die Anordnungen im Dispositiv seien unklar, hätte sie das bereits im Beschwerdeverfahren vor der REKO/WEF oder im Rahmen eines Gesuchs um Erläuterung im Sinne von Artikel 69 VwVG geltend machen oder beim Sekretariat beziehungsweise der Weko (informell) nachfragen können.<sup>64</sup> In der Beschwerde gegen die Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 hat Unique zwar zahlreiche Punkte gerügt; hingegen hat Unique mit keinem Wort kritisiert, dass die von ihr verlangte Verhaltensweise unklar oder zu wenig bestimmt sei. Die REKO/WEF hat die Verfügung der Weko bestätigt, ohne dass die angebliche Unbestimmtheit der Anordnung thematisiert worden wäre. Erläuterung hat Unique weder von der Weko noch von der REKO/WEF verlangt; auch nachgefragt hat Unique bei den Wettbewerbsbehörden nicht.

<sup>54</sup> Vgl. dazu unten Rz. 82 ff.

<sup>55</sup> Vgl. dazu ausführlich oben Rz. 63 ff.

<sup>56</sup> So die Stellungnahme von Unique.

<sup>57</sup> So DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 7.

<sup>58</sup> Vgl. etwa BGE 97 II 92 ff. sowie ZR 85 Nr. 54, wonach sogar Dispositivbestimmungen, die noch einen beschränkten Ermessensspielraum offen lassen, durch das Bestimmtheitsgebot nicht ausgeschlossen sind.

<sup>59</sup> So die Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 153.

<sup>60</sup> Z.B. das Abstellen auf die Handelsüblichkeit in der Formulierung, es sei "jeder handelsüblichen schriftlichen Bestellung [...] nachzukommen" (vgl. Stellungnahme von Unique).

<sup>61</sup> Dazu und zum Folgenden BGE 124 IV 297 ff., 311 f. i.d.S. auch STADLER (zit. in Fn. 38), 80, wonach "nicht nur der Wortlaut der Anordnung, sondern auch ihr eindeutiger und offenkundiger Sinn zu berücksichtigen" ist.

<sup>62</sup> Vgl. TRECHSEL (zit. in Fn. 38), Art. 292 N 6, und RIEDO (zit. in Fn. 38), Art. 292 N 50.

<sup>63</sup> BGE 124 IV 311: "Sollte der Beschwerdeführer nicht verstanden haben, was von ihm in der Verfügung verlangt wurde, hätte er rückfragen müssen".

<sup>64</sup> Das ausserordentliche Rechtsmittel der Erläuterung dient dazu, Unklarheiten und Widersprüche im Dispositiv oder zwischen diesem und der Begründung zu eliminieren; vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER (zit. in Fn. 40), Rz. 1847.



86. Unique scheint zudem zu verkennen, dass für die Überprüfung der Bestimmtheit einer Anordnung nicht allein auf einzelne, isolierte Wörter im Dispositiv abgestellt werden darf, sondern dass das gesamte Dispositiv im Zusammenhang mit den erläuternden Erwägungen nach Treu und Glauben zu verstehen ist. Artikel 69 VwVG sieht explizit das Rechtsmittel der Erläuterung vor für den Fall von "Unklarheiten oder Widersprüchen" in einer "Entscheidungsformel oder *zwischen dieser und der Begründung*". Wäre die Begründung nicht wesentlich für das Verständnis der Verfügung, so müssten allfällige Unklarheiten zwischen Dispositiv und Begründung nicht geklärt werden. Auch diese Norm zeigt somit auf, dass das *Dispositiv zusammen mit der Begründung* zu verstehen ist. Folglich muss die Verfügung insgesamt nach Treu und Glauben dem Verfügungsadressaten erlauben, klar zu wissen, was er zu tun oder zu unterlassen hat, um eine Sanktion zu vermeiden.

87. Die Weko hat in den Erwägungen ihrer Verfügung einerseits genau bezeichnet, worin das (glaubhaft gemachte) missbräuchliche Verhalten von Unique liegt,<sup>65</sup> und andererseits aufgezeigt, wie der wettbewerbskonforme Zustand wiederherzustellen ist:<sup>66</sup> Die Weko forderte, dass bezüglich AP der faktisch bis Mitte 2003 herrschende und rechtlich weiterhin verbindliche Zustand wiederherzustellen und bezüglich Sprenger der status quo vorübergehend zu garantieren sei. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips (Begrenzung der angeordneten Massnahmen auf das mildeste Mittel) und um den damaligen Einwänden und Befürchtungen von Unique gerecht zu werden, wurde Unique "jedoch nicht verpflichtet, den bisherigen Anbietern exakt dieselben Lokalitäten zur Verfügung zu stellen".<sup>67</sup> Vielmehr reicht es zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs, "wenn die neuen Lokalitäten mit den bisherigen *insbesondere in Bezug auf Lage/Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit, Infrastruktur* etc. vergleichbar sind".<sup>68</sup> Es folgt in der Begründung der Verfügung die Präzisierung, dass dabei der bis Mitte 2003 herrschende Zustand der Infrastruktur massgebend ist und nicht etwa die seither eingetretene Verschlechterung.<sup>69</sup>

88. Aus den Ziffern 1 und 2 des Dispositivs und den dazu gehörenden Erwägungen geht der Inhalt der Anordnung genügend bestimmt hervor: Die Angebote an Sprenger und AP haben sich am rechtmässigen Zustand, wie er bis Mitte 2003 (bezüglich AP) beziehungsweise bis Ende 2003 (bezüglich Sprenger) herrschte, zu orientieren. "*Vergleichbar*" heisst, dass das Angebot - wenn ein identisches Angebot am bisherigen Standort beziehungsweise nicht ohne weiteres möglich ist, weil Unique zum Beispiel mit Dritten (Europcar) Verträge abgeschlossen hat - doch *zumindest gleichwertig* sein muss, und zwar vor allem bezüglich der explizit erwähnten Kriterien Lage/Distanz des Standorts zu den Terminals, Erreichbarkeit und Infrastruktur. Vergleichbar ist ein Angebot dann, wenn es in der Gesamtbetrachtung aller Kriterien mindestens ebenbürtig ist. Vergleichbarkeit kann vorliegen, wenn das Angebot zwar bezüglich eines Kriteriums schlechter ist als der vorherige Zustand, dieses Minus aber kompensiert wird, indem das

Angebot bezüglich eines anderen Kriteriums besser ist (so z.B. wenn der neue Standort zwar besser gelegen ist, dafür aber über ein kleineres Büro verfügt). Nicht vergleichbar ist hingegen ein Angebot, wenn es bezüglich mehrerer Kriterien schlechter ist als der bisherige Zustand, ohne dass diese Nachteile kompensiert werden.

89. Aus dem Umstand, dass der Vizedirektor des Sekretariats anlässlich der Parteieinvernahme von Unique auf die Frage von Unique, was genau unter einem "vergleichbaren Angebot" zu verstehen sei, geantwortet hat, das Sekretariat sei daran, dies zu klären, kann nichts anderes abgeleitet werden.<sup>70</sup> Zum damaligen Zeitpunkt war das Sanktionsverfahren erst gerade eröffnet worden, das Sekretariat hatte seine Sachverhaltsermittlungen noch nicht abgeschlossen und erklärte, dass es untersuche, ob die gemachten Angebote vergleichbar seien. In einer solchen Situation kann ein Vertreter des untersuchenden Sekretariats nicht bereits einer Partei verbindlich mitteilen, ob ihre Angebote unter Würdigung aller Umstände vergleichbar waren oder nicht, weil von dieser Frage letztlich auch die Frage abhängt, ob ein Verstoß gegen Artikel 50 KG vorliegt.<sup>71</sup> Diese Frage hat die Weko selber in ihrem Entscheid über die Sanktion zu entscheiden.

90. Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung vom 1. Dezember 2003 der Rechtssicherheit wegen mit einer - rein deklaratorischen - Sanktionsandrohung für den Fall der Verletzung versehen wurden, obwohl diese bereits im Gesetz selbst enthalten ist.<sup>72</sup>

91. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das in der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 von Unique verlangte Verhalten hinreichend klar umschrieben wurde und es Unique erlaubt hat, klar zu wissen, was sie zu tun oder zu unterlassen hat beziehungsweise welches Verhalten oder Unterlassen eine Ver-

<sup>65</sup> Vgl. etwa Verfügung vom 1.12.2003, Rz. 51 ff., insb. 55: "Dadurch, dass sich Unique seit Mitte 2003 bzw. per Ende 2003 weigert, mit tatsächlichen (d.h. Sprenger und AP) bzw. potenziellen Konkurrenten Mietverträge abzuschliessen und Gewerbe-Bewilligungen zu erteilen, behindert bzw. verunmöglicht sie anderen Parking-Dienstleistungsanbietern wie insb. Sprenger und AP die Ausübung des Wettbewerbs i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG. Unique verdrängt diese Wettbewerber. Dies stellt eine unzulässige Verhaltensweise dar".

<sup>66</sup> Dazu und zum Folgenden Verfügung vom 1.12.2003, Rz. 84. Vgl. aber die Kritik in der Stellungnahme von Unique.

<sup>67</sup> Verfügung vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 127, Rz. 84.

<sup>68</sup> Verfügung vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 127, Rz. 84 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>69</sup> Verfügung vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 127, Rz. 84, Fn. 87.

<sup>70</sup> So aber die Stellungnahme von Unique.

<sup>71</sup> Entgegen den Ausführungen von Unique ist es im Übrigen nicht so, dass der Sekretariatsvertreter den Verfügungsinhalt nicht erklären konnte, sondern er wollte damals nicht festhalten, ob Unique gegen die Verfügung verstossen hat oder nicht. Auch das Argument von Unique, im Sanktionsverfahren sei die Erfüllung einer Anordnung zu klären, nicht deren Inhalt, was vorliegend die Unbestimmtheit der Verfügung beweise, ist unbehelflich: Im Sanktionsverfahren wird - vereinfacht gesagt - geprüft, ob eine Differenz besteht zwischen dem, was ein Unternehmen hätte tun oder unterlassen sollen ("Inhalt"), und dem, was es effektiv getan bzw. unterlassen hat ("Erfüllung"). Inhalt und Erfüllung sind somit gemeinsam zu beurteilen.

<sup>72</sup> Vgl. DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 7, und Entscheid REKO/WEF vom 9.6.2005 (FB/2003-4), Erw. 6.2.6. S. 53; vgl. auch unten Rz. 213.

waltungssanktion nach sich ziehen kann. Somit ist vorliegend den Anforderungen bezüglich Bestimmtheit Genüge getan.

92. Im Folgenden wird deshalb geprüft, ob Unique gegen die Ziffern 1 und 2 beziehungsweise 3 des Dispositivs der rechtskräftigen Verfügung vom 1. Dezember 2003 verstossen hat oder nicht.

**c) Keine genügenden Angebote i.S.v. Ziffer 1 und 2 des Dispositivs**

93. In Ziffer 1 dieser Verfügung wurde Unique verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Weko den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking, Sprenger und AP, Flughafeneinrichtungen (insb. Umschlagparkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen. Dies präzisierend wurde Unique in Ziffer 2 die konkrete Verpflichtung auferlegt, Sprenger und AP bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Die Vergleichbarkeit bemisst sich dabei insbesondere an "Lage/Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit, Infrastruktur etc."<sup>73</sup>

94. Entgegen der zumindest implizit geäusserten Auffassung von Unique genügt es im vorliegenden Fall nicht, wenn Sprenger und AP gerade knapp am Leben erhalten werden. Vielmehr sollen die vorsorglichen Massnahmen während der Dauer der Untersuchung die ursprünglichen Wettbewerbsverhältnisse erhalten beziehungsweise "einfrieren" in dem Sinne, dass der mit dem Auto anreisende Flugpassagier neben dem Parkhausangebot von Unique (und Europcar) mindestens die beiden bis Mitte beziehungsweise Ende 2003 von AP beziehungsweise Sprenger angebotenen Alternativen hat. Um es Sprenger und AP zu erlauben, ihre ehemaligen beziehungsweise bisherigen Valet Parking-Dienstleistungen in vergleichbarer Weise anbieten zu können und mit ihrem ehemaligen beziehungsweise bisherigen Geschäftsmodell als Wettbewerber im Markt konkurrenzfähig zu sein, wurde Unique verpflichtet, ihnen unter anderem die notwendige Flughafeninfrastruktur zu vermieten. Aus dem Umstand, dass Sprenger und AP - wenn auch teilweise stark reduziert - heute noch Parking-Dienstleistungen anbieten, kann nicht geschlossen werden, dass Unique deshalb auch die Anordnungen des Dispositivs erfüllt hat.

95. Die von Unique umzusetzenden Massnahmen wurden in der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 dergestalt formuliert, dass das Ziel, zu welchem Unique in Erfüllung der verfügbaren Massnahmen beitragen muss, vorgegeben ist, aber Unique bei der konkreten Umsetzung ein gewisser Handlungsspielraum zugestanden wird. Unique kann eine ungenügende Umsetzung der entsprechenden Verpflichtungen jedoch nicht damit rechtfertigen, es gehe vorliegend nur um "die Regelung einer provisorischen Situation". Zwar spricht nichts dagegen, dass Unique die Umsetzung der Massnahmen "mit möglichst gerin-

gem Aufwand" ihrerseits vornimmt, aber nur unter der Bedingung, dass im Ergebnis die angeordneten Massnahmen effektiv umgesetzt werden.<sup>74</sup> Wie in den folgenden Erwägungen gezeigt wird, ist es entgegen der Argumentation von Unique nicht so, dass trotz angeblich unbestimmt formulierter Anordnung gleichwohl die "eben gerade nicht angeordnete Maximalvariante" gefordert wird.

96. Der Hauptzweck von vorsorglichen Massnahmen liegt darin, einen bestimmten Zustand für die Dauer des Verfahrens bis zum Entscheid in der Hauptsache zu gestalten oder zu sichern. Die beiden Ziffern 1 und 2 des Dispositivs sind bereits aufgrund ihres Wortlautes so zu verstehen, dass Unique im Ergebnis eine Verpflichtung für die ganze Verfahrensdauer auferlegt wurde:<sup>75</sup> Unique ist aufgrund der vorsorglichen Massnahmen verpflichtet, AP und Sprenger die genannte Infrastruktur vom 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003 an bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache zur Verfügung zu stellen. Ziffer 2 dient der Konkretisierung von Ziffer 1, welche Unique unter Strafandrohung dazu verpflichtet, Sprenger und AP die genannte Infrastruktur während der ganzen Verfahrensdauer zur Verfügung zu stellen. Ziffer 2 bestimmt, dass Unique zu diesem Zweck AP und Sprenger bis am 12. Dezember 2003 ein entsprechendes Angebot zu machen - und selbstverständlich aufrecht zu halten - hatte.

97. Obwohl Ziffer 2 der Verfügung explizit die "bisherigen oder vergleichbare Lokalitäten" verlangt, ist Unique zuzugestehen, dass bei der Beurteilung der Angebote nicht ausschliesslich auf das Kriterium der von Unique angebotenen Standorte abgestellt werden darf, sondern dass das angebotene Gesamtpaket zu würdigen ist. Vom Sinn und Zweck her ist der Verfügung zu entnehmen, dass Unique AP und Sprenger für die Verfahrensdauer in die Lage versetzen muss, weiterhin die ehemaligen Valet Parking-Dienstleistungen in vergleichbarer Weise anbieten zu können.

98. Wichtigstes Kriterium im Rahmen der Vermietung von Flughafeninfrastruktur für das Anbieten von Valet Parking-Dienstleistungen dürfte die Lage der Umschlagparkplätze und des Schalters (insbesondere deren Entfernung von den Check-in) sein.<sup>76</sup> Daneben sind auch zahlreiche andere Kriterien von Bedeutung: so zum Beispiel die Entfernung zwischen den Umschlagparkplätzen und dem Schalter, die Schalter- und Büroinfrastruktur (Grösse, Telefon, Internet etc.), die Anzahl, Grösse und Ausrichtung der Parkplätze, die Beschilderung und Beschriftung der Zufahrt beziehungsweise des Zugangs (d.h. die Auffindbarkeit für die Kundschaft), der Komfort für die Kunden (z.B. Warteraum, Sitzgelegenheit, Heizung/Klimaanlage, Toiletten) etc.

<sup>73</sup> Verfügung vom 1.12.2003, Rz. 84.

<sup>74</sup> Vgl. auch unten Rz. 167.

<sup>75</sup> Vgl. schon oben Rz. 80 f.

<sup>76</sup> Die Verfügung vom 1.12.2003 nennt in Rz. 84 exemplarisch die wichtigen Kriterien Lage und Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit und Infrastruktur.

99. Unique hat AP und Sprenger jeweils zwei schriftliche Angebote zur Nutzung von Flughafeninfrastruktur unterbreitet. Im Folgenden wird geprüft, ob Unique mit diesen Angeboten ihre Pflichten erfüllt hat oder nicht.

**d) 1. Angebot von Unique vom 12. Dezember 2003**

**aa) Allgemeines**

100. Unique macht geltend, die in der Verfügung vorgesehene Frist zur Unterbreitung eines Angebots von nur neun Tagen "sei viel zu kurz und daher unverhältnismässig" gewesen. Dieses Argument hätte Unique allenfalls im Beschwerdeverfahren bezüglich der vorsorglichen Massnahmen geltend machen müssen.<sup>77</sup> Die REKO/WEF jedenfalls erachtete die von der Weko verfügten vorsorglichen Massnahmen - wozu auch die nun kritisierte Frist gehört - als verhältnismässig. Zudem hätte Unique auch die Möglichkeit gehabt, anstatt ein definitives Angebot eine Vereinbarung mit Sprenger und AP vorzulegen (vgl. Ziff. 3 des Dispositivs).

101. Wie bereits erwähnt, hat Unique Sprenger und AP am 12. Dezember 2003 ein 1. Angebot gemacht, welches unter Hinweis auf Ziffer 2 der Verfügung vom 1. Dezember 2003 Folgendes vorsah:<sup>78</sup> Sprenger hätte für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter im Parkhaus 6, Geschoss 2 sowie Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0 und Parkplätze auf dem P11 zur Miete erhalten.<sup>79</sup> AP wurde angeboten, während der Dauer des Verfahrens für den "bisher praktizierten Parkingservice (Parkplätze ausserhalb des Flughafens mit Zubringerbus für die Kunden)" künftig mit dem Kleinbus die innere Vorfahrt auf der Abflugebene zu benutzen.

102. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2003 lehnte AP dieses "pro forma Angebot" unter Protest und mit Begründung ab.<sup>80</sup> Gleichentags wies auch Sprenger das Angebot von Unique mit Begründung zurück.<sup>81</sup>

103. Schon im Schreiben vom 17. Dezember 2003<sup>82</sup> wies das Sekretariat Unique darauf hin, dass das 1. Angebot an Sprenger (Standort im Parkhaus 6) nicht vergleichbar mit der bisherigen Lokalität (dem Parkhaus 2) sei, da das Parkhaus 6 überwiegend für Frachtzwecke genutzt werde, und somit den Anforderungen der Verfügung vom 1. Dezember 2003 nicht genügen dürfte. Auch das 1. Angebot an AP, welches lediglich eine Vorfahrtbewilligung für den Shuttlebus gegen Entgelt vorsah, erfülle die Anforderungen der genannten Verfügung nicht, da sich das Dispositiv auf die Valet Parking-Dienstleistungen von AP beziehe, die diese bis Mitte 2003 angeboten hatte, und nicht auf das aktuell von AP angebotene Park-and-ride-Konzept ausserhalb des Flughafenareals.

104. Auch wenn Unique gestützt auf die kritischen Hinweise des Sekretariats den Parteien ein 2. Angebot gemacht hat,<sup>83</sup> ist im Rahmen des Sanktionsverfahrens dennoch zu prüfen, ob nicht schon das 1. Angebot den Anforderungen im Dispositiv genügt hätte, weil bejahendenfalls ein Verstoss gegen Artikel 50 KG wohl zumindest fraglich wäre.<sup>84</sup>

105. Wie im Folgenden näher ausgeführt wird, war das 1. Angebot von Unique ungenügend: Unique hat AP gar keine Flughafeninfrastruktur (d.h. weder Umschlagparkplätze noch ein Büro/Schalter) angeboten und das Angebot an Sprenger war ungenügend, weil unter anderem der Standort des dezentral gelegenen Parkhauses 6 nicht vergleichbar ist mit dem bisherigen Standort im Parkhaus 2.

**bb) 1. Angebot an AP (kein Standort im Flughafenareal)**

106. Bezüglich des 1. Angebots an AP ist zu bemerken, dass dieses faktisch nicht mehr als eine vorübergehende Duldung desjenigen Zustands dargestellt hätte, den Unique selber durch den (glaubhaft gemachten) Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung mittels Verdrängung von AP vom Flughafen per Mitte 2003 herbeigeführt hatte. Unique hätte aber ein Angebot machen müssen, das mit dem Zustand bis Mitte 2003 (AP hatte damals Plätze und Schalter direkt auf der inneren Vorfahrt) vergleichbar gewesen wäre.<sup>85</sup>

107. AP hat mehrfach darauf hingewiesen, dass das seit Mitte 2003 von ausserhalb des Flughafenareals aus angebotene Park-and-ride-Konzept nur als Notlösung eingeführt worden sei, nachdem AP von Unique vom Flughafen verdrängt worden war und keine Alternative hatte. Auch anlässlich der Einvernahme durch das Sekretariat hat AP die Vergleichbarkeit des Zustands vor Mitte 2003 mit dem heutigen Zustand und somit dem 1. Angebot von Unique klar verneint. Der AP-Standort sei bis Mitte 2003 direkt am Terminal auf der Vorfahrt gewesen, während das 1. Angebot von Unique bloss einen Geschäftsbetrieb von ausserhalb des Flughafens (ca. 4 km von der Vorfahrt entfernt) vorgesehen habe. Die Nachteile lassen sich aus der Sicht von AP wie folgt zusammenfassen: keine Bewilligung für Shuttlebus vorhanden, Umladen des Gepäcks in Shuttlebus, Fahrten vom ausserhalb des Flughafenareals gelegenen Parkplatz zum Terminal und umgekehrt, längere Wartezeiten, Unannehmlichkeiten, stark gesunkene Kundenakzeptanz, massiver Umsatzrückgang und Entlassung von Angestellten.

108. Unique argumentiert zunächst,<sup>86</sup> für die Prüfung der Vergleichbarkeit des Angebots an AP sei der Zu-

<sup>77</sup> Es ist im Übrigen offensichtlich, dass im Unterlassen der diesbezüglichen Rüge im Beschwerdeverfahren keinesfalls "ein weiterer Beweis dafür, dass Unique nicht daran gezweifelt hat, die Verfügung richtig umgesetzt zu haben" erkannt werden kann (so aber die zweite Stellungnahme von Unique).

<sup>78</sup> Vgl. die Hw. oben in Rz. 6.

<sup>79</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Rz. 106 ff.

<sup>81</sup> Vgl. auch unten Rz. 124 ff.

<sup>82</sup> Vgl. schon oben Rz. 6.

<sup>83</sup> Vgl. dazu sogleich unten Rz. 129 ff.

<sup>84</sup> Anders Stellungnahme von Unique.

<sup>85</sup> Vgl. dazu sogleich unten Rz. 108 f.

<sup>86</sup> Den - vorliegend nicht weiter relevanten - allgemeinen Feststellungen von Unique bezüglich Aufgabe des wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens während des laufenden Verfahrens ist sodann zu entgegnen, dass sie die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts ausser Acht lassen (vgl. BGE 2A.59/2005 vom 22.8.2005 in RPW 2005/3, S. 580 ff., Erw. 3).

stand vom Dezember 2003 heranzuziehen (Shuttlebus-Konzept, Unique stellt AP überhaupt keine Infrastruktur mehr zur Verfügung) anstatt der Zustand vor dem erzwungenen Wechsel bis Mitte 2003 (innere Terminalvorfahrt).

109. Diese Argumentation ist aus folgenden Gründen unzutreffend: Die Weko hat in der Verfügung vom 1. Dezember 2003 klargestellt, dass sie den von Unique per Mitte 2003 erzwungenen Zustand missbilligt (Kündigung aller Mietverträge mit AP und Zwang zum Verlassen des Flughafenareals), und hat Unique verpflichtet, AP "ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten". Der glaubhaft gemachte Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Unique liegt gerade darin, dass Unique AP seit Mitte 2003 überhaupt keine Infrastruktur mehr zur Verfügung gestellt hat. Somit ist nicht nachvollziehbar, warum Unique nun geltend macht, das Angebot an AP müsse mit diesem Zustand, in dem überhaupt keine Infrastruktur an AP vermietet wurde, verglichen werden. Dieser aktuelle Zustand, der durch das in der Verfügung der Weko als wettbewerbswidrig qualifizierte Verhalten von Unique per Mitte 2003 herbeigeführt wurde,<sup>87</sup> kann als Vergleichsmassstab nicht relevant sein: AP bietet seit der Verdrängung vom Flughafenareal nur nolens volens ein Park-and-ride-Konzept von ausserhalb des Flughafens an. Es ist offensichtlich, dass sich die Verfügung der Weko nicht etwa auf den aktuellen kartellgesetzwidrigen Zustand (ab Mitte 2003) bezieht und diesen sichern will, sondern auf den kartellrechtskonformen Zustand vor Mitte 2003: Wie es auch klar aus der Verfügung der Weko, einem Schreiben des Sekretariats sowie dem Beschwerdeentscheid der REKO/WEF hervorgeht, ist für den Vergleich einzig der bisherige Zustand bis Mitte 2003 (Vermietung von Schalter und Parkplätzen auf der inneren Terminalvorfahrt<sup>88</sup>) massgebend.<sup>89</sup>

110. Unique macht sodann geltend, AP sei schon früher eher auf das low cost-Segment ausgerichtet gewesen, AP habe sich in der Zwischenzeit auf dem "off airport"-Parkplatz installiert, auf der Vorfahrt sei immer ein Durcheinander gewesen und zusammenfassend sei das Angebot als Gesamtpaket vergleichbar gewesen mit dem Zustand vor Mitte 2003 (Plätze auf der Vorfahrt). Die von AP geforderten ehemaligen oder vergleichbaren Umschlagparkplätze auf der inneren Vorfahrt könne Unique AP nicht anbieten, "weil alle dort zur Verfügung stehenden Plätze vermietet" seien; unter den aktuell gegebenen Umständen sei das Angebot eine "Maximallösung".<sup>90</sup>

111. Anhand verschiedener Kriterien wird im Folgenden geprüft, ob das 1. Angebot (Beibehaltung des status quo: Park-and-ride-Konzept mit off airport-Parking und Shuttlebus) mit dem früheren Zustand (Valet Parking-Konzept bis Mitte 2003 direkt auf der inneren Vorfahrt<sup>91</sup>) vergleichbar war und Unique somit die Pflichten in Ziffer 1 und 2 des Verfügungsdispositivs erfüllt hat.

112. Zunächst ist festzustellen, dass die Aussage von Unique, AP habe den Standort auf der Vorfahrt im Juni 2003 "aus eigenem Antrieb verlassen", aktenwidrig ist: Unique selber hat AP (und Sprenger) den Mietvertrag per 30. Juni 2003 gekündigt und hat AP die Bewilligung für den Parkingservice auf der Vorfahrt entzogen.

113. Sodann ist festzuhalten, dass der Hinweis von Unique, AP sei schon früher eher auf das low cost-Segment ausgerichtet gewesen, irreführend ist. Die Kunden, die Valet Parking-Dienstleistungen von AP nachfragen beziehungsweise nachfragten, lassen sich vereinfachend in zwei Hauptgruppen aufteilen: Auf der einen Seite gibt es die Geschäftskunden, die ihr Auto typischerweise nur eine kürzere Zeit parkieren und dabei weniger auf den Preis der Dienstleistung, als vielmehr auf ein möglichst einfaches, zuverlässiges und schnelles Handling und somit auf einen sehr gut gelegenen Standort Wert legen. Die Ferienkunden auf der anderen Seite achten vorwiegend auf das Preis-Leistungs-Verhältnis, wobei primär der Preis wichtig ist, daneben aber auch die Dienstleistung stimmen muss.

114. Der Parkingservice von AP mit dem Standort auf der inneren Vorfahrt garantierte sowohl eine schnelle Abgabe und Rücknahme des Autos und kürzeste Fusswege bis zum Check-in als auch Preise, die ab einer Parkierdauer von mehreren Tagen unter den Parkhaustarifen von Unique lagen. Bis Mitte 2003 konnte AP somit die Bedürfnisse sowohl der Geschäfts- als auch der Ferienkunden abdecken. Entsprechend machten die beiden Kundengruppen früher je ungefähr die Hälfte des Umsatzes von AP aus. Mit dem erzwungenen Konzeptwechsel hat AP aus den im Folgenden genannten Gründen sehr viele Kunden, darunter den Grossteil seiner Geschäftskunden, verloren.

<sup>87</sup> Vgl. dazu schon oben Rz. 103. Auch Unique gibt zu, dass das Shuttlebus-Konzept von ausserhalb des Flughafens weniger attraktiv ist als ein Standort auf dem Flughafenareal.

<sup>88</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>89</sup> Vgl. die Verfügung der Weko vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 127 f., Rz. 84: "Im Ergebnis wird bezüglich AP der faktisch *bis vor kurzem* [d.h. bis Mitte 2003] *herrschende, aber rechtlich weiterhin verbindliche Zustand wieder hergestellt* und bezüglich Sprenger der status quo vorübergehend garantiert" und Rz. 87: "Deshalb ist es wichtig, den einzigen beiden Konkurrenten von Unique so rasch wie möglich den Marktverbleib (Sprenger) zu gewährleisten bzw. *den Marktwiedereintritt (AP)* zu ermöglichen" (Hervorhebungen hinzugefügt) und das Schreiben des Sekretariats: "Aus den Erwägungen [...] ergibt sich jedoch klar, dass sich die Ziffern 1–3 des Dispositivs auf die Parking-Dienstleistungen der Alternative Parking AG beziehen, die diese bis *vor* Mitte 2003 angeboten hat, d.h. Valet-Parking wie in den Randziffern 9 ff., insb. 10, der Verfügung [...] dargelegt, und nicht auf die heute von der Alternative Parking AG angebotene Dienstleistung" (Hervorhebung im Original). I.d.S. auch die REKO/WEF in ihrem Entscheid vom 14.6.2004, Rz. 4.8.2.

<sup>90</sup> Schreiben von Unique.

<sup>91</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

115. Anlässlich des Augenscheins vom 3. November 2004 konnte das Sekretariat die Lage der heutigen und der ehemaligen Umschlagparkplätze und des Schalters und deren Entfernung von den Terminals beziehungsweise Check-in beurteilen. Die Kundenparkplätze sowie der Schalter von AP befinden sich seit Mitte 2003 auf dem ca. drei bis vier Kilometer von den Terminals entfernten Parkplatz "Hardacker" (Balsberg). Für die bisherige Kundschaft von AP ist dieser neue Standort ausserhalb des Flughafenareals offensichtlich mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden: Während der Kunde früher sein Auto direkt auf der inneren Vorfahrt abgeben konnte und nur ein paar Schritte von den Terminals beziehungsweise Check-in entfernt war, muss er nun auf dem entfernten "off airport"-Parkplatz das Auto abgeben und zunächst warten, bis der Shuttlebus vom Flughafen zurück und wieder zur Abfahrt an den Flughafen bereit ist. Nach dem Umladen des Gepäcks in den Shuttlebus dauert die Fahrt an den Flughafen ca. fünf Minuten. Besonders umständlich für den Kunden ist auch das Prozedere bei seiner Rückkehr: Früher hatte AP das Kundenauto schon vor der Rückkehr des Kunden auf der Vorfahrt bereitgestellt, so dass der Kunde ohne Verzögerung nach der Rückkehr an den Flughafen und der Inempfangnahme des Autoschlüssels abfahren konnte. Heute muss der Kunde zunächst AP von einem öffentlichen Telefon aus oder mit seinem eigenen Mobiltelefon über seine Rückkehr informieren; erst mit einer zeitlichen Verzögerung kommt dann der Shuttlebus an den Flughafen und fährt den Kunden auf den off airport-Parkplatz, wo sodann das Gepäck aus dem Bus in das Kundenauto umgeladen werden muss.

116. Seit der erzwungenen Einführung dieses neuen Park-and-ride-Konzepts hat sich gezeigt, dass viele der ehemaligen AP-Kunden - insbesondere die Geschäftskunden - nicht bereit sind, diese Unannehmlichkeiten, die Wartezeiten und den Zeitverlust in Kauf zu neh-

men. AP macht geltend, dass sie vorher ca. 60% Touristen und 40% Geschäftskunden hatten, heute seien es nur noch ca. 10% Geschäftskunden. Von den ehemals ca. 25'000 Kunden sind mit dem neuen Konzept heute weniger als 10'000 Kunden geblieben.

117. Die Vermutung von AP, dass viele Kunden heute in die Parkhäuser von Unique gewechselt haben - sei es direkt oder indirekt via Europcar<sup>92</sup> -, wird letztlich auch von Unique selber bestätigt: Zunächst zeigt Unique auf, dass Europcar, welche die Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert, im ersten Halbjahr 2004 gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 ein Frequenzplus von [20%-30%] und ein Umsatzplus von sogar [20%-30%] erzielen konnte. Laut Unique zeigen "die neusten erhobenen Umsatz- und Frequenzdaten im Geschäft mit Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich [...] eindeutig, dass die von Sprenger und AP erlittenen Umsatz- und Frequenzeinbussen durch entsprechende Umsatz- und Frequenzzunahmen bei Europcar kompensiert beziehungsweise aufgefangen wurden".<sup>93</sup> Wie bereits erwähnt, sind diese neuen Kunden von Europcar automatisch auch Kunden von Unique geworden, da Europcar sämtliche Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert.<sup>94</sup> Entsprechend erzielte auch Unique selber im Geschäftsjahr 2004 gegenüber dem Vorjahr bei den Parkingerträgen ein Umsatzplus von [10%-20%], und das trotz der geringeren Zunahme der Anzahl Lokalpassagiere um 12,1% und trotz der Erhöhung der Anzahl Passagiere, die mit dem öffentlichen Verkehr an den Flughafen kommen.<sup>95</sup>

118. Während sowohl bei Unique als auch bei Europcar die Anzahl Kunden und die Parkingerträge zunahmen, hat sich der erhebliche **Verlust an Kunden von AP** auch deutlich in den Umsatzzahlen von AP niedergeschlagen, wie der Vergleich mit den Parking-Umsätzen von Unique zeigt:<sup>96</sup>

Jahr \ Umsatz	2001	2002	2003		2004
			1. Hälfte	2. Hälfte	
Unique: insgesamt: "bereinigt": <sup>97</sup>	46,9 Mio. [...] <i>Mio.</i>	44,4 Mio. [...] <i>Mio.</i>	46,1 Mio. [...] <i>Mio.</i> + [...] <i>Mio.</i> = [...] <i>Mio.</i>		54,1 Mio. [...] <i>Mio.</i>
AP	[...] <i>Mio.</i>	[...] <i>Mio.</i>	[...] <i>Mio.</i> + [...] <i>Mio.</i> = [...] <i>Mio.</i>		[...] <i>Mio.</i>

<sup>92</sup> AP schätzt, dass 10%-15% der Kunden von AP zu Europcar wechselten.

<sup>93</sup> Vgl. zur Verlagerung der Kundschaft von AP und Sprenger auf Unique (inkl. Europcar) auch unten Rz. 178 ff. und Rz. 273.

<sup>94</sup> Die Kunden geben ihr Auto auf der Terminal-Vorfahrt einem Europcar-Mitarbeiter ab, der das Auto dann *im Unique-Parkhaus* parkiert. Da hier der Kunde im Vergleich zum "normalen" Parkieren im Parkhaus eine Zusatzdienstleistung erhält, hat er neben den üblichen Park-Gebühren, die ein Unique-Parkplatz kostet, zusätzlich eine pauschale Handling-fee von CHF 15.- an Europcar zu bezahlen.

<sup>95</sup> Bereits im ersten Halbjahr 2004 erzielte Unique in den Parkhäusern gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 ein Umsatzplus von [10%-20%]. Vgl. auch unten Rz. 178.

<sup>96</sup> Quelle von Unique: Geschäftsberichte 2001, 2002, 2003, 2004.

<sup>97</sup> "Bereinigte" Erträge: Vom insgesamt im Bereich Parking erzielten Umsatz werden die Erträge aus Personalparking, Parkuhren und festvermieteten Parkplätzen abgezogen. Gemäss anderen Angaben von Unique betragen die Parkhauseinnahmen im Jahr 2004 CHF [...].

119. Beim Vergleich der **Umsatzzahlen** fällt auf, dass sich der Umsatz von AP seit Mitte 2003 (d.h. nach dem erzwungenen Verlassen des Flughafens) in etwa halbiert hat, während der Parking-Umsatz von Unique in derselben Zeit stark angestiegen ist. AP geht davon aus, dass sich ihre Zahlen nun auf einem Niveau eingependelt haben dürften, das 45%-55% tiefer ist als vorher.<sup>98</sup> Dieser massive Einbruch schlägt sich auch in der **Zahl der Beschäftigten von AP** nieder, die von früher 24 auf heute nur noch sieben Angestellte verringert werden musste (entspricht früher 15 und heute noch fünf Vollzeitstellen).

120. Der von Unique erwähnte, angebliche gesteigerte Umsatz von AP im Jahre 2003 beruht auf einem Irrtum im Protokoll, wo der Umsatz von [...] fälschlicherweise dem Jahr 2003 anstatt dem Jahr 2002 zugeschrieben wurde. Die Zahlen, mit denen Unique belegen will, dass AP nach dem von Unique erzwungenen Verlassen des Flughafenareals ihren Umsatz gehalten haben soll, sind ebenso unzutreffend wie die Schlüsse, die Unique aus diesen falschen Zahlen zieht. Tatsache ist, dass AP seit dem unfreiwilligen Verlassen des Flughafenareals (per Mitte 2003) nur noch gut die Hälfte des Umsatzes im Vergleich zu vorher erreicht. Fast der ganze langjährige Stamm an Geschäftskunden, welche das Parkieren am Flughafen bevorzugen, ist AP verloren gegangen.

121. Als weiterer Nachteil des von AP seit Mitte 2003 nur unfreiwillig umgesetzten Park-and-ride-Konzepts ist die **Problematik der unklaren Bewilligungssituation** zu nennen: So verfügt AP für den Betrieb des Shuttlebusses über keine Personenbeförderungsbewilligung und kann eine solche auch nicht definitiv erhalten.<sup>99</sup> Zudem wird AP voraussichtlich die Nutzung der Parkplätze auf dem Hardacker (Balsberg) als (Umschlag-)Parkplätze aufgeben müssen. Den Aussagen von Unique, AP habe ihr neues Business-Modell per Mitte 2003 "aus eigenem Antrieb" gewählt, und wenn AP nun Schwierigkeiten habe, das Konzept weiter zu betreiben, "so hat sie diese Konsequenzen selbst zu tragen", ist entgegen zu halten, dass Unique AP durch die Kündigung in diese Situation gedrängt hat.<sup>100</sup>

122. Schliesslich ist zum Einwand von Unique, AP habe sich in der Zwischenzeit auf dem "off airport"-Parkplatz gut installiert, die Umsatz- und Gewinnsituation habe sich erholt und der Wettbewerb unter den Parking-Dienstleistungsanbietern funktioniere, Folgendes zu bemerken: Dass es AP gelungen ist, nach der Verdrängung vom Flughafen durch Unique trotz des ungünstigen Standorts ausserhalb des Flughafenareals ein Standbein im Valet-Parking-Geschäft zu behalten, ist vielmehr den Anstrengungen von AP und ihren Angestellten, der Treue zahlreicher Kunden sowie letztlich Zufälligkeiten und der Intervention der Wettbewerbsbehörden zu verdanken als dem Verhalten von Unique. Somit kann das Argument, AP lebe ja noch, Unique nicht zum Vorteil gereichen. Das Verhalten beziehungsweise Unterlassen von Unique hat - wie gezeigt - dazu geführt, dass AP seit dem unfreiwilligen Verlassen des Flughafenareals (per Mitte 2003) die Hälfte des Umsatzes<sup>101</sup> eingebüsst und fast den ganzen lukrativen Kundenstamm der Geschäfts-

kunden verloren hat, ihr Geschäftsmodell der Valet Parking-Dienstleistungen, insbesondere die Personalorganisation und -struktur, ändern musste (Abbau von zwei Dritteln der Angestellten) und in eine unklare Bewilligungssituation gedrängt wurde. Diese Fakten sprechen deutlich gegen das 1. Angebot von Unique. Folglich kann von "funktionierendem Wettbewerb" im ursprünglichen Sinne, das heisst bis Mitte 2003, nicht die Rede sein.

123. Aus diesen Gründen ist das 1. Angebot von Unique an AP, welches nichts anderes als die Weiterführung des für AP unvorteilhaften Park-and-ride-Konzepts während der Verfahrensdauer gewährleistet hätte und nach welchem Unique AP weder Parkplätze noch sonstige Flughafeninfrastruktur vermietet hätte, nicht vergleichbar mit dem Zustand, der bis Mitte 2003 geherrscht hatte (Valet Parking-Konzept auf der inneren Vorfahrt<sup>102</sup>): Vergleichbarkeit ist in keinem der drei in der Verfügung vom 1. Dezember 2003 exemplarisch erwähnten Bereichen (Lage/Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit und Infrastruktur) und auch nicht bei einer Gesamtbetrachtung gegeben. Dieses 1. Angebot von Unique erfüllt somit die in Ziffern 1 und 2 des Dispositivs gestellten Anforderungen nicht.

#### cc) 1. Angebot an Sprenger (Parkhaus 6)

124. Das 1. Angebot von Unique an Sprenger hätte vorgesehen, dass dieser für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter im Parkhaus 6, Geschoss 2, sowie Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0,<sup>103</sup> und Parkplätze auf dem P11 zur Miete erhalten hätte. Die Weiterbenützung der Parkplätze am bisherigen Standort von Sprenger im Parkhaus 2 sei nicht mehr möglich gewesen, da diese Plätze auf den 1. Januar 2004 vollumfänglich vermietet worden waren.<sup>104</sup>

125. Sprenger wies das Angebot von Unique umgehend zurück. Er bemängelte, es würden keine vergleichbaren Lokalitäten angeboten. Das angebotene Parkhaus 6 sei weit von den Check-in entfernt, es befinde sich in der Nähe der Fracht, es sei im so genannten Check-in-Bereich nicht aufgelistet und werde normalerweise einem Passagier nicht angeboten. Das Parkhaus 6 diene vor allem dem Personal und für die Fracht. Im Gegensatz zu den bisher gemieteten Lokalitäten im Parkhaus 2<sup>105</sup> müsste ein Passagier, der sein

<sup>98</sup> Die Vermutung von Unique, dass der Geschäftsverlauf von AP heute "auf ähnlichem Niveau" sei wie vor dem erzwungenen Konzeptwechsel, verkennt somit die Tatsachen.

<sup>99</sup> Vgl. dazu sowie zum Folgenden die Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Verkehr, i.S. AP, vom 28.9.2005.

<sup>100</sup> Vgl. schon oben Rz. 112.

<sup>101</sup> Dass sich der Gewinn von AP (bei halbiertem Umsatz) im Jahr 2004 nach Verlusten im Vorjahr wieder erholt hat, ist hingegen nicht geeignet nachzuweisen, dass AP wieder eine ernst zu nehmende Konkurrentin von Unique, Sprenger bzw. Europcar sei (so aber Stellungnahme von Unique).

<sup>102</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>103</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>104</sup> Stellungnahme von Unique.

<sup>105</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

Auto im Parkhaus 6 abgibt, einen 10-20-minütigen Fussweg "nicht indoor, sondern outside" auf sich nehmen. Im Gegensatz zum früheren Zustand befänden sich zudem die Umschlagparkplätze nicht auf derselben Etage wie der Schalter und das Büro, was Unannehmlichkeiten für den Kunden und Mehraufwand für Sprenger bedeute.

126. Unique macht geltend, sie habe Sprenger zunächst dieses 1. Angebot gemacht, weil sie ein Gesamtpaket anbieten wollte und weil im Parkhaus 3 keine Büro-/Schalteranlagen unmittelbar verfügbar waren, aber im Parkhaus 6 schon. Wenn man nur die Distanz anschau, sei das Parkhaus 6 sicher etwas weiter weg von den Check-in als der bisherige Standort von Sprenger (Parkhaus 2), aber es sei sehr gut für die Swiss-Passagiere.

127. Anlässlich des erwähnten Augenscheins am Flughafen hat das Sekretariat festgestellt, dass das Parkhaus 6 effektiv weniger zentral gelegen ist als der bisherige Standort von Sprenger im Parkhaus 2. Diese Tatsache hat letztlich auch Unique selber bestätigt.<sup>106</sup> Der Fussweg zu den Check-in - insbesondere auch zum heute wichtigen Check-in 3 - ist vom Parkhaus 6 aus zum Teil erheblich weiter. Zudem konnte der Kunde vom Parkhaus 2 aus alle Check-in indoor erreichen; parkiert er hingegen im Parkhaus 6, so muss er sich zu Fuss über eine gedeckte Passerelle im Freien bewegen, wo er bis zu einem bestimmten Grad Wind und Wetter ausgesetzt ist. Während der Kunde früher im Parkhaus 2 auf dem Weg zu den Check-in automatisch die Schalterhalle betreten hatte, welche nur durch eine automatische Tür von den Umschlagparkplätzen abgetrennt war, hätten sich die Parkplätze und der Schalter im Parkhaus 6 auf zwei verschiedenen Etagen befunden, was für die Kunden komplizierter und für Sprenger personalintensiver gewesen wäre. Was umgekehrt die Vorteile des neuen Standorts im Parkhaus 6 gewesen wären, welche diese Nachteile aufgewogen hätten, ist nicht ersichtlich und wird von Unique auch nicht dargelegt. Ausführliche Erwägungen zum Parkhaus 6 finden sich unten.<sup>107</sup>

128. Zusammenfassend hat das 1. Angebot auch die gewisse Toleranzgrenze, welche Ziffer 2 des Dispositivs mit dem Begriff "vergleichbare Lokalitäten" einräumen mag, offensichtlich überschritten. Auch als Gesamtpaket betrachtet haben die Nachteile gegenüber den Vorteilen deutlich überwogen. Somit ist davon auszugehen, dass Unique die ihr in der Verfügung auferlegten Verpflichtungen mit dem 1. Angebot an Sprenger nicht erfüllt hat.

### **e) 2. Angebot von Unique vom 19. Dezember 2003**

#### **aa) Allgemeines**

129. Nach der Ablehnung der beiden 1. Angebote und nach Erhalt des Schreibens des Sekretariats vom 17. Dezember 2003 offerierte Unique AP und Sprenger am 19. Dezember 2003 - eine Woche nach Ablauf der im Dispositiv gesetzten Frist - je ein neues Angebot ("2. Angebot").

130. Unique macht geltend, die in der Verfügung vorgesehene Nachfrist zur Unterbreitung eines Angebots von nur zwei Tagen "sei viel zu kurz und daher unverhältnismässig" gewesen. Dem ist entgegenzuhalten, dass Unique verpflichtet war, ihr Angebot bis spätestens am 12. Dezember 2003 zu unterbreiten. Erst am 15. Dezember 2003 hat das Sekretariat von Unique die Kopie der 1. Angebote an Sprenger und AP erhalten. Aus Opportunitätsgründen hat das Sekretariat Unique am 17. Dezember 2003 eine letzte Nachfrist von zwei Tagen angesetzt, wobei zu beachten war, dass die Zeit drängte, weil Unique Sprenger die Parkplätze auf Ende Dezember 2003 gekündigt hatte. Da Unique keinerlei Rechtsanspruch auf eine solche Nachfrist hatte, kann sie auch nicht argumentieren, die zweitägige Nachfrist sei zu kurz gewesen. Im Übrigen kannte Unique die Auflage der Weko seit längerem und konnte bereits vorher die Möglichkeiten zu deren Umsetzung evaluieren und entsprechende Vorkehrungen treffen.

131. Weiter unten wird dargelegt, weshalb Unique aufgrund des Ausbleibens der sofortigen schriftlichen negativen Reaktion des Sekretariats nicht in gutem Glauben darauf vertrauen konnte, dass die 2. Angebote die von der Weko verfügten Massnahmen erfüllten.<sup>108</sup>

#### **bb) 2. Angebot an AP (Parkhaus 6)**

##### **bb.1 Allgemeines**

132. AP wurden von Unique als 2. Angebot 20 Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0, und ein Schalter/Büro im Parkhaus 6, Geschoss 2, angeboten.<sup>109</sup> Eine Wiederbenützung der Umschlagparkplätze und des Schalters auf der Vorfahrt sei laut Unique nicht möglich.<sup>110</sup>

133. Im Folgenden wird dargelegt, dass Unique auch mit diesem 2. Angebot an AP die ihr in der Verfügung auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt hat, insbesondere weil der Standort des angebotenen Parkhauses 6 nicht vergleichbar ist mit dem ursprünglichen Standort von AP auf der inneren Vorfahrt in unmittelbarer Nähe zu den Check-in.

##### **bb.2 Keine "objektive Unmöglichkeit"**

134. Aus dem Argument, es seien alle Plätze auf der Vorfahrt vermietet, kann Unique nichts zu ihren Gunsten ableiten: Unique hat die Plätze auf der Vorfahrt nach eigenem Gutdünken verschiedenen Nutzungsarten zugewiesen und hat sie teilweise nach eigenen Interessen an Dritte vermietet. Ob beispielsweise die Mieterin Europcar für die Aufrechterhaltung ihres Betriebes effektiv alle Parkplätze auf der

<sup>106</sup> Schreiben von Unique: "Zwar trifft es nicht zu, dass das Parkhaus 6 überwiegend für Frachtzwecke benutzt wird, aber es ist in der Tat etwas weniger zentral gelegen als die Parkhäuser 1-3".

<sup>107</sup> Vgl. unten Rz. 145 ff.

<sup>108</sup> Vgl. eingehend unten Rz. 204 ff. und Rz. 207 ff.

<sup>109</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>110</sup> Vgl. dazu unten Rz. 155.

Vorfahrt benötigt oder ohne Einbusse einen Teil davon an AP abtreten könnte, ist unter den Parteien umstritten. Anlässlich des Augenscheins konnte zwar festgestellt werden, dass fast alle Parkplätze von Europcar leer waren, was aber nicht beweist, dass die Plätze während des ganzen Tages, das heisst auch zu Spitzenzeiten, nicht belegt sind.<sup>111</sup> Letztlich kann diese Frage jedoch aus den folgenden Gründen offen bleiben.

135. Von einer "*objektiven Unmöglichkeit*", AP die bisherigen Lokalitäten anzubieten,<sup>112</sup> kann vorliegend nicht die Rede sein. Die Weko hat Unique gerade nicht dazu gezwungen, den Vertrag mit Europcar aufzulösen, sondern hat lediglich eine "Zielvorgabe" gemacht und es Unique überlassen, mit welchen konkreten Mitteln sie diese erreicht.<sup>113</sup> Unique wurde dazu verpflichtet, AP Parkplätze und Büro-/Schalterinfrastruktur an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten zu vermieten. Unique hat somit primär dafür zu sorgen, dass sie die bisherigen Lokalitäten AP weiterhin anbieten kann. Ist dies für Unique mit grossen Nachteilen (wie z.B. Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten) verbunden, so lässt die Verfügung Unique den Freiraum, andere Lokalitäten anzubieten, welche jedoch bezüglich der einzelnen Kriterien (v.a. Standort, Erreichbarkeit und Infrastruktur) gleichwertig sein müssen. Zu denken ist dabei zum Beispiel an ein kleines Kontingent von Parkfeldern auf der linken oder auf der rechten Spur der Terminalvorfahrt, die zurzeit für Taxis, Hotelbusse, "Kiss-and-ride" oder ähnliche ausgeschieden oder an Dritte vermietet sind und nicht zwingend benötigt werden.

136. Die Weko hatte im Dezember 2003 verfügt, dass Unique AP vergleichbare Infrastruktur zur Verfügung stellen muss. Sie hat hingegen nicht verlangt, dass es genau dieselbe Infrastruktur wie vorher sein muss, da eine solche Anordnung möglicherweise dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widersprochen hätte, weil sie nicht notwendig gewesen wäre, sofern Unique ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden wäre.<sup>114</sup> Unique konnte das aus ihrer Sicht mildeste Mittel wählen und zum Beispiel vergleichbare Lokalitäten zur Verfügung stellen. Sollten Unique jedoch überhaupt keine solchen vergleichbaren Lokalitäten zur Verfügung stehen, wie sie geltend macht, so bleibt ihr letztlich nichts anderes übrig, als auf die bisherigen Lokalitäten zurückgreifen, allenfalls mit der Konsequenz, Europcar dafür schadlos zu halten.

137. Ob Unique die bisherigen Parkplätze in der Zwischenzeit an Dritte (Europcar) weitervermietet hat, spielt insoweit keine Rolle: Das öffentliche Recht gibt den zwingenden Rahmen vor, in welchem sich die juristischen und natürlichen Personen privatautonom bewegen und verpflichten können.<sup>115</sup> Die Nichtbefolgung von zwingenden, hoheitlich verfügten öffentlich-rechtlichen Pflichten kann nicht mit einem freiwillig abgeschlossenen, privatrechtlichen Vertrag mit einem Dritten gerechtfertigt werden.<sup>116</sup>

138. Zudem ist vorliegend zu beachten, dass Unique den Vertrag mit Europcar nur abschliessen konnte, weil Unique zuvor AP die Mietverträge für die Plätze auf der Vorfahrt gekündigt hatte. Gerade in dieser

Kündigung sah die Weko den glaubhaft gemachten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Zwecks Umsetzung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen muss Unique somit als ultima ratio selbst die einseitige Anpassung von Verträgen mit Dritten in Betracht ziehen, sofern sie keine vergleichbaren Lokalitäten anbieten kann oder will.

139. Im vorliegenden Verfahren von keiner Bedeutung ist die privatrechtliche Frage, ob Unique die erwähnte Vertragsanpassung einseitig vornehmen darf, ohne wegen Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig zu werden. Jedenfalls hätte im vorliegenden Fall schon vertragsrechtlich die Möglichkeit zu einer Anpassung bestanden und zwar sowohl aufgrund des Gesetzes wegen wichtiger Gründe (vgl. Art. 266g OR) als auch aufgrund des Vertrages selbst. Dieser sieht nämlich in Ziffer 6.2.3 vor, dass Unique den Vertrag "aus wichtigen Gründen" "jederzeit mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats ausserordentlich" auflösen kann. Die feste Vertragsdauer von fünf Jahren hätte somit entgegen den Ausführungen von Unique einer Anpassung nicht entgegen gestanden.<sup>117</sup> Von einer "objektiven Unmöglichkeit" der Umsetzung der Massnahmen kann daher nicht gesprochen werden.

140. Schliesslich sei erwähnt, dass der Geschäftsführer von AP am 30. Dezember 2003 Unique anfragte, ob es gestattet sei, mit Europcar direkt zu verhandeln, damit Europcar ein paar Plätze an AP untervermieten könnte. Unique hat AP geantwortet, es bestehe ein Vertrag zwischen Unique und Europcar, der keine Untermiete erlaube.<sup>118</sup> Unique hat somit unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass sie einer Untermiete die Zustimmung verweigern würde, selbst wenn Europcar gerne einige Plätze an AP abgegeben hätte.<sup>119</sup>

<sup>111</sup> Unique weist darauf hin, dass die Auslastung während des Tagesverlaufs stark schwanke.

<sup>112</sup> Stellungnahme von Unique.

<sup>113</sup> Vgl. schon oben Rz. 95.

<sup>114</sup> Die Argumentation von Unique ist somit unzutreffend.

<sup>115</sup> Vgl. etwa PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, Berne 1994, 13: "L'administration dispose de pouvoirs étendus, que l'on cumule sous l'appellation de pouvoirs de puissance publique. C'est surtout la compétence de prendre, unilatéralement, des décisions, par lesquelles elle définit des situations juridiques de particuliers" (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>116</sup> Ansonsten könnte sich z.B. ein Hauseigentümer, der ein Haus widerrechtlich erstellt hat, einem von den Baubehörden verfügten Abriss widersetzen mit der Begründung, er habe das Haus an einen (gutgläubigen) Dritten vermietet. Ad absurdum geführt müsste sogar die Argumentation eines Mitgliedes eines Kartells gehört werden, es könne die Preisabsprache nicht aufgeben, da es sich gegenüber den anderen Kartellmitgliedern zum Einhalten der Preise verpflichtet habe. Selbst im Privatrecht kann beispielsweise eine AG den gesetzlichen Auskunftsanspruch der Aktionäre nicht mit einer vertraglichen (Geheimhaltungs-)vereinbarung mit einem Dritten aushebeln (vgl. BGE vom 4.6.2003 [4C.234/2002 und 4C.246/2001]).

<sup>117</sup> Über allfälligen Schadenersatz, den Europcar von Unique wegen vorzeitiger (Teil-)Auflösung des Mietvertrages fordern könnte, würde ein Zivilrichter entscheiden.

<sup>118</sup> So die Aktennotiz von Unique.

<sup>119</sup> Somit erstaunt es kaum, dass AP und Europcar in der Folge davon abgesehen haben, bezüglich Untermiete an Unique zu treten.



141. Unique argumentiert sodann, dass der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Unique "umstritten" sei und "überhaupt nichts" mit dem vorliegenden Sanktionsverfahren zu tun habe. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Unique ist sowohl von der Weko als auch der REKO/WEF rechtskräftig als glaubhaft anerkannt worden. Darin kann keine Voreingenommenheit des Sekretariats erblickt werden.<sup>120</sup> Der glaubhaft gemachte Missbrauch hat insofern etwas mit dem vorliegenden Verfahren zu tun, als Unique wusste, welches Verhalten als missbräuchlich betrachtet wird und was sie somit während der Dauer des Hauptverfahrens zu tun beziehungsweise zu unterlassen hat.<sup>121</sup>

### **bb.3 Angebotener Standort: Parkhaus 6**

142. Wichtig für die Beurteilung des 2. Angebots von Unique ist der Umstand, dass dieses 2. Angebot an AP inhaltlich genau dem eine Woche vorher abgelehnten 1. Angebot an Sprenger entspricht. Bereits im Schreiben vom 17. Dezember 2003 machte das Sekretariat Unique darauf aufmerksam, dass das 1. Angebot an Sprenger (Parkhaus 6) nicht als vergleichbar mit der bisherigen Lokalität (Parkhaus 2) anzusehen sei, weshalb es den Ziffern 1 und 2 der Verfügung nicht genügen dürfte.<sup>122</sup> Unique war sich also bewusst, dass das Sekretariat nach einer ersten Einschätzung der Situation grundsätzliche Vorbehalte hatte, das Parkhaus 6 als genügendes Angebot für Sprenger zu akzeptieren. Da AP auf der Vorfahrt einen mindestens ebenso guten beziehungsweise besseren Standort hatte als Sprenger im Parkhaus 2, musste Unique klar sein, dass die Bedenken des Sekretariats bezüglich Parkhaus 6 erst recht und umso mehr auch für AP gelten.<sup>123</sup> Trotzdem wurde AP im 2. Angebot nicht mehr als das 1. Angebot an Sprenger unterbreitet. Mit diesem Verhalten hat Unique eine Verletzung der Verfügung und somit einen Verstoss gegen Artikel 50 KG zumindest in Kauf genommen.

143. AP lehnte das 2. Angebot von Unique umgehend ab, da die Lokalitäten in der Nähe der Fracht eine "wesentlich schlechtere Position" darstellten und da es sich bei diesem 2. Angebot um nichts anderes als das zuvor von Sprenger abgelehnte 1. Angebot handele. Der Standort im Parkhaus 6 ist gemäss AP viel schlechter als der auf der Vorfahrt, AP hätte so einen erheblichen Nachteil gegenüber der Konkurrentin Europcar hinnehmen müssen, insbesondere auch bezüglich Geschäftskunden, welche den längeren Weg nicht akzeptiert hätten. Dass die Umschlagparkplätze und der Schalter nicht auf derselben Etage gelegen wären, hätte zusätzliche Probleme verursacht.

144. Unique macht geltend, am 30. Dezember 2003 habe eine Sitzung mit AP stattgefunden, an der man das Angebot nochmals diskutiert habe. Da man nachher von AP nichts mehr gehört habe, sei man davon ausgegangen, dass das Problem erledigt sei. Aus der Sicht von Unique war der Zustand bis Mitte 2003 (Umschlagparkplätze auf der inneren Vorfahrt) vergleichbar mit dem 2. Angebot. Auf der Vorfahrt habe vor allem bei schlechtem Wetter ein riesiges Chaos geherrscht; im Parkhaus 6 hingegen wäre das Handling viel besser gewesen. Die Passagiere hätten zwar "ei-

nen bisschen längeren Weg" in Kauf nehmen müssen, aber das Gesamt-Package wäre für AP eine "absolut attraktive Lösung" gewesen. Das Erfordernis "vergleichbar" dürfe nicht rein auf den Weg des Passagiers bezogen werden.

145. Der frühere Standort auf der inneren Vorfahrt direkt vor dem Gebäude mit dem Check-in 2 war sehr zentral gelegen,<sup>124</sup> alle drei Check-in können von dort aus in kurzer Geh-Distanz erreicht werden. Das Parkhaus 6 hingegen liegt deutlich weiter entfernt in Richtung Nord-Ost in der Nähe des Operations Center und der Fracht: Die Distanzen zum Check-in 1, zum Check-in 2 und vor allem zum heute wichtigen Check-in 3 (an dem auch die Passagiere des Check-in 1 abgefertigt werden können) ist erheblich grösser als vom ehemaligen Standort (Vorfahrt) aus. Während der Kunde früher vom Standort auf der Vorfahrt aus direkt das Check-in 2 betreten konnte und somit "indoor-Zugang" zu den anderen Check-in hatte, muss der Passagier, der im Parkhaus 6 parkiert, einen mehrminütigen Fussweg über eine gedeckte Passerelle im Freien in Kauf nehmen. Wie bereits erwähnt, hat der vom Sekretariat durchgeführte Augenschein aufgezeigt, dass der periphere Standort im Parkhaus 6 schon rein von der Distanz her nicht vergleichbar ist mit dem zentralen Standort auf der inneren Vorfahrt. Dass das Parkhaus 6 effektiv weniger zentral gelegen ist als der frühere Standort von AP, ist im Übrigen auch von Unique bisher nie bestritten worden.<sup>125</sup> Schliesslich ist zu beachten, dass AP für die Miete eines Umschlagparkplatzes im Parkhaus 6 [...] pro Monat hätte bezahlen müssen, ein Umschlagparkplatz auf der Vorfahrt aber das Doppelte gekostet hat, nämlich [...] pro Monat. Auch diese erhebliche Preisdifferenz zeigt, dass die Plätze auf der Vorfahrt gefragter und für den Dienstleistungserbringer AP wertvoller sind und somit nicht vergleichbar sind mit Plätzen im Parkhaus 6.<sup>126</sup>

<sup>120</sup> Vgl. aber Stellungnahme von Unique, wo Unique "auf eine völlig inakzeptabel und höchst bedenkliche Voreingenommenheit des Sekretariats" schliesst, ohne diese Behauptungen weiter zu belegen oder konkrete und begründete Ausstandsbegehren zu stellen.

<sup>121</sup> Bereits oben in Rz. 108 f. wurde im Übrigen der Einwand von Unique entkräftet, als Vergleichsmassstab für das Angebot diene der Zustand vom Dezember 2003, als AP das Flughafenareal nach der Kündigung von Unique bereits seit Monaten verlassen hatte.

<sup>122</sup> Vgl. dazu oben Rz. 6 und Rz. 103.

<sup>123</sup> Vgl. dazu unten Rz. 216 und Rz. 219 f.

<sup>124</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>125</sup> In der Stellungnahme von Unique relativiert Unique diese Distanz mit dem Hinweis auf das Augenscheinprotokoll und der Feststellung, ein "Fussmarsch" vom Check-in bis ins Parkhaus 6 betrage "exakt 2 Minuten 45 Sekunden". Bei dieser Aussage bezüglich der zeitlichen Distanz handelt es sich jedoch keineswegs um eine von den Behörden gemachte Feststellung, sondern um die Protokollierung einer (von den Behörden nicht bestätigten) Behauptung des Rechtsvertreters von Unique anlässlich des Augenscheins.

<sup>126</sup> Unique machte anlässlich der Einvernahme selber geltend: "Die Ressource [d.h. Parkplätze auf der Vorfahrt] ist sehr knapp, es ist ein reines marktwirtschaftliches Pricing. Von der Nutzungsart her ist es eine sehr attraktive Fläche".

146. Die weitere Distanz zu den Check-in führt dazu, dass die im Parkhaus 6 angebotenen Parking-Dienstleistungen für die Kundschaft deutlich weniger attraktiv wären als die an zentraler Stelle auf der Vorfahrt erbrachten Dienstleistungen. Vor allem die zahlreichen anspruchsvolleren Geschäftskunden, die neben den attraktiven Preisen des Valet Parking von AP auch besonderen Wert legen auf ein einfaches, zuverlässiges, unkompliziertes, effizientes, Zeit sparendes und an bester Lage auf der Vorfahrt erbrachtes Handling, hätten sich kaum mit dem "Umzug" von AP ins entfernte Parkhaus 6 abgefunden.<sup>127</sup> Doch nicht nur für die Geschäfts-, sondern auch für die "gewöhnliche" Ferien-Kundschaft von AP ist die längere Distanz mit Unannehmlichkeiten verbunden: Ein Alleinreisender zum Beispiel muss all sein Gepäck über die ganze Länge der Passerelle vom Parkhaus 6 zu den Check-in befördern. Doch auch wenn mehrere Personen gemeinsam in einem Auto anreisen, ist es nicht ohne weiteres möglich, dass zum Beispiel der Beifahrer mit allem Gepäck auf der Vorfahrt abgeladen und danach das Auto im Parkhaus 6 parkiert wird: Weil das Parkhaus 6 sogleich am Anfang der Vorfahrt liegt und weil die Vorfahrt eine Einbahnstrasse ist, müsste der Fahrer nach dem Abladen von Beifahrer und Gepäck auf der Vorfahrt mit dem Auto zunächst eine längere Strecke über die ganze Vorfahrt rund um die Parkhäuser 1, 2 und 3 fahren, bis er wieder am Anfang der Vorfahrt beim Parkhaus 6 ankommen würde.<sup>128</sup>

147. Die Argumentation von Unique, das Parkhaus 6 sei vergleichbar mit der Vorfahrt, weil AP "vor allem ein sehr kostengünstiges Angebot sicherstellen" wolle und "die Kunden von AP (d.h. Touristen)" die "etwas längeren Wege" in Kauf nehmen würden,<sup>129</sup> ist somit unzutreffend: Sie unterstellt, dass AP nur kostengünstig war und sich somit nur an Touristen wendete. Bis vor dem erzwungenen Wechsel war AP jedoch nicht nur preislich gut positioniert (im Vergleich zu den anderen Parking-Anbietern), sondern auch vom Standort her optimal gelegen. Das Angebot von AP hat deshalb sowohl Touristen wie auch Geschäftsleute gleichermaßen angesprochen.<sup>130</sup> Der Hinweis von Unique, dass Touristen längere Fusswege ohne weiteres in Kauf nehmen würden, wird von Unique nicht weiter belegt. Zudem verschweigt Unique die Tatsache, dass fast die Hälfte der ehemaligen Kundschaft von AP Geschäftsleute waren,<sup>131</sup> welche mehr an kurzen Distanzen als an günstigen Preisen interessiert sind und den weiteren Weg ins Parkhaus 6 grösstenteils nicht auf sich genommen hätten.<sup>132</sup>

148. Zudem ist auch der folgende Umstand zu beachten: AP wurde von Unique vor die Wahl gestellt, entweder weiterhin das (nur unfreiwillig gewählte) Park-and-ride-Konzept mit dem Shuttlebus von ausserhalb des Flughafens anzubieten oder aber das 2. Angebot (Parkhaus 6) anzunehmen. Obwohl AP gegenüber dem früheren Konzept auf der Vorfahrt mit dem Park-and-ride-Konzept massive Umsatz- und Gewinneinbussen hinnehmen musste,<sup>133</sup> hat AP es dennoch vorgezogen, dieses Konzept weiterzuführen und nicht ins Parkhaus 6 zu wechseln, da letztere Variante als noch schlechter eingeschätzt wurde.<sup>134</sup>

#### bb.4 Büro-/Schalterinfrastruktur

149. Ein weiterer Nachteil des 2. Angebots war der Umstand, dass sich die Umschlagparkplätze im Geschoss 0, *der Schalter und das Büro* hingegen im Geschoss 2 befunden hätten. Für die Kunden wäre es ungünstig gewesen, wenn sie nach dem Parkieren des Autos zunächst hätten Lift fahren müssen, um zum Schalter für die Formalitäten und die Abgabe des Autoschlüssels zu gelangen. Auf der Vorfahrt hingegen befand sich das Schalterhäuschen in direktem Sichtkontakt zu den Umschlagparkplätzen. Zudem ist die Vorfahrt übersichtlich gestaltet, gut beleuchtet und auch zu später Stunde gut frequentiert (z.B. Taxis, "Kiss-and-ride" etc.); das Parkieren im weit weniger belebten Geschoss 0 des relativ düsteren Parkhauses 6 hingegen dürfte wohl zusätzlich Kundschaft abgeschreckt haben.<sup>135</sup> Der Sichtkontakt auf der Vorfahrt war auch für die Organisation der Arbeitsabläufe von AP von Vorteil; die Verteilung der Infrastruktur über verschiedene Geschosse hingegen ist arbeits- und personalintensiver und hätte den zusätzlichen Einsatz von Überwachungskameras notwendig gemacht. Entsprechend war und ist sich auch Unique bewusst, dass die Kundschaft von Valet Parking Dienstleistungen die örtliche Nähe von Parkplätzen und Schalter erwartet.<sup>136</sup>

150. Die Aussage von Unique, das Problem der verschiedenen Stockwerke hätte sich "mit relativ geringem Aufwand" beheben lassen, "es bestünde nämlich ohne weiteres die Möglichkeit, provisorisch einen Schalter auf dem gleichen Geschoss hinzustellen, auf welchem sich auch die Umschlagparkplätze befinden", wird nun erstmals in der Stellungnahme von Unique vom 21. September 2005 vorgebracht.<sup>137</sup> Diese Argumentation erstaunt insofern, als Unique den Umstand, dass Sprenger im Parkhaus 3 bis heute noch keinen eigenen Schalter und kein eigenes Büro hat, stets damit begründet hat, dass es dafür eine Baubewilligung brauche, welche nur schwierig zu erhalten sei.

#### bb.5 Weitere Argumente

151. Gegenüber diesen Nachteilen macht Unique auch Vorteile des Parkhauses 6 gegenüber der Vorfahrt geltend: Auf der Vorfahrt habe oft ein Chaos geherrscht, insbesondere bei schlechtem Wetter. AP

<sup>127</sup> Bzw. hätten sich vom Konzeptwechsel vom heutigen Park-and-ride zurück ins Parkhaus 6 nicht wieder gewinnen lassen.

<sup>128</sup> Vgl. dazu die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>129</sup> So Unique. Der von Unique a.a.O. wiederum vorgebrachte Vergleich des Parkhauses 6 mit dem Park-and-ride-Konzept (Hardacker/Balsberg) ist - wie bereits gesagt (Rz. 103 und Rz. 108) - nicht statthaft, da Unique AP ein mit dem vorherigen Zustand (innere Terminalvorfahrt) vergleichbares Angebot unterbreiten musste.

<sup>130</sup> Vgl. schon oben Rz. 112 f.

<sup>131</sup> Vgl. oben Rz. 116.

<sup>132</sup> In diesem Sinne auch Unique in der Einvernahme.

<sup>133</sup> Vgl. dazu oben Rz. 116 ff.

<sup>134</sup> Erst als ultima ratio hätte AP den Wechsel ins Parkhaus 6 akzeptiert.

<sup>135</sup> So der Hinweis von Herrn Sprenger anlässlich des Augenscheins; anders die Stellungnahme von Unique.

<sup>136</sup> Vgl. auch unten Fn. 143.

<sup>137</sup> Vgl. auch unten Rz. 169.

hält dem entgegen, dass es zwar auf dem vorderen Teil der Vorfahrt auf der Höhe von Europcar zum Teil Staus gab, welche aus der Sicht der Kunden von AP jedoch kein nennenswertes Problem waren; für die Kunden sei es vielmehr das Beste, wenn sie direkt vorfahren können. Auch Uniques Argument mit dem Wetter ist nicht überzeugend: Zwar trifft es zu, dass die Umschlagparkplätze auf der Vorfahrt im Freien sind, sie sind jedoch überdeckt. Parkiert der Kunde sein Fahrzeug im Parkhaus 6, so ist es dort zwar trocken; um zu den Check-in zu gelangen, muss der Kunde jedoch das Parkhaus 6 verlassen und einen mehrminütigen Fussweg über eine gedeckte Passerelle im Freien - welche zu den Parkplätzen auf der Vorfahrt führt - in Kauf nehmen, wo er mindestens ebenso sehr Wind und Wetter ausgesetzt ist, wie wenn er direkt auf der Vorfahrt parkieren würde.

152. Die Stellungnahme von Unique vom 21. September 2005 enthält sodann mehrere Ausführungen, die nicht den Tatsachen entsprechen: Einerseits handelt es sich bei der Aussage, welche Unique vom Geschäftsführer von AP anlässlich des Augenscheins gehört haben will, um eine Parteiaussage von Unique, welche von den anwesenden Behördenmitgliedern nicht so wahrgenommen worden ist, wie sie Unique gerne im Protokoll festgehalten hätte. Andererseits hat das Sekretariat sehr wohl begründet, warum es die von Unique verlangte Protokollergänzung nicht vornehmen konnte.

153. Sodann gehen die Behauptungen von Unique, AP habe das 2. Angebot von Unique "vor allem wegen der Unsicherheit infolge der unbestimmten Dauer der Gültigkeit der vorsorglichen Massnahmen abgelehnt", AP habe nur nicht ins Parkhaus 6 gewechselt, weil sie durch die erneute Konzeptänderung einen Verlust an Kunden befürchtete, und der Geschäftsführer von AP habe das 2. Angebot "gerade nicht wegen dessen Qualität abgelehnt [...], sondern einzig im Interesse stabiler Verhältnisse",<sup>138</sup> an der Sache vorbei beziehungsweise sind sogar aktenwidrig.

154. AP macht geltend, die von Unique zitierte Aussage des Geschäftsführers von AP anlässlich des Augenscheins sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass AP damals die off-airport-Parkplätze (Hardacker/Balsberg) per Ende 2004 gekündigt waren und das Parkhaus 6 somit noch besser gewesen wäre als überhaupt keine Parking-Dienstleistungen mehr anbieten zu können. AP hat das 2. Angebot von Unique im Übrigen unverzüglich und mit unmissverständlichen Worten abgelehnt, weil es aus der Sicht von AP bei weitem nicht vergleichbar war mit dem Standort auf der Vorfahrt.<sup>139</sup> Entgegen den Ausführungen von Unique hat AP dabei von allem Anfang an sehr wohl begründet, aus welchen Gründen sie das Angebot 2 (Parkhaus 6) nicht annehmen wollte: Bereits mit Einschreiben vom 23. Dezember 2003 wies AP Unique darauf hin, dass das 2. Angebot den Anforderungen der Verfügung nicht genüge, weil die Lokalitäten in der Nähe der Fracht im Vergleich zu vorher eine "wesentlich schlechtere Position" darstellten und da es sich bei diesem 2. Angebot um nichts anderes als das zuvor von Sprenger abgelehnte 1. Angebot handle.<sup>140</sup> Hätte

Unique AP die bisherigen Lokalitäten auf der Vorfahrt oder vergleichbare Lokalitäten angeboten, so hätte AP den Wechsel zurück an den Flughafen ohne weiteres auf sich genommen. Nicht die angebliche Angst vor dem erneuten Konzeptwechsel, sondern die Unzulänglichkeiten des 2. Angebots von Unique haben AP dazu veranlasst, das Angebot abzulehnen und stattdessen das unbefriedigende Shuttlebus-Konzept vorübergehend weiter zu betreiben.

155. Schliesslich macht Unique geltend, eine Wiederbenützung der Umschlagparkplätze und des Schalters auf der Vorfahrt sei nicht möglich, da die Plätze vollumfänglich weitervermietet seien beziehungsweise der Schalter "infolge abgelaufener Baubewilligung abzureissen" sei.<sup>141</sup> Anlässlich der Einvernahme machte Unique nicht mehr den "Ablauf der Baubewilligung" für den zwischenzeitlich erfolgten Abriss des Schalters von AP geltend, sondern den Umstand, dass der Schalter "ein Schandfleck" gewesen sei und dass die Nachfrage nach dem Schalter nach dem Verschwinden von AP vom Flughafen nicht mehr da gewesen sei.<sup>142</sup> Auf der anderen Seite gesteht Unique Europcar auf der Vorfahrt sogar zwei Schalterhäuschen zu, obwohl auch diese Europcar-Häuschen "ein Schandfleck" seien.<sup>143</sup> Der Augenschein hat gezeigt, dass das eine Häuschen von Europcar - das sogar erst nach dem Abriss des AP-Häuschens neu errichtet wurde - gar nicht genutzt wird und somit seit längerer Zeit leer steht. Der Umstand, dass Unique das Häuschen von AP aus welchen Gründen auch immer hat abreißen lassen, ist jedenfalls kein Grund dafür, dass Unique AP nicht ein anderes Häuschen zur Verfügung stellen könnte: Entweder vermietet Unique AP das neu erstellte, aber von Europcar nicht genutzte Häuschen oder aber Unique lässt für AP - wie Unique es für Europcar kürzlich auch gemacht hat - ein neues Häuschen errichten. Das Argument von Unique, AP könne kein Standort auf der Vorfahrt gewährt werden, weil kein Schalter mehr verfügbar sei, ist somit unbehelflich.

#### **bb.6 Schlussfolgerung**

156. Diese Erwägungen zeigen, dass auch das 2. Angebot von Unique an AP, welches für die Verfahrens-

<sup>138</sup> So Unique.

<sup>139</sup> So [...] auf die Frage nach einem Ranking der verschiedenen Möglichkeiten: "Am liebsten wäre uns die Vorfahrt gewesen, dann das Park-and-ride und am Schluss das Parkhaus 6".

<sup>140</sup> Vgl. auch die Telefonnotiz von Unique vom 30.12.2003, wonach Hr. [...] Unique sagte, dass das 2. Angebot nicht gleichwertig sei mit dem Zustand, der bis Ende Juni 2003 bestand.

<sup>141</sup> Schreiben von Unique, wonach Unique unter den gegebenen Umständen die "bestmöglichen Angebote" unterbreitet habe.

<sup>142</sup> Unique argumentiert nun, der Abriss des Schalters habe nichts mit der Unterbreitung der Angebote zu tun. Das ist nur insoweit richtig, als Unique sich nicht mit dem Argument zu rechtfertigen versucht, der Standort auf der Vorfahrt habe AP nicht mehr angeboten werden können, weil das Häuschen habe abgerissen werden müssen.

<sup>143</sup> "Das ist ein Kompromiss, weil die Betreiber dieser Dienstleistung möglichst etwas Billiges wollen und möglichst in der Nähe der Autos; also macht man das. Aber wir sind gar nicht glücklich, weil vom optischen Bild her sieht das gar nicht gut aus".

dauer als Standort für AP das Parkhaus 6 vorgesehen hatte und welches inhaltlich identisch war mit dem ersten an Sprenger gerichteten und von diesem abgelehnten Angebot, auch als Gesamtpaket nicht vergleichbar ist mit dem Angebot, das Unique AP bis Mitte 2003 gemacht hatte (Valet Parking-Konzept auf der inneren Vorfahrt). Auch mit diesem 2. Angebot hat somit Unique die ihr in Ziffer 1 und 2 des Dispositivs auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt.

## cc) 2. Angebot an Sprenger (Parkhaus 3)

### cc.1 Allgemeines

157. Weil die bisherigen Parkplätze im Parkhaus 2 an einen anderen Mieter (Europcar) weitervermietet worden seien und es deshalb "objektiv nicht möglich" sei, diese Plätze Sprenger weiter zu vermieten,<sup>144</sup> hat Unique Sprenger "längstens bis zum Abschluss des vorsorglichen Massnahmeverfahrens" Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (Geschoss 2)<sup>145</sup> angeboten mit der Einschränkung, dass im Parkhaus 3 zurzeit keine verfügbaren Schalterräume bestehen. Man habe Kontakt mit einer Mietwagenfirma aufgenommen, um die Untermiete eines Schalters zu klären. Zudem stehe es Sprenger "einstweilen frei, in dieser Zone selbst eine Baracke aufzustellen und als Schalterraum zu nutzen", was aber eine Baubewilligung erfordere.

158. Sprenger lehnte das 2. Angebot von Unique zunächst umgehend ab unter anderem mit der Begründung, er sei auf eine funktionierende Büroinfrastruktur angewiesen. Nachdem Unique am 8. Januar 2004 die Zufahrt zum Standort im Parkhaus 2 mittels einer Barriere abgeschlossen hatte, wechselte Sprenger seinen Betrieb unter Protest ins Parkhaus 3. Unique machte geltend, im neuen Parkhaus 3 seien bereits alle vorhandenen Schalter vermietet gewesen; und eine neue Baracke hätte eine Baubewilligung erfordert.

159. Im Folgenden wird näher dargelegt, dass das 2. Angebot von Unique an Sprenger zwar bezüglich Standort vergleichbar war, hingegen wurde Sprenger bis heute keine eigene Büro- und Schalterinfrastruktur angeboten. Zudem bestanden und bestehen Probleme bezüglich Beschilderung und Information der Kundschaft. Auch das 2. Angebot an Sprenger genügt im Ergebnis den Anforderungen der Verfügung der Weko nicht.

160. Vorab ist - aus den oben genannten Gründen<sup>146</sup> - auch bezüglich Sprenger festzuhalten, dass trotz Weitervermietung der ehemaligen Parkplätze im Parkhaus 2 an Dritte von einer "objektiven Unmöglichkeit", die von der Weko verfügten Massnahmen umzusetzen und Sprenger die bisherigen Lokalitäten anzubieten,<sup>147</sup> nicht die Rede sein kann.

### cc.2 Angebotener Standort: Parkhaus 3

161. Anlässlich des *Augenscheins* vom 3. November 2004 konnte das Sekretariat die *Lage* der heutigen und ehemaligen Umschlagparkplätze und des Schalters von Sprenger und deren *Entfernung von den Check-in* überprüfen. Der ehemalige Standort von Sprenger im Parkhaus 2 (frühere Bezeichnung: Parkhaus E, 5. Stock) war für die Passagiere des Check-in 1

wie für diejenigen des Check-in 2 sehr gut gelegen, da sich das Parkhaus 2 ziemlich in der Mitte der Terminals befindet.<sup>148</sup> Der heutige Standort im Parkhaus 3 erscheint zwar auf den ersten Blick weniger günstig, da das Parkhaus 3 dezentraler liegt als das mittlere Parkhaus 2. Insbesondere diejenigen Passagiere, die am Check-in 1 einchecken wollen, haben heute einen deutlich weiteren Fussweg zurückzulegen. Hingegen ist zu beachten, dass direkt unterhalb des neuen Standortes von Sprenger im Parkhaus 3 das neue, wichtige Check-in 3 eröffnet worden ist, an dem auch die Passagiere des Check-in 1 einchecken können. Durch diese Neuorganisation des Check-in liegt der an sich nicht gerade zentrale Standort von Sprenger aus heutiger Sicht im Wesentlichen wohl doch ebenso günstig wie der ehemalige Standort. Rein bezüglich dieses Kriteriums "Standort" dürfte das 2. Angebot von Unique vergleichbar sein. Wie Unique jedoch selber geltend macht, darf nicht nur auf den Standort abgestellt werden, entscheidend ist vielmehr das Gesamtpaket,<sup>149</sup> das heisst insbesondere auch die angebotene Infrastruktur.

162. Das Problem des 2. Angebots von Unique war und ist nämlich nicht die Lage des neuen Standorts, sondern einerseits die für Sprenger *beschwerliche Übergangszeit* vor allem im Januar bis April 2004 sowie andererseits die am neuen Standort nicht beziehungsweise nicht ausreichend vorhandene *Schalter-/Büroinfrastruktur*.

### cc.3 Übergangszeit im ersten Quartal 2004

163. Nachdem Unique am 8. Januar 2004 die Zufahrt zu den Parkplätzen von Sprenger im Parkhaus 2 mit einer Barriere abgeschlossen hatte, konnte die Kundschaft Sprenger nicht mehr am gewohnten Standort erreichen. Unique stellte Sprenger vor die Wahl, entweder sein Geschäft sofort aufzugeben oder seinen Standort unverzüglich ins Parkhaus 3 zu verlegen. Unter Protest fügte sich Sprenger und musste in der Anfangsphase den zurückkehrenden Kunden erklären, dass sie ihr Auto nun an einem anderen Ort - nämlich im Parkhaus 3 - abholen müssen.

164. Für einen Parking-Dienstleistungsanbieter, der einerseits vom Vertrauen seiner Kundschaft in eine gewisse Beständigkeit und Seriosität des Anbieters lebt und andererseits seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten immer am selben Ort auffindbar war, stellt ein Standortwechsel naturgemäss einen gravierenden Einschnitt in den Geschäftsgang dar. Sowohl Sprenger als auch Unique mussten damit rechnen, dass durch den Umzug von Sprenger zahlreiche (Stamm-)Kunden verloren gehen können, sei es, weil sie ihr Vertrauen verlieren oder weil ihnen der Wechsel zum neuen Standort zu umständlich ist oder weil

<sup>144</sup> Stellungnahme von Unique.

<sup>145</sup> Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>146</sup> Vgl. oben Rz. 134 ff.

<sup>147</sup> Stellungnahme von Unique.

<sup>148</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Situationspläne oben in Rz. 11.

<sup>149</sup> Vgl. schon oben Rz. 97.

sie schlicht den neuen Standort nicht mehr auffinden.<sup>150</sup> Im vorliegenden Fall handelte es sich aufgrund des Standortwechsels von Sprenger jedoch nicht nur um "gewöhnliche Übergangsprobleme",<sup>151</sup> sondern um eine einschneidende Änderung der von Sprenger angebotenen Dienstleistung, welche - ex ante betrachtet - zu einer unverhältnismässig grossen, sogar existenzbedrohenden Einbusse bei Sprenger führen konnte.

165. Wenn Unique Sprenger mit dem 2. Angebot schon zu diesem einschneidenden Standortwechsel "zwingt" - Unique war dazu gemäss Verfügung grundsätzlich berechtigt, da das neue Angebot nicht gleich, sondern nur "vergleichbar" sein musste -, so hätte man doch von allen Beteiligten erwarten dürfen, dass sie mitgeholfen hätten, die Sprenger durch den Wechsel entstehenden Nachteile und potenziellen Risiken im Rahmen des Machbaren abzufedern. Die Geschäftsführer sowie die Mitarbeiter von Sprenger haben ihren Beitrag geleistet, indem sie über Monate unter teils widrigen Umständen ohne Schalter das Geschäft mit viel Flexibilität weiterführten, die Kundenwünsche so gut als möglich zu befriedigen versuchten und alles unternommen haben, ihren Kundenstamm nicht weiter zu gefährden. Auch von Unique wäre ein gewisser Beitrag zur Verminderung der durch den Umzug verursachten Nachteile von Sprenger zu erwarten gewesen. Als Mittel wäre beispielsweise in Frage gekommen, dass Unique die Information der Sprenger-Kundschaft unterstützt beziehungsweise intensiviert hätte.<sup>152</sup> Auf Seiten von Unique sind jedoch kaum positive Anstrengungen ersichtlich. Im Gegenteil hat Unique - wie im Folgenden gezeigt wird - vielmehr passiven Widerstand geleistet oder sich sogar destruktiv verhalten.

#### cc.4 Büro-/Schalterinfrastruktur

166. Weiter ist am 2. Angebot von Unique zu bemängeln, dass Sprenger am neuen Standort über **keinerlei Büro- und Schalterräumlichkeiten** verfügte. Unique wies ihn zwar darauf hin, dass alle vorhandenen Büros und Schalter an Mietautofirmen vermietet seien und das Aufstellen einer Baracke einer Baubewilligung bedürfe, welche nicht innerhalb nützlicher Frist zu erhalten sei. Unique vertritt auch die Auffassung, es gehe vorliegend nur um die Regelung einer provisorischen Situation, was "naturgemäss mit möglichst geringem Aufwand erfolgt". Die Verfügung der Weko verpflichtete Unique nicht "zur Erstellung irgendwelcher Infrastrukturanlagen".

167. Diese Argumentation von Unique ist unbehelflich, da die Weko Unique im Dispositiv explizit dazu verpflichtet hat, "Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlagparkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten". Hierbei handelt es sich um eine Zielvorgabe, welche es Unique überlässt, die Art und Weise der konkreten Umsetzung selber zu wählen.<sup>153</sup> Es liegt somit in der Verantwortung von Unique zu entscheiden, ob sie zur konkreten Umsetzung dieser Verpflichtung auf die bestehende Infrastruktur zurückgreift oder ob sie neue Infrastruktur erstellt. Da die Verfügung vorsorglicher Massnahmen von der REKO/WEF als verhältnismässig qualifiziert wurde und

rechtskräftig ist, geht es nicht an, dass Unique die Nicht- beziehungsweise Schlechterfüllung der entsprechenden Verpflichtungen damit rechtfertigt, es gehe nur um eine "provisorische Situation". Unique darf die Umsetzung der Massnahmen zwar grundsätzlich "mit möglichst geringem Aufwand" vornehmen, aber im Ergebnis muss die Massnahme effektiv umgesetzt werden, das heisst, Sprenger muss unter anderem ein Büro mit Schalter mietweise zur Verfügung gestellt werden.

168. Denn aus der Verfügung der Weko geht klar hervor, dass das Angebot insbesondere auch bezüglich Infrastruktur hätte vergleichbar sein müssen.<sup>154</sup> Konkrete Vorschläge von Sprenger - wie zum Beispiel das Aufstellen eines Containers - hat Unique stets abgelehnt. Über Wochen hat sich Sprenger deshalb mit einer Notlösung behelfen müssen: Angestellte von Sprenger nahmen die Schlüssel der Kundschaft während der kalten Wintermonate im offenen Parkhaus 3 in Empfang und lagerten sie in einem Kleinbus als Notbüro. Erst im März ist es dann zu einem Untermietvertrag zwischen Sprenger und Budget Rent-a-Car (Budget), einer Mietautofirma, die das hinterste der fünf Büros im 2. Stock des Parkhauses 3 gemietet hat, gekommen. Unique hat dieses Untermietverhältnis gebilligt. Als Gegenleistung für das Entgegenkommen von Budget muss Sprenger einerseits Mietzins bezahlen, andererseits müssen Angestellte von Sprenger zu Randzeiten zusätzlich auch Budget-Kunden bedienen und abfertigen, was die Bedienung der eigenen Kundschaft zusätzlich erschwert. Unvorteilhaft ist die aktuelle Lösung auch, weil es für Budget und Sprenger wegen der gemeinsamen Nutzung desselben Büros nicht einfach ist, Geschäftsgeheimnisse zu wahren.

169. Der kleine Raum, den Budget mit Sprenger teilt, wird in der Mitte durch eine Theke getrennt: Auf der einen Seite befinden sich die Büroarbeitsplätze von Budget und Sprenger, auf der anderen Seite warten die Kunden von Budget und Sprenger. Da der Raum klein ist, müssen die Kunden zum Teil ausserhalb des Raumes draussen im (z.T. windigen und nicht geheizten) Parkhaus warten, Toiletten gibt es in der Nähe keine. Im Vergleich zu früher ist diese Büro-/Schalterinfrastruktur klar schlechter: Früher betreten die Kunden aus dem Parkhaus 2 eine grössere (im Winter geheizte) Schalterhalle, die von Schaltern und Büros umgeben war. Neben den Mietwagenfirmen

<sup>150</sup> Prägnant ist die diesbezügliche Aussage vom CFO von Unique: "mit Umstellungen haben Kunden immer Probleme".

<sup>151</sup> So aber Stellungnahme von Unique.

<sup>152</sup> Unique hätte z.B. während der schwierigen Übergangsphase zur Kompensation der Nachteile folgende "Sonderleistungen" erbringen können: vorübergehender Verzicht auf das Beharren auf dem funktionalen Beschriftungsreglement, Instruktion und Anweisung der Flughafeninformationsschalter zu speziell guter Information der Sprenger-Kundschaft, längerer Einsatz eines Wachmanns bei der Einfahrt zum Parkhaus 2 etc. (vgl. Rz. 172 ff.).

<sup>153</sup> Vgl. schon oben Rz. 95.

<sup>154</sup> Verfügung der Weko vom 1.12.2003, Rz. 84.

verfügte Sprenger dort über einen eigenen Schalter mit einem separaten Büro, welches er allein nutzen und abschliessen konnte. Für die Kunden gab es viel Warteraum mit Sitzgelegenheiten und Toiletten.

170. Unique hat nie geltend gemacht, dass sie konkrete Schritte unternommen hätte, um diesen Missstand zu beheben, damit Sprenger zu einem eigenen Büro/Schalter kommt.<sup>155</sup> Unique hat sich vielmehr hinter der Begründung versteckt, man dürfe im Parkhaus ohne Baubewilligung keine Schalter/Büros errichten. Obwohl seit der Verfügung der Weko zwei Jahre vergangen sind, hat Unique diesbezüglich bis heute noch nichts unternommen. Besonderer Beachtung bedarf deshalb auch die überraschende Aussage von Unique in der schriftlichen Stellungnahme: "Es bestünde nämlich ohne weiteres die Möglichkeit, provisorisch einen Schalter auf dem gleichen Geschoss hinzustellen, auf welchem sich auch die Umschlagparkplätze befinden".<sup>156</sup> Zwar betrifft diese Aussage von Unique das Parkhaus 6; auf Frage des Sekretariats, ob es diesbezüglich Unterschiede zum Parkhaus 3 gebe, konnte Unique keine klare Antwort geben.

171. Die aktuelle Situation bezüglich Büro, Schalter und Infrastruktur für die Kundschaft von Sprenger ist somit - entgegen der Argumentation von Unique - auch noch heute keinesfalls vergleichbar mit der Situation bis Ende 2003.

#### cc.5 *Beschilderung und Beschriftung*

172. Ein weiteres Problem des neuen Standortes ist die *Beschilderung und Beschriftung*. Auch hier war es für Sprenger wie für Unique klar, dass Sprenger beim erzwungenen Umzug an den neuen Standort viele (Stamm-)Kunden verloren gehen, wenn der neue Standort nicht ohne grösseren Aufwand auffindbar ist. Nicht nur von Sprenger, sondern auch von Unique hätte man somit erwarten dürfen, dass sie diese Problematik mit vertretbarem Aufwand abgedeckt hätte. In der Praxis war jedoch das Gegenteil der Fall.<sup>157</sup>

173. Früher erreichten die Kunden Sprenger über die Vorfahrt: Direkt bei der Einfahrt ins Parkhaus 2 war ein Schild mit dem Hinweis auf Sprenger angebracht; die Umschlagparkplätze von Sprenger befanden sich unmittelbar nach der Einfahrt ins Parkhaus auf der linken Seite. Nach dem erzwungenen Umzug von Sprenger am 8. Januar 2004 stellte Unique zwar einen Wachmann vor die Einfahrt zu Sprengers ehemaligen Parkplätzen, der die Kunden von Sprenger an der Durchfahrt hinderte und sie auf den neuen Standort von Sprenger hinwies. Dieser Wachmann stand jedoch nur zwei Wochen dort, danach fanden die Kunden nur noch eine verschossene Barriere sowie eine Hinweistafel.

174. Neu erreichen die Kunden Sprenger nicht mehr über die Vorfahrt, sondern durch die Einfahrt ins Parkhaus 3. Sogleich nach der Einfahrt muss die Sprenger-Kundschaft in die linke Fahrspur einspuren und nach links abbiegen. Die Hinweistafel aus Metall mit der Aufschrift "Sprenger Autobahnhof AG" ist eher klein, ungünstig positioniert und schlecht sichtbar; dies im Gegensatz zu grösseren und beleuchteten Tafeln, die auf die Mietautofirmen ("rental car re-

turn") hinweisen und von Unique angebracht worden sind. Auch die Tafeln von Sprenger auf der 2. Etage des Parkhauses 3 erscheinen neben den Leuchttafeln der Mietwagenfirmen eher bescheiden und leicht übersehbar.

175. Noch schwieriger ist es für zurückkehrende Sprenger-Kunden: Wenn Sie im Terminalgebäude vor der Schalterhalle der Mietwagenfirmen stehen, sehen sie sechs grosse Leuchttafeln mit den Namen der Mietwagenfirmen (Europcar, Hertz, Avis, Budget, Sixt und National/Alamo);<sup>158</sup> ein Pfeil weist die Kundschaft links Richtung Schalterhalle. Die zurückkehrenden Sprenger-Kunden hingegen finden an dieser Stelle keinen Hinweis, dass sie nach rechts zu den Liften müssen, um in den 2. Stock des Parkhauses 3 zu gelangen. Die Hinweistafel, die Sprenger an diesem Ort neben den Schildern der Mietwagenfirmen anbrachte, musste Sprenger auf Geheiss von Unique wieder entfernen, da sie nicht den "Signaletik-Normen" entsprochen habe: Da Unique Sprenger aber keine reglementkonforme Tafel zur Verfügung stellte, sind bis heute an dieser Stelle keinerlei Hinweise auf Sprenger angebracht. Auch im Lift befindet sich beim Knopf für die Etage 2 nur der Hinweis "Autorücknahme", der sich insbesondere auf die Rücknahme der Mietautos durch die Mietautofirmen bezieht. Unique lässt keine Beschriftung zu, die konkreter auf Sprengers Parking-service hindeutet, da nur "funktionale Beschriftungen" zulässig seien. Sprenger macht geltend, dass gerade dieses ungünstige, von Unique angeordnete Beschriftungskonzept vor allem in der Phase nach dem Umzug an den neuen Standort dazu geführt habe, dass sehr viele Kunden Sprenger nicht mehr gefunden hätten, wütend wurden und so letztlich im Parkhaus von Unique parkiert hätten.<sup>159</sup> Heute sei es von zehn Kunden noch einer, der Sprenger nicht finde; die anderen neun seien schon mal am neuen Standort gewesen und wissen jetzt, wo Sprenger sei.

176. Auch im *Firmenverzeichnis der Internet-Homepage von Unique* ist zwar Europcar aufgelistet, aber weder Sprenger noch AP werden erwähnt.<sup>160</sup> Die Suche mit dem Stichwort "Valet Parking" ergibt den

<sup>155</sup> Dass Unique die unbefriedigende Situation von Sprenger abwartend und bewusst hingenommen hat, geht aus [...] hervor: "Die Annahme der Fahrzeuge funktioniert zurzeit im System 'Bauchladen'. Dieser Betrieb wird vorläufig so aufrechterhalten bis ein Entscheid der Rekurskommission in Wettbewerbsfragen eintrifft".

<sup>156</sup> Vgl. schon oben Rz. 150.

<sup>157</sup> Anders Stellungnahme von Unique.

<sup>158</sup> Das Argument von Unique, am Flughafen seien ausschliesslich funktionale Bezeichnungen, nicht aber Wegweiser mit Hinweisen auf Firmennamen erlaubt, ist somit unzutreffend.

<sup>159</sup> Sprenger weist auch auf einzelne Fälle von Kunden hin, die auf der Suche nach Sprenger bzw. ihrem Auto von Mitarbeitern von Europcar absichtlich in die Irre geführt worden seien bzw. vom Informationsdienst von Unique die unzutreffende Auskunft erhalten hätten, Sprenger existiere nicht mehr.

<sup>160</sup> Vgl. <<http://www.flughafen-zuerich.ch/>> (besucht am 10.10.2005). Auch nachdem Unique die entsprechende Kritik der Wettbewerbsbehörden kannte, hat sie Sprenger nicht in die Datenbank aufgenommen, wie ein erneuter Besuch der Internet-Homepage von Unique am 23.12.2005 aufzeigte.

Treffer: "1 Firma mit 1 Eintrag gefunden", wobei dieser Hyperlink ausschliesslich auf das Valet Parking von Europcar verweist.<sup>161</sup> Auch dieser Umstand zeigt auf, dass Unique die Flughafenbenutzer nur selektiv auf die eigenen Parkingangebote und die Parkingdienstleistungen von Europcar hinweist, aber Sprenger mit keinem Wort erwähnt. Obwohl es sich auch bei Sprenger um eine der 180 Firmen handelt, die am Flughafen ihre Dienstleistungen anbieten und die Unique sowohl Mietzins als auch Umsatzabgaben bezahlen, wird Sprenger nicht als gleichwertige Geschäftspartnerin von Unique behandelt. Weil eine Aufnahme von Sprenger in die entsprechende Datenbank von Unique mit geringstem Aufwand durchführbar wäre, kann Unique deren Verweigerung nicht mit dem Argument rechtfertigen, es gehe vorliegend nur um die Regelung einer provisorischen Situation, was "naturgemäss mit möglichst geringem Aufwand erfolgt".

177. Durch den erzwungenen Umzug von Sprenger an einen neuen Standort hätte aus der Sicht der Kundschaft und somit auch von Sprenger ein **stark erhöhter Bedarf nach Information und Signalisation** bestanden. Diesem Bedürfnis hat Unique in einer Art und Weise Rechnung getragen, welche nicht den Vorgaben der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 entspricht.

**cc.6 Entwicklung der Geschäftszahlen von Sprenger**

178. Unique bestätigt selber explizit, dass Sprenger Kunden an Europcar verloren hat.<sup>162</sup> Dem ist hinzuzufügen, dass auch **Unique selber** durch die Verlagerung der Kundschaft von Sprenger weg erheblich profitiert

hat. Unique weist darauf hin, dass sich die genannten Schwierigkeiten von Sprenger vor allem in der Phase des Umzugs auch in den Frequenz- und Umsatzzahlen von Sprenger niedergeschlagen haben: Während im ersten Halbjahr 2004 gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 Europcar, welche die Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert, ein Umsatzplus von [20%-30%] und Unique selber in den Parkhäusern ein Umsatzplus von [10%-20%] erzielen konnte, erlitt Sprenger im selben Zeitraum einen Umsatzrückgang von [10%-20%].

179. Noch dramatischer sind die Zahlen, wenn man nur das erste Quartal des Standortwechsels (d.h. Januar bis März 2004) berücksichtigt: In diesen drei Monaten sank der Bruttoumsatz von Sprenger gegenüber dem ersten Quartal 2003 um [30%-40%].<sup>163</sup> Wie bereits erwähnt, hält sogar Unique fest, dass die Zahlen im Geschäft mit Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich eindeutig aufzeigen, dass die von Sprenger und AP erlittenen Umsatz- und Frequenzeinbussen durch entsprechende Zunahmen bei Europcar und somit letztlich auch Unique selber kompensiert beziehungsweise aufgefangen wurden.

180. Aus der Sicht von Unique erlitt Sprenger von 2001 bis 2004 einen kontinuierlichen Umsatzrückgang, wobei es sich beim Umsatzrückgang im Jahr 2004 um "gewöhnliche Übergangsprobleme" gehandelt haben soll.<sup>164</sup> Dass dieser Rückgang im Jahr 2004 nicht "gewöhnlich" war, zeigt ein Vergleich der Parkerträge beziehungsweise Parking-Umsatzzahlen von Sprenger und Unique.<sup>165</sup>

Jahr \ Umsatz	2001	2002	2003	2004
Unique: insgesamt: "bereinigt": <sup>166</sup>	46,9 Mio. [...] Mio.	44,4 Mio. [...] Mio.	46,1 Mio. [...] Mio.	54,1 Mio. [...] Mio.
Sprenger	[...] Mio.	[...] Mio.	[...] Mio.	[...] Mio.

181. Beim direkten Vergleich dieser Zahlen fällt auf, dass der Umsatz sowohl von Unique als auch von Sprenger im Jahr 2002 zurückging. Im Jahr 2003 verzeichnete Sprenger erneut einen (leichteren) Rückgang, während sich die Parkerträge von Unique leicht verbesserten (dem Geschäftsbericht 2003 ist zu entnehmen: "Hier wirkt sich die Parkgebührenerhöhung positiv aus [...]"<sup>167</sup>) beziehungsweise ganz leicht verschlechterten (so die "bereinigten" Erträge). Im Jahr 2004 hingegen, in welchem es ein starkes Plus an Lokalpassagieren gab (12,1%), ist auffällig, dass sich der Umsatzrückgang von Sprenger noch verstärkte (minus [10%-20%]), während Unique eine grosse Umsatzzunahme erzielen konnte (plus [10%-20%]). Das Argument von Unique, Sprenger habe von 2001 bis 2004 einen kontinuierlichen Umsatzrückgang erlitten,

was beweise, dass der Standortwechsel keinen Einfluss hatte, ist somit unzutreffend.

<sup>161</sup> Vgl. <[http://www.flughafen-zuerich.ch/ZRH/?ID\\_site=1&sb=valet%20parking&le=2&d=cnt/ACON/DE/con\\_kundenliste.asp&sp=de&u=1&t=Firmenübersicht&ID\\_level1=7&ID\\_level2=37&a2=37](http://www.flughafen-zuerich.ch/ZRH/?ID_site=1&sb=valet%20parking&le=2&d=cnt/ACON/DE/con_kundenliste.asp&sp=de&u=1&t=Firmenübersicht&ID_level1=7&ID_level2=37&a2=37)> (besucht am 10.10.2005 und am 23.12.2005).

<sup>162</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden schon oben Rz. 117.

<sup>163</sup> Im ersten Quartal 2005 beträgt der Bruttoumsatz nun wieder [...].

<sup>164</sup> Vgl. schon oben Rz. 164 und Fn. 151 m.Nw.

<sup>165</sup> Quelle von Unique: Geschäftsberichte 2001, 2002, 2003, 2004; Quelle von Sprenger: [...].

<sup>166</sup> Vgl. oben Fn. 97.

<sup>167</sup> Geschäftsbericht 2003 von Unique, S. 13.

182. Dieser Umsatzrückgang über Gebühr bei Sprenger ist nicht nur mit der Umstellung des Geschäftsbetriebs zu erklären, verstärkend hat auch das *Verhalten bzw. Unterlassen von Unique* gewirkt. Durch dieses nicht-kooperative beziehungsweise teilweise sogar destruktive Verhalten beziehungsweise Unterlassen hat Unique - wenn nicht beabsichtigt - sodann doch zumindest in Kauf genommen, dass Sprenger wegen des Umsatz- und Kundenverlusts infolge des Standortwechsels nach über vierzigjähriger Firmengeschichte sein Geschäft hätte aufgeben müssen und Europcar beziehungsweise Unique einen Teil der Kunden hätten übernehmen können.

### cc.7 Weitere Argumente

183. Nichts anderes lässt sich aus dem Argument von Unique ableiten, Sprenger habe die fehlende Vorinformation der Kunden und die unsichere Situation "mit seinem sehr späten Einlenken selbst verschuldet": Obwohl Unique den Antrag des Sekretariats betreffend vorsorgliche Massnahmen seit dem 6. November 2003 kannte und die Weko Unique am 1. Dezember 2003 (mit sofortiger Vollstreckbarkeit) verpflichtete, Sprenger und AP bis am 12. Dezember 2003 ein Angebot zu machen, hat Unique Sprenger den heutigen Standort im Parkhaus 3 erst am 19. Dezember 2003 angeboten. Bezüglich Beschilderung hat Sprenger selber Schritte unternommen, ein Teil der von ihm aufgehängten Schilder wurden jedoch sofort wieder entfernt. Auch bezüglich der noch heute ungenügenden Büro- und Schalterinfrastruktur ist nicht ersichtlich, worin ein Selbstverschulden von Sprenger gesehen werden könnte.

184. Im Ergebnis widersprüchlich ist die Argumentation von Unique, wonach für die Beurteilung der Entwicklung der Wettbewerbssituation auf einen Zeitraum von mindestens einem halben bis einem ganzen Jahr abgestellt werden müsse: Einerseits macht Unique wiederholt geltend, das Sekretariat hätte Unique schon im Dezember 2003 - das heisst noch vor Beginn der Umsetzung der Auflagen - mitteilen müssen, ob die Angebote genügend seien oder nicht,<sup>168</sup> während Unique hier nun ausführt, eine Beurteilung der Angebote sei nur unter Berücksichtigung von mindestens sechs bis 12 Monaten möglich. Andererseits ist zu bedenken, dass die vorsorglichen Massnahmen Sprenger und AP als Konkurrenten auf dem Markt erhalten wollten. Für Sprenger bestand insbesondere in der kritischen Übergangsphase bis April 2004 die Gefahr eines Konkurses. Somit ist es durchaus angezeigt, dieser kritischen Phase bei der Beurteilung der Umsetzung der Auflagen besondere Beachtung zu schenken.

185. Unique führt sodann den Umstand, dass sich der Geschäftsgang von Sprenger in den letzten Monaten doch teilweise erholt hat, als Beweis dafür an, dass das Angebot an Sprenger es diesem offensichtlich ermögliche, seinen Geschäftstätigkeiten für die Verfahrensdauer weiterhin konkurrenzfähig nachzugehen. Unique kann diesen Umstand jedoch höchstens zu einem kleinen Teil zu ihren Gunsten geltend machen:<sup>169</sup> Denn einerseits dürfen die Probleme während der Übergangsphase, welche Unique durch ihr Verhal-

ten noch verstärkt hat, nicht einfach ignoriert werden. Und andererseits ist zu beachten, dass die sich nun einstellende Erholung des Geschäftsverlaufs von Sprenger nicht dem in mancher Hinsicht unkooperativen Verhalten von Unique zu verdanken ist und Unique letztlich nicht vom grossen Einsatz der Mitarbeiter von Sprenger, der beachtenswerten Kundentreue sowie gewissen Zufälligkeiten profitieren soll.

### cc.8 Schlussfolgerung

186. Unter Berücksichtigung des Verhaltens beziehungsweise Unterlassens von Unique hat aus den genannten Gründen auch das von Unique offerierte 2. Angebot, das Sprenger damals gegen seinen Willen annehmen musste, als Gesamtpaket betrachtet den *in der Verfügung vorgesehenen Anforderungen nicht vollkommen genügt*. Ungenügend, da nicht vergleichbar mit dem vorherigen Zustand, war dieses Angebot hinsichtlich des nicht-konstruktiven Verhaltens von Unique in der Übergangsphase des Wechsels an den neuen Standort und ist es noch heute hinsichtlich Büro- beziehungsweise Schalterinfrastruktur und Beschilderung.

187. Bezüglich des Standorts als wichtiges Kriterium ist die Vergleichbarkeit des 2. Angebots indessen wohl zu bejahen. Der Umstand, dass das 2. Angebot nur teilweise ungenügend ist, wird im Rahmen der Sanktionsbemessung zu Gunsten von Unique berücksichtigt.<sup>170</sup>

### f) Keine Vereinbarungen i.S.v. Ziffer 3 des Dispositivs

188. Ziffer 3 des Dispositivs sah im Sinne einer Alternative vor, dass Unique anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 1 und 2 dem Sekretariat der Weko eine innerhalb derselben Frist mit Sprenger beziehungsweise AP abgeschlossene Vereinbarung hätte unterbreiten können.

189. Eine solche Vereinbarung ist beim Sekretariat bis heute nicht eingereicht worden. Unique hat somit auch Ziffer 3 des Dispositivs nicht erfüllt.

### g) Schlussfolgerung

190. Zusammenfassend hat Unique die in der Verfügung der Weko angeordneten Massnahmen nicht erfüllt, weil die 1. Angebote an AP und Sprenger sowie das 2. Angebot an AP ungenügend und das 2. Angebot an Sprenger nur teilweise genügend war. Die Verletzungshandlung im Sinne von Artikel 50 KG liegt somit vor.

<sup>168</sup> Vgl. dazu unten Rz. 207 ff.

<sup>169</sup> Die von Unique aufgezeigten Zahlen zeigen, dass die Umsatzzahlen seit dem Wechsel per 8.1.2004 tiefer sind als die Umsatzzahlen der Vorjahre. Aus dem Umstand, dass die Zahlen von 2005 wieder besser sind als diejenigen von 2004 (aber immer noch schlechter als diejenigen von 2002 und 2003) kann Unique nichts für sich ableiten, da im Jahr 2004 der Wechsel an den neuen Standort stattfand und die Umsätze in diesem Jahr sehr tief waren.

<sup>170</sup> Vgl. dazu unten Rz. 259 ff.



#### 4.5 Zu seinem Vorteil

191. Weiteres Tatbestandselement nach Artikel 50 KG ist, dass das verstossende Unternehmen in Verletzung einer behördlichen Anordnung einen objektiv messbaren Vorteil erzielt haben muss, mit anderen Worten der Verstoss durch ein Unternehmen **zu seinem Vorteil** erfolgen muss.<sup>171</sup> Artikel 50 KG erfasst dabei alle Arten der Vorteilserzielung, das heisst geldwerte, technische, rechtliche, kaufmännische oder andere. Bezüglich der Höhe des (finanziellen) Vorteils genügt jeder geringste Vorteil zur Erfüllung des Tatbestandes.

192. Unique konnte den bereinigten Gesamtumsatz im Bereich Parking von [...] im Jahr 2003 auf [...] im Jahr 2004, das heisst um [10%-20%], steigern.<sup>172</sup> Europcar, welche die Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert, erzielte sogar ein Umsatzplus von [20%-30%]. Im selben Zeitraum hingegen erlitt Sprenger einen Umsatzrückgang von [10%-20%] und AP sogar einen Umsatzrückgang von ca. 50%.<sup>173</sup> Unique selber bestätigt, dass zahlreiche Kunden von AP und Sprenger zu Europcar - und somit letztlich auch zu Unique - gewechselt haben.<sup>174</sup>

193. Der Wegfall der Zahlungen von AP an Unique seit Mitte 2003<sup>175</sup> dürfte bereits durch die Mehrzahlungen von Europcar an Unique mehr als kompensiert worden sein.<sup>176</sup> Zudem hat Unique selber - wie gesagt - ihre Parkingerträge im Jahr 2004 um mehr als [...] Mio. gesteigert.

194. Durch die Missachtung der vorsorglichen Massnahmen - das heisst insbesondere durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen beziehungsweise durch die ungenügenden Angebote an Sprenger und AP - hat Unique im Ergebnis sowohl direkt als auch indirekt (via Europcar) zusätzliche Kunden gewonnen und einen Mehrumsatz generiert, woraus für Unique ein finanzieller Vorteil resultiert.<sup>177</sup> Unique gibt selber zu, dass die veränderte Situation der Valet-Parking-Anbieter einen Einfluss auf die Zunahme der Parkhauserträge hatte. Ob dieser Einfluss "signifikant" war oder nicht, wie Unique geltend macht, spielt keine Rolle, da für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "zu seinem Vorteil" jeder geringste Vorteil genügt.<sup>178</sup>

195. Ein nicht direkt finanzieller Vorteil besteht im Übrigen darin, dass Unique durch das inkriminierte Verhalten ihrem Ziel, AP und Sprenger von attraktiven Parkmöglichkeiten fernzuhalten, Vorschub leistete. Was dergestalt AP und Sprenger behindert, bevorzugen Unique.

196. Ohne dass der Vorteil von Unique genau beziffert werden müsste, ist offensichtlich, dass damit das Tatbestandselement, dass der Verstoss von Unique zu deren Vorteil erfolgt sein muss, ohne weiteres erfüllt ist.

#### 4.6 Vorwerfbarkeit

##### a) Vorwerfbarkeit im engeren Sinn

197. Die Besonderheit der Verwaltungsanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unterneh-

men selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Deutlich hält dies die Botschaft fest: "Die Verwaltungsanktion setzt - im Gegensatz zu einer Strafsanktion - kein Verschulden voraus [...]"<sup>179</sup>. Da keine Verwaltungsanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, hielt die Weko früher an ihrer Rechtsprechung fest, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Artikel 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist.<sup>180</sup>

198. Die Rechtsprechung der REKO/WEF (zu Art. 51 KG) legt jedoch den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden kann, sondern dass vielmehr auch das subjektive Element des Verschuldens mitberücksichtigt werden muss.<sup>181</sup> Danach liegt ein Verschulden dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten

<sup>171</sup> Dazu und zum Folgenden etwa DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 9 f.; MOREILLON (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 7; ZURKINDEN (zit. in Fn. 17), S. 519; BORER (zit. in Fn. 23), Art. 50 N 6.

<sup>172</sup> Die gesamten Parkingerträge konnte Unique im Jahr 2004 sogar um CHF 8 Mio. auf CHF 54 Mio. steigern (Geschäftsbericht 2004 von Unique, S. 5, 13 und 82).

<sup>173</sup> Vgl. zum Ganzen oben Rz. 117 und Rz. 178 f.; vgl. auch Rz. 273.

<sup>174</sup> "Die neusten erhobenen Umsatz- und Frequenzdaten im Geschäft mit Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich zeigen eindeutig, dass die von Sprenger und AP erlittenen Umsatz- und Frequenzeinbussen durch entsprechende Umsatz- und Frequenznahmen bei Europcar kompensiert bzw. aufgefangen wurden".

<sup>175</sup> Vgl. Stellungnahme von Unique.

<sup>176</sup> Europcar zahlt Unique einerseits eine Umsatzabgabe von [...] pro Jahr und andererseits Mietzins für die Schalter, Umschlagparkplätze und Parkplätze in den Parkhäusern von Unique.

<sup>177</sup> A.A. die Stellungnahme von Unique.

<sup>178</sup> Vgl. oben Rz. 191.

<sup>179</sup> Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (Botschaft 2003), BBl 2002, S. 2022 ff., insb. S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, "weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden" (Botschaft 1994 [zit. in Fn. 18], S. 153).

<sup>180</sup> Vgl. etwa Entscheide der Weko i.S. "BNP/Paribas", RPW 2001/1, S. 144 ff., S. 152, Rz. 35; "X/C-AG und D-AG", RPW 2000/2, S. 257 ff., S. 262 f., Rz. 30, und "Curti & Co. AG", RPW 1998/4, S. 613 ff., S. 617 f., Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungsanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. SCHMID, Zürich 2001, S. 585 ff., S. 589, sowie ZURKINDEN (zit. in Fn. 17), S. 520.

<sup>181</sup> Vgl. den Entscheid REKO/WEF i.S. "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff., S. 398 ff., und entsprechend Entscheid Weko i.S. "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533, Rz. 47 ff. Vgl. auch die Feststellungen in der Stellungnahme von Unique.

können.<sup>182</sup> Somit muss ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen: Die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht beziehungsweise der Verstoss gegen die Verfügung und somit gegen Artikel 50 KG muss dem Unternehmen als eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können.<sup>183</sup> Ob darüber hinaus auch Artikel 6 EMRK zur Anwendung gelangen muss,<sup>184</sup> kann offen bleiben. Tatsächlich liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor.<sup>185</sup>

199. Unique hätte nämlich alles Mögliche und Notwendige dazu vorkehren müssen, dass die verantwortlichen Abteilungen, Organe beziehungsweise Angestellten von Unique zwecks Umsetzung der Unique in der Verfügung auferlegten Pflichten Sprenger und AP ein dem Dispositiv genügendes Angebot unterbreitet beziehungsweise eine Vereinbarung mit letzteren ausgehandelt hätten. Dies ist - wie bereits gezeigt<sup>186</sup> - vorliegend unterblieben, wenn auch Unique vorgibt, "die beste der in der gegebenen Situation überhaupt möglichen Lösungen angeboten" zu haben. Unique hat für sich selber definiert, was für sie noch "möglich" war und was nicht. Anlässlich der Anhörung hat der Vertreter von Unique die Frage, ob er der Meinung sei, dass Unique mit dem 2. Angebot den vorsorglichen Massnahmen Rechnung getragen habe, zwar mit "Ja" beantwortet. Er hat aber zugegeben, dass er sich bewusst ist, "dass dies für die an dem Verfahren Beteiligten nicht zufriedenstellend war".

200. Im vorliegenden Verfahren ist nicht etwa massgebend, was sich Unique subjektiv vorgestellt beziehungsweise gewünscht hat und als - aus ihrer Sicht - ohne weiteres machbar und möglich erachtete.<sup>187</sup> Entscheidend ist vielmehr, was Unique unter den ihr in der Verfügung auferlegten Pflichten in guten Treuen verstehen durfte und musste. AP hatte bis Mitte 2003 auf der inneren Vorfahrt den besseren Standort als Sprenger im Parkhaus 2. Wenn Unique nun AP als 1. Angebot überhaupt keine Flughafeninfrastruktur anbietet und als 2. Angebot das abseits gelegene Parkhaus 6 offeriert, obwohl sie dieses Parkhaus 6 zuvor erfolglos Sprenger angeboten hatte und die diesbezüglichen Vorbehalte des Sekretariats kannte,<sup>188</sup> so nimmt Unique zumindest eine Verletzung der Verfügung in Kauf.<sup>189</sup> Der Umstand, dass gewisse Lokalitäten, die früher von Sprenger und AP gemietet wurden, in der Zwischenzeit an Dritte (Europcar) weitervermietet wurden, kann keinesfalls als objektive und von Unique nicht zu vertretende Unmöglichkeit betrachtet werden.<sup>190</sup> Worin das vorwerfbare Verhalten bezüglich Sprenger lag, wurde oben bereits dargelegt.<sup>191</sup>

201. Aus dem Gesagten folgt, dass eine zumindest fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung beziehungsweise ein Organisationsverschulden von Unique vorliegen, welche die "Vorwerfbarkeit" begründen.<sup>192</sup>

## b) "Vertrauensschutz"

### aa) Vorbemerkung

202. Vorab ist festzuhalten, dass Unique verpflichtet war, die erwähnten Angebote an Sprenger und AP bis

spätestens am 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003 um 12.00 Uhr zu unterbreiten. Folglich ist im Sanktionsverfahren die Frage zu beurteilen, ob zu diesem Zeitpunkt die Massnahmen von Unique entsprechend der Verfügung umgesetzt worden sind oder nicht. Lagen damals keine genügenden Angebote vor, so hat Unique die Verfügung - zumindest während einer "logischen Sekunde" - verletzt und somit den Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt. Insoweit ist grundsätzlich nicht mehr ausschlaggebend, was sich im Zeitraum danach abgespielt hat. Das angebliche treuwidrige Verhalten, welches Unique dem Sekretariat nun in den Stellungnahmen vorwirft, hat sich erst in der Zeitspanne nach dem 19. Dezember 2003 zugegetragen und konnte somit keinen Einfluss darauf haben, ob Unique am 19. Dezember 2003 ab 12.00 Uhr bereits den Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt hatte und somit zu sanktionieren ist.

203. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist der Vorwurf des gerügten Handelns der Behörden auch in der Sache nicht berechtigt.

<sup>182</sup> Dazu und zum Folgenden REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f. Im erwähnten Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen beispielsweise dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens - im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften - während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

<sup>183</sup> I.d.S. BORER (zit. in Fn. 23), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 11 ff. m.w.Hw.

<sup>184</sup> Vgl. den Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff. Erw. 3, sowie etwa ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 22), Art. 50 N 5; ZURKINDEN (zit. in Fn. 17), S. 520; BORER (zit. in Fn. 23), Art. 49a N 2; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129 f. m.w.Hw.

<sup>185</sup> Vgl. etwa BORER (zit. in Fn. 23), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 11 ff. m.w.Hw. Teilweise a.A. die Stellungnahme von Unique. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Frage des Verschuldens "in den allermeisten Fällen nur theoretischer Natur" ist, da Art. 50 KG ohnehin bereits einen eigenen Vorteil des betroffenen Unternehmens voraussetzt (so ZURKINDEN/TRÜEB [zit. in Fn. 22], Art. 50 N 5); zum Vorteil, den Unique erzielt hat, vgl. oben Rz. 191 ff.

<sup>186</sup> Oben Rz. 76 ff.

<sup>187</sup> Entgegen den Ausführungen von Unique sind auch nicht die subjektiven Wünsche und Bedürfnisse von AP und Sprenger massgebend für die Beurteilung, ob ein Verstoss gegen Art. 50 KG vorliegt.

<sup>188</sup> Vgl. Rz. 12 sowie zu den jeweiligen Angeboten ausführlich oben Rz. 76 ff.

<sup>189</sup> In diesem Lichte erscheint auch die Aussage von Unique, es habe bis zur Eröffnung des Sanktionsverfahrens keine Klarheit darüber bestanden, dass eine Zuwiderhandlung überhaupt vorliegen könnte, da man alles Notwendige und Mögliche zur Umsetzung der Verfügung vorgekehrt habe, als Schutzbehauptung.

<sup>190</sup> So aber die Stellungnahme von Unique; vgl. dazu eingehend oben Rz. 134 ff. und Rz. 160.

<sup>191</sup> Vgl. Rz. 157 ff.

<sup>192</sup> So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f., sowie der Entscheid Weko "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533.

<sup>193</sup> Vgl. dazu schon oben Rz. 1 ff.

### bb) Zeitlicher Ablauf des Verfahrens

204. Unique macht geltend, der zu beurteilende Sachverhalt sei seit Ende Dezember 2003 bekannt. Hätte Unique gegen die Auflagen der Verfügung verstossen, hätte das Sekretariat bereits im Januar 2004 ein Sanktionsverfahren einleiten "oder Unique zumindest mit seinem Verdacht des Verstosses konfrontieren müssen". Da dies nach dem 2. Angebot nicht geschehen sei, habe Unique gestützt auf das Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, dass die Angebote an Sprenger und AP verfügungskonform waren. Mit der Eröffnung des Sanktionsverfahrens im November 2004 habe sich die Weko "ohne sachlichen Grund widersprüchlich verhalten und das Vertrauensprinzip verletzt".

205. Der *zeitliche Ablauf* des Verfahrens wurde oben dargelegt.<sup>193</sup> Obwohl die Behörde aufgrund des Entzugs der aufschiebenden Wirkung bereits seit Dezember 2003 ein Sanktionsverfahren hätte eröffnen können, erschien es jedenfalls aus prozessökonomischen Gründen angemessen, vor dem Eröffnen eines Sanktionsverfahrens gegen Unique wegen Verstosses gegen die Verfügung der Weko zunächst deren Rechtskraft abzuwarten.<sup>194</sup> Die Verfügung der Weko wurde von der REKO/WEF im Juni 2004 bestätigt. Sogleich danach hat das Sekretariat Gespräche mit Unique über eine einvernehmliche Regelung aufgenommen, welche jedoch zu keinem Ergebnis führten. Das Sekretariat führte nach dem Scheitern dieser Verhandlungen am 3. November 2004 einen Augenschein am Flughafen durch und eröffnete am 11. November 2004 das Sanktionsverfahren.

206. Was Unique im Übrigen aus ihrer Feststellung, mit der Eröffnung des Sanktionsverfahrens sei zu lange zugewartet worden, zu ihren Gunsten ableiten will, bleibt unklar: Einerseits rügt Unique zu Recht nicht, im vorliegenden Fall sei der Ablauf der fünfjährige Verfolgungsverjährung<sup>195</sup> eingetreten. Andererseits ist erneut festzuhalten, dass Unique bereits am 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003 gegen die vorsorglichen Massnahmen verstossen hatte, weil sie Sprenger und AP keine genügenden Angebote unterbreitete.<sup>196</sup> Diese Tatsache ist unabhängig vom Zeitpunkt der Eröffnung des vorliegenden Sanktionsverfahrens. Somit erübrigen sich weitere Ausführungen.

### cc) Informelle Rückmeldung des Sekretariats

#### cc.1 Allgemeines

207. Unique vertritt die Ansicht, aus dem Umstand, dass das Sekretariat auf das 1. Angebot von Unique umgehend (negativ) reagiert habe, nicht jedoch auf das 2. Angebot, habe Unique schliessen dürfen, dass nun die Auflagen der Verfügung erfüllt seien. Ansonsten hätte Unique eine Reaktion erwarten dürfen. Das Stillschweigen des Sekretariats führe deshalb zum Vertrauensschutz.

208. Im Verwaltungsrecht gilt, dass das Vertrauen nur insoweit geschützt wird, als es *berechtigt* ist.<sup>197</sup> Eine Vertrauensgrundlage, die bei den Betroffenen berechtigtes Vertrauen auszulösen vermag, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen. Vorlie-

gend stehen drei verschiedene Fallgruppen des Vertrauensschutzes zur Diskussion: die Duldung eines rechtswidrigen Zustands, das Vertrauen in eine unrichtige behördliche Auskunft sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.<sup>198</sup> Im Folgenden wird gezeigt, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für Vertrauensschutz nicht gegeben sind.

#### cc.2 Duldung eines rechtswidrigen Zustandes

209. Oben wurde bereits dargelegt, warum die Wettbewerbsbehörden erst im November 2004 ein Sanktionsverfahren eröffnet haben (insb. Abwarten des Beschwerdeentscheides der REKO/WEF sowie des Ergebnisses der Bemühungen um eine einvernehmliche Regelung).<sup>199</sup> Doch auch aus einer späten - beziehungsweise nach der Interpretation von Unique zu späten - negativen Reaktion der Wettbewerbsbehörden könnte Unique nichts für sich ableiten: Denn selbst die vorübergehende Duldung eines rechtswidrigen Zustandes - welche hier nicht vorlag - würde die Behörde grundsätzlich nicht an der späteren Behebung dieses Zustandes hindern. Ein Vertrauenstatbestand, der der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ganz oder teilweise entgegensteht, wird durch behördliche Untätigkeit nur in Ausnahmefällen geschaffen.<sup>200</sup> Da das Verhalten von Unique zu keiner Zeit geduldet wurde, sondern es Gründe für die nicht sofortige Eröffnung eines Sanktionsverfahrens gab, ist vorliegend kein solcher Ausnahmefall gegeben. Selbst wenn zu Unrecht von einer vorübergehenden Duldung ausgegangen würde, so hätte sie nur kurze Zeit gedauert, was nach der Rechtsprechung einer Durchsetzung der Rechtmässigkeit nicht entgegenstehen würde.<sup>201</sup>

#### cc.3 Unrichtige behördliche Auskunft

210. Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, hat auch das 2. Angebot an Sprenger und AP nicht den

<sup>194</sup> Unique selbst hatte ein Interesse daran, dass das Sanktionsverfahren nicht bereits vor Abschluss des Beschwerdeverfahrens und vor den Verhandlungen bezüglich einer einvernehmlichen Regelung eröffnet wurde.

<sup>195</sup> Vgl. dazu DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 53 N 16.

<sup>196</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden oben Rz. 202 und unten Rz. 212 und Rz. 224.

<sup>197</sup> Dazu und zum Folgenden eingehend HÄFELIN/MÜLLER (zit. in Fn. 40), Rz. 626 ff.

<sup>198</sup> In der zweiten Stellungnahme teilt Unique nun die Auffassung der Wettbewerbsbehörden, dass vorliegend weder die Duldung eines rechtswidrigen Zustands noch eine unrichtige behördliche Auskunft vorliegt.

<sup>199</sup> Darin liegt das in der Stellungnahme von Unique gerügte längere "Schweigen" des Sekretariats begründet; vgl. Rz. 205.

<sup>200</sup> Vgl. etwa BGE 122 I 57 ff., 61, sowie BEATRICE WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBL 2002, S. 281 ff., S. 301 f., und HÄFELIN/MÜLLER (zit. in Fn. 40), Rz. 652 ff., je mit Beispielen.

<sup>201</sup> Die wenigen Fälle, in denen die Beteiligten in der Praxis ausnahmsweise im Vertrauen geschützt wurden, sind ganz anders gelagert: Das BGER gesteht Vertrauensschutz nur zu, wenn der rechtswidrige "Zustand *während sehr langer Zeit* hingenommen worden ist und die Verletzung öffentlicher Interessen nicht schwer wiegt" (vgl. HÄFELIN/MÜLLER [zit. in Fn. 40], Rz. 653 m.Nw., Hervorhebung hinzugefügt).

Auflagen der Verfügung der Weko entsprochen.<sup>202</sup> Unique macht jedoch geltend, durch das Schweigen des Sekretariats habe Unique darauf vertrauen dürfen, dass das 2. Angebot genügend sei.

211. Um berechtigtes Vertrauen bei Unique zu begründen, müsste es sich beim Schweigen des Sekretariats um eine "unrichtige behördliche Auskunft" handeln. Eine solche würde nur Vertrauen begründen, wenn gewisse Voraussetzungen kumulativ erfüllt wären.<sup>203</sup> Zunächst muss die erteilte Auskunft geeignet sein zur Begründung von Vertrauen, insbesondere muss die Auskunft inhaltlich genügend bestimmt sein. Weiter muss die auskunftserteilende Behörde zur Auskunftserteilung zuständig gewesen sein. Die Auskunft muss vorbehaltlos erteilt worden sein, die Unrichtigkeit der Auskunft darf nicht erkennbar sein, der Adressat muss im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine nachteilige Disposition getroffen haben und der Sachverhalt darf sich nicht geändert haben. Schliesslich muss der Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft gegenüber dem öffentlichen Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegen.

212. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt: Zunächst ist zu bemerken, dass das blosses Schweigen einer Behörde - wie es vorliegend den Wettbewerbsbehörden bezüglich des 2. Angebots von Unique vorgeworfen wird - grundsätzlich keine "behördliche Auskunft" darstellt. Schweigen, das heisst das Unterlassen einer Auskunft, wäre höchstens dann einer Auskunft gleichzustellen, wenn im vorliegenden Fall einerseits eine Pflicht zur Auskunft bestanden hätte und man andererseits aus dem Stillschweigen auf eine Zustimmung schliessen dürfte.

213. Beides ist hier nicht der Fall: Denn die Wettbewerbsbehörden trifft keine gesetzliche Pflicht, Unique von sich aus informell mit irgendwelchen Verdächtigungen zu konfrontieren oder auf die mögliche Nichterfüllung der Unique in der Verfügung auferlegten Pflichten aufmerksam zu machen.<sup>204</sup> Vielmehr liegt es in der Verantwortung von Unique, die gesetzlich beziehungsweise behördlich auferlegten Pflichten zu beachten beziehungsweise bei möglichen Verstössen das Risiko abzuschätzen und entweder das Verhalten anzupassen oder gegebenenfalls die Konsequenzen zu tragen.

214. Auch eine allfällige zusätzliche "Warnung" oder "Mahnung" des Sekretariats an Unique, bei fortwährendem Verstoss gegen die Verfügung werde ein Sanktionsverfahren eröffnet, ist weder gesetzlich vorgesehen noch sachlich notwendig: Denn die Missachtung einer Verfügung der Weko ist nach Artikel 50 KG *ex lege* sanktionierbar. Insofern hat die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 1. Dezember 2003 (betr. Sanktionsmöglichkeit bei Widerhandlungen) nur deklaratorischen Charakter, da sich die Sanktionierbarkeit der Dispositiv-Ziffern 1-3 "ohne weiteres aus Artikel 50 KG ergibt und nicht von einer schriftlich verfügten Androhung abhängt".<sup>205</sup> Umso mehr erübrigen sich nachträgliche "Mahnungen" des Sekretariats.

215. Selbst wenn eine Pflicht zur erneuten Reaktion des Sekretariats bestanden hätte, könnte Unique im vorliegenden Fall daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, da Unique das Sekretariat erst *nach* dem Ablauf der Frist über das 2. Angebot in Kenntnis gesetzt hatte: Weil Unique zum Zeitpunkt des Fristablaufs am 19. Dezember 2003 um 12.00 Uhr kein genügendes Angebot unterbreitet hatte, war der Tatbestand von Artikel 50 KG bereits erfüllt, und zwar unabhängig davon, wann genau die Behörden das feststellen.<sup>206</sup>

216. Das Sekretariat hat Unique im vorliegenden Fall aufgrund einer unverbindlichen *prima vista*-Beurteilung darauf hingewiesen, dass das 1. Angebot an AP (überhaupt kein Vermieten von Flughafeninfrastruktur) und an Sprenger (zu weit entfernt gelegenes Parkhaus 6) die Verfügung verletzen dürfte.<sup>207</sup> Aus dem Umstand, dass das Sekretariat bezüglich der 1. Angebote seine Bedenken in allgemeiner, informeller Weise kundgetan hat, lässt sich aus den folgenden Gründen nicht ableiten, dass es dies auch nach der zweiten Angebotsrunde hätte tun müssen beziehungsweise dass Unique das Schweigen gutgläubig als Zustimmung hätte auffassen dürfen.

217. Unique macht geltend, der Vizedirektor des Sekretariats der Weko habe Unique telefonisch "in Aussicht gestellt", dass das Sekretariat "am 31. Dezember 2003 überprüfen werde", ob die überarbeiteten Angebote genügend seien. Diese Aussage wird von Unique erstmals in der Stellungnahme vom 21. September 2005<sup>208</sup> vorgebracht. In der zweiten Stellungnahme vom 21. November 2005 will Unique den Inhalt des Gesprächs mit der Vorlage einer internen E-Mail vom 19. Dezember 2003 belegen. Nach dieser E-Mail hat der Rechtsvertreter von Unique dem Generalsekretär von Unique unter Berufung auf das erwähnte Telefonat mit dem Sekretariat der Weko geschrieben, das Sekretariat werde "am 31. Dezember 2003 überprüfen [...], ob die Voraussetzungen geschaffen sind, dass die Beschwerdegegnerinnen ihre Parking-Angebote auf dem Flughafen ab 1. Januar 2004 erbringen können".

218. Im Sekretariat existiert keine Notiz über das geltend gemachte Telefongespräch. Nach der Erinnerung des zuständigen Vizedirektors des Sekretariats wurde dem Rechtsvertreter weder ein fixes Datum

<sup>202</sup> Vgl. oben Rz. 129 ff.

<sup>203</sup> Dazu und zum Folgenden statt aller BGE 129 I 161 ff., 170 E. 4.1, und HÄFELIN/MÜLLER (zit. in Fn. 40), Rz. 668 ff. mit Beispielen und w.Hw.

<sup>204</sup> So auch Stellungnahme von [...].

<sup>205</sup> Vgl. zum Ganzen den Entscheid REKO/WEF vom 9.6.2005 (FB/2003-4), Erw. 6.2.6., S. 53, sowie bereits oben Rz. 90.

<sup>206</sup> Vgl. schon oben Rz. 202 und Rz. 206 und unten Rz. 224. Der Zeitpunkt der Feststellung des Verstosses gegen Art. 50 KG würde höchstens im Rahmen der Verfolgungsverjährung eine Rolle spielen, welche hier jedoch nicht zur Diskussion steht.

<sup>207</sup> Vgl. dazu oben Rz. 6.

<sup>208</sup> Unique belegt die Aussage mit einer Aktennotiz, die erst 19 Monate nach dem entsprechenden Telefongespräch (wohl in den USA) erstellt wurde - angeblich auf damaligen Notizen basierend, die Unique jedoch nicht vorlegt.

Einer Überprüfung genannt noch eine Rückmeldung in Aussicht gestellt. Dass Unique nicht zugesichert wurde, sie würde ohne das Risiko einer Sanktionierung erneut die Möglichkeit zur Nachbesserung ihrer Angebote erhalten, geht zumindest indirekt aus der von Unique vorgelegten E-Mail ihres Rechtsvertreters hervor: Sollte Unique mit dem 2. Angebot die Voraussetzungen dafür, dass die Beschwerdegegnerinnen ihre Parking-Angebote auf dem Flughafen ab 1. Januar 2004 erbringen können, nicht geschaffen haben, "werde [laut dem Vizedirektor des Sekretariats] ein Sanktionsverfahren eröffnet". Davon, dass das Sekretariat Unique eine zusätzliche Nachfrist mit sanktionshemmender Wirkung zum Einreichen eines dritten, verbesserten Angebots versprochen hätte, ist nirgends die Rede.

219. Selbst wenn das Sekretariat die Überprüfung des 2. Angebots und eine Rückmeldung in Aussicht gestellt hätte, musste sich der Rechtsvertreter von Unique bewusst sein, dass nicht die Beurteilung des Vizedirektors des Sekretariats, sondern diejenige der Weko massgebend sein würde. Wäre Unique in guten Treuen davon ausgegangen - wozu sie allerdings keinen Anlass hatte -, ihr Vorgehen gegenüber Sprenger und AP würde um den Jahreswechsel 2003/2004 vom Sekretariat geprüft, dann wäre sie gehalten gewesen, das Ergebnis der Prüfung förmlich zu erfragen. Da sie dies nicht tat,<sup>209</sup> nahm sie ohne weiteres ein Ungenügen der Angebote in Kauf.

220. Das Sekretariat hatte Unique bereits am 17. Dezember 2003 unmissverständlich mitgeteilt, weshalb es das 1. Angebot des abseits gelegenen Parkhauses 6 an Sprenger als unzureichend erachtete.<sup>210</sup> Es konnte Unique nicht entgangen sein, dass das Parkhaus 6, welches in der ersten Angebotsrunde vom Sekretariat als ungenügend bezeichnet worden war, dies auch in der zweiten Angebotsrunde noch so sein musste, dies umso mehr, als es nunmehr AP angeboten wurde, welche zuvor über einen besseren Standort verfügt hatte als Sprenger. Unique durfte somit nicht in guten Treuen erwarten, dass das Sekretariat noch einmal von sich aus genau dieselben Vorbehalte anbringt, die Unique schon kannte.<sup>211</sup>

221. Zudem hat der Vizedirektor des Sekretariats dem Rechtsvertreter von Unique bereits am 19. Dezember 2003 seine grundsätzlichen Bedenken bezüglich des 2. Angebots an AP mitgeteilt.<sup>212</sup> Unique war sich schon damals bewusst, dass ihr 2. Angebot an AP auf Widerspruch stossen dürfte. In der erwähnten E-Mail vom 19. Dezember 2003 hält der Rechtsvertreter von Unique fest: "Wir werden nun die Reaktionen von Sprenger und AP abwarten müssen. Sprenger sollte jedenfalls insbesondere Bereitschaft zeigen [...]. **AP dürfte von Unique verlangen, dass ihr die Benützung der Vorfahrt für den Umschlag der Fahrzeuge ermöglicht wird**". Hätte Unique in Kenntnis der Bedenken des Sekretariats und trotz eigener Zweifel und trotz Protest von AP eine zusätzliche Antwort des Sekretariats erwartet, so hätte Unique auch von sich aus beim Sekretariat nachfragen können, was aber nie geschehen ist. Weil Unique nicht gutgläubig ist, kann sie auch nicht im Vertrauen geschützt sein.<sup>213</sup>

222. Bezüglich Sprenger war die Situation zum Zeitpunkt des 2. Angebots weniger eindeutig, da das 2. Angebot (Parkhaus 3) zumindest vom Standort her aufgrund einer prima vista-Beurteilung objektiv besser erschien als das 1. Angebot (Parkhaus 6) und es letztlich erst die konkrete Umsetzung zeigen sollte, ob dieses Angebot die Anforderungen der Verfügung erfüllte oder nicht. Zum Zeitpunkt der Vorlage dieses 2. Angebots war es dem Sekretariat noch nicht möglich, vor der Durchführung von Untersuchungshandlungen festzuhalten, ob das Angebot genügt oder nicht. Inwiefern dieses tatsächlich genügt, hängt von der konkreten Umsetzung ab. Diese ist im vorliegenden Sanktionsverfahren Gegenstand der Untersuchung gewesen.<sup>214</sup> Aus dem Schweigen des Sekretariats kann Unique deshalb auch hinsichtlich Sprenger nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dem Umstand, dass das 2. Angebot hinsichtlich Standort grundsätzlich genügte, aber nicht bezüglich Büro- und Schalterinfrastruktur, Beschilderung und Beschriftung etc., wird bei der Bemessung der Sanktion Rechnung getragen.<sup>215</sup>

223. Schliesslich ist zu beachten, dass es laut Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung vom 1. Dezember 2003 genügt hätte, wenn Unique eine Vereinbarung mit Sprenger und AP hätte vorweisen können. Wenn auch die Zustimmung von Sprenger und AP zu den Angeboten von Unique für die Erfüllung der Auflagen genügt hätte, heisst das umgekehrt noch nicht, dass die ausbleibende Zustimmung die Verletzung des Dispositivs beweisen würde.<sup>216</sup> Hingegen stellt die Tatsache, dass sowohl Sprenger als auch AP die 2. Angebote von Unique umgehend unter Protest zurückgewiesen haben,<sup>217</sup> nur - aber immerhin - ein Indiz dafür dar, dass auch die 2. Angebote nicht unumstritten waren und sich Unique somit nicht auf guten Glauben berufen kann.

<sup>209</sup> In der Korrespondenz mit dem Sekretariat in der fraglichen Zeit im Winter 2003/2004 erwähnte Unique mit keinem Wort die angeblick für den 31. Dezember 2003 in Aussicht gestellte Überprüfung.

<sup>210</sup> Vgl. dazu oben Rz. 103.

<sup>211</sup> So aber Unique.

<sup>212</sup> Vgl. die E-Mail des Rechtsvertreters von Unique an den Generalsekretär von Unique vom 19.12.2003: "Betreffend AP hat der Vizedirektor des Sekretariats gefordert, dass alle möglichen provisorischen Lösungen geprüft werden, **die es AP ermöglichen, Valet-Parking auf der Vorfahrt anzubieten**. Wenn es jedoch keine gibt, die vor dem 1. Januar 2004 realisiert werden kann (z.B. weil ein Baubewilligungsverfahren deutlich länger dauert), sind die Voraussetzungen für ein Sanktionsverfahren nicht gegeben. Auch das sieht [der Vizedirektor] grundsätzlich ein, obschon er offenbar Mühe hat zu verstehen, dass nicht irgendeine vorübergehende Lösung gefunden werden kann (er hat z.B. das Aufstellen eines Zelts als denkbare Möglichkeit erwähnt" (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>213</sup> Statt aller HÄFELIN/MÜLLER (zit. in F. 40), Rz. 682.

<sup>214</sup> Vgl. ausführlich oben Rz. 157 ff.

<sup>215</sup> Vgl. unten Rz. 259 f.

<sup>216</sup> I.d.S. auch die Stellungnahme von Unique.

<sup>217</sup> Vgl. oben Rz. 9 f. sowie Rz. 143 und Rz. 158.

224. Die im Dispositiv verfügte Verpflichtung von Unique, dem Sekretariat der Weko eine "Kopie" der Angebote zu übermitteln, diene der Kontrolle, ob und wann Unique die Angebote gemacht hat, sowie der ordnungsgemässen Führung des Dossiers.<sup>218</sup> Unique konnte jedoch daraus nicht ableiten, dass sie jedes Mal nach dem Einreichen eines ungenügenden Angebots so lange geschützt war, bis ihr die Wettbewerbsbehörden wiederum mitgeteilt haben, das Angebot genüge nicht. Andernfalls wäre Unique niemals sanktionierbar, da sie nach einer abschlägigen (aber rechtsfolgelosen) Antwort der Behörden immer wieder ein neues (ungenügendes) Angebot hätte einreichen und ohne Risiko die negative Antwort der Behörden hätte abwarten können. Nach Ablauf der gesetzten Frist hat jedoch Unique das Risiko zu tragen, dass das betreffende Angebot von den Wettbewerbsbehörden - nach einer eingehenden Prüfung in einem Verfahren - für ungenügend qualifiziert wird. Im vorliegenden Fall ist die von den Behörden gesetzte Frist am 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003 abgelaufen, ohne dass Unique genügende Angebote unterbreitet hätte. Spätestens mit Ablauf der "Nachfrist" am 19. Dezember 2003 um 12.00 Uhr war somit der Stichtag verstrichen. Zu diesem Zeitpunkt hat Unique Sprenger und AP kein genügendes Angebot unterbreitet. Das Schweigen des Sekretariats auf die Kopie der Angebote, die ihm Unique erst nach Ablauf der Frist zugestellt hat, steht somit in keinem Zusammenhang mit der zum fraglichen Zeitpunkt bereits vorliegenden Erfüllung des Tatbestands von Artikel 50 KG.

225. Schliesslich geht das Argument von Unique, das Sekretariat hätte bereits im Januar 2004 ein Sanktionsverfahren einleiten "oder Unique zumindest mit seinem Verdacht des Verstosses konfrontieren müssen", an der Sache vorbei. Wie bereits erwähnt, war es im vorliegenden Verfahren sachgerecht, vor der Eröffnung eines Sanktionsverfahrens die Entscheidung der REKO/WEF über die vorsorglichen Massnahmen abzuwarten.<sup>219</sup> Auch Unique macht nicht geltend, dass sie im Falle einer erneuten Reaktion des Sekretariats einen Anspruch auf eine erneute Nachfrist zur Nachbesserung der ungenügenden Angebote, das heisst zum Einreichen von dritten, verbesserten Angeboten, gehabt hätte.<sup>220</sup> Der Tatbestand von Artikel 50 KG wäre so oder so erfüllt gewesen. Von "der zentralen Wichtigkeit dieser Aussage" des Sekretariats anlässlich des Telefons vom 19. Dezember 2003 kann somit nicht die Rede sein.

226. Zusammenfassend ist das Schweigen des Sekretariats auf die ihm nach Ablauf der Frist übermittelten Kopien der Angebote nicht als "Auskunft" zu qualifizieren, welche geeignet wäre zur Begründung von Vertrauen bei Unique. Zudem konnte Unique unter den gegebenen Umständen nicht gutgläubig sein. Aus diesen Gründen erübrigt es sich, die oben genannten, weiteren kumulativen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes in eine unrichtige behördliche Auskunft zu prüfen.<sup>221</sup>

#### *cc.4 Widersprüchliches Verhalten*

227. Als dritte und letzte Fallgruppe des Vertrauensschutzes steht vorliegend "widersprüchliches Verhalten"

zur Diskussion: Unique wirft dem Sekretariat vor, sein Verhalten sei widersprüchlich gewesen. Zur Begründung dieses Vorwurfs verweist Unique wiederum auf das Telefongespräch mit dem Sekretariat.<sup>222</sup>

228. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens im Verwaltungsrecht besagt, dass Behörden "nicht einen einmal in einer bestimmten Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund wechseln" dürfen.<sup>223</sup> Oben wurde bereits dargelegt, dass Unique aus den angeblichen telefonischen Aussagen des Sekretariats im vorliegenden Fall nichts für sich ableiten kann.<sup>224</sup> Unabhängig davon, ob das Sekretariat Unique um den Jahreswechsel 2003/2004 mitgeteilt hat, ob ein Verstoss gegen Artikel 50 KG vorliegt, hat der nach Artikel 50 KG sanktionierbare Verstoss bereits seit dem 19. Dezember 2003 vorgelegen. Unbestritten ist, dass das Sekretariat die Angebote von Unique niemals positiv beziehungsweise zustimmend beurteilt hat und auch bei den Verhandlungen um eine einvernehmliche Regelung im Sommer 2004 daran festgehalten hat, dass Unique AP einen Standort auf der inneren Vorfahrt und Sprenger ein eigenes Büro zur Verfügung stellt. Es ist somit nicht ersichtlich und wird von Unique auch nicht näher ausgeführt, in welchem Bereich genau die Wettbewerbsbehörden ihren Standpunkt ohne sachlichen Grund gewechselt haben sollen, so dass Unique in ihrem guten Glauben verletzt worden wäre. Der Vorwurf von Unique ist unbegründet.

#### *cc.5 Schlussfolgerung*

229. Von einem berechtigten Vertrauen beziehungsweise guten Glauben von Unique einerseits und einem widersprüchlichen beziehungsweise treuwidrigen Verhalten des Sekretariats andererseits<sup>225</sup> kann somit nicht gesprochen werden.

#### *4.7 Ergebnis*

230. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Unique aus den genannten Gründen mit ihren Angeboten die ihr gemäss Ziffer 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 auferlegten Pflichten nicht erfüllt hat. Eine Vereinbarung im Sinne von Ziffer 3 des Dispositivs hat Unique weder mit AP noch mit Sprenger abgeschlossen. Unique hat somit zu ihrem Vorteil gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstossen und hat damit den Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt.

#### *5. Verwaltungssanktion*

231. Rechtsfolge einer Verletzung von Artikel 50 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten

<sup>218</sup> Unique selber spricht von einer "Orientierungskopie".

<sup>219</sup> Vgl. oben Rz. 204.

<sup>220</sup> Vgl. oben Rz. 218.

<sup>221</sup> Vgl. Rz. 211.

<sup>222</sup> Vgl. oben Rz. 217 ff.

<sup>223</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER (zit. in Fn. 40), Rz. 707.

<sup>224</sup> Oben Rz. 217 ff.

<sup>225</sup> Vgl. Stellungnahmen von Unique.

drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes, wobei bei der Bemessung des Betrages der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 50 KG). Neben den Begriffen "Verwaltungssanktion" und "Belastung" werden in der Lehre und Rechtsprechung auch die Begriffe, "Verwaltungsmassnahmen" und "Verwaltungsbusse" verwendet.<sup>226</sup>

### 5.1 Anwendbares Recht

232. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass im Rahmen der KG-Revision 2003 und der Einführung der Direktsanktion in Artikel 49a Absatz 1 KG auch ein Teilbereich der Formulierung von Artikel 50 KG revidiert und per 1. April 2004 in Kraft gesetzt wurde: Während die alte Fassung von Artikel 50 KG (aArt. 50 KG) vorsah, dass die Sanktion primär an der "dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns" bemessen wird, so wird das Unternehmen nach dem revidierten Artikel 50 KG "mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet", wobei bei der Bemessung des Betrages der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

233. Sofern man im vorliegenden Verfahren davon ausgeht, dass die allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien und Prinzipien des Strafrechts auch Berücksichtigung finden müssen,<sup>227</sup> obwohl - zumindest formell - "nur" eine Verwaltungssanktion zur Diskussion steht, so gilt es unter anderem auch das Rückwirkungsverbot zu beachten.

234. Das *Verbot der Rückwirkung* strafrechtlicher Gesetze bezieht sich dabei nicht nur auf die Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern grundsätzlich auch auf die Straffolgen.<sup>228</sup> Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob für die Bemessung der konkreten Sanktion auf die alte oder auf die revidierte Fassung von Artikel 50 KG abzustellen ist.

235. Vorweg ist zu präzisieren, dass mit der Revision von Artikel 50 KG nur ein Teilbereich der Rechtsfolge geändert wurde, nämlich die Vorgehensweise bei der Bemessung der Sanktion.

236. Unique hat den Verstoss gegen die Verfügung der Weko noch unter der alten Fassung von Artikel 50 KG begonnen. Der ihr unter Strafandrohung auferlegten Verpflichtung, "für die Dauer des Verfahrens" Sprenger und AP "Flughafeneinrichtungen [...] zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen", ist Unique bis heute nicht (vollständig) nachgekommen. Unique hat mit anderen Worten den Verstoss gegen die rechtskräftige Verfügung über den 1. April 2004 hinaus bis in die Gegenwart weitergeführt und hat somit den - durch die Revision unveränderten - Tatbestand von Artikel 50 KG sowohl vor als auch nach dem 1. April 2004 erfüllt. Somit ist grundsätzlich ein Sanktionsbetrag für das Verhalten von Unique vor dem 1. April 2004 und zusätzlich ein Sanktionsbetrag für das Verhalten nach diesem Termin auszuscheiden.

237. Da ein bis heute andauerndes pflichtwidriges Verhalten beziehungsweise faktisch ein "Dauerdelikt" von Unique vorliegt, ist für dasjenige Verhalten von Unique *nach dem 1. April 2004* ausschliesslich die Rechtsfolge des revidierten Artikels 50 KG massgebend<sup>229</sup> - und zwar unabhängig davon, ob das neue Recht strenger oder milder ist als das alte. Eine Rückwirkungsproblematik ist insoweit nicht gegeben.

238. Fraglich ist hingegen, nach welchem Recht das Verhalten von Unique *vor dem 1. April 2004* zu beurteilen ist. Für die Zeitspanne nach der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 *bis am 1. April 2004* gilt grundsätzlich das Rückwirkungsverbot: Der revidierte Artikel 50 KG war damals noch nicht in Kraft und darf somit auf diese Zeitspanne grundsätzlich auch nicht angewendet werden. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass das neue Recht milder ist als das alte Recht (lex mitior).<sup>230</sup> Um für diese Zeitspanne vor dem 1. April 2004 herauszufinden, welches Recht das mildere ist, ist im vorliegenden Fall grundsätzlich die Höhe der Sanktion sowohl nach neuem Recht<sup>231</sup> als auch nach dem altem Recht<sup>232</sup> separat zu berechnen und zu vergleichen.

### 5.2 Sanktionsbemessung

#### a) Einleitung und gesetzliche Grundlagen

239. Wie bereits erwähnt, wird das fehlbare Unternehmen mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei bei der Bemessung des Betrages der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 50 KG). Im Folgenden ist zu prüfen, anhand welcher Kriterien die effektive Höhe des Betrages der Verwaltungssanktion zu bemessen ist.

240. Zunächst ist als Grundsatz festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der Weko steht.<sup>233</sup> Eingeschränkt wird das Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.<sup>234</sup> Im Sinne der

<sup>226</sup> Vgl. REKO/WEF, RPW 1998/3, S. 474 f.; ZÄCH (zit. in Fn. 17), Rz. 1138; ZÄCH/WICKY (zit. in Fn. 180), S. 589 m.w.Nw., und DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 11.

<sup>227</sup> Dazu oben Rz. 40 ff.

<sup>228</sup> Vgl. oben Rz. 46.

<sup>229</sup> So sinngemäss auch der Grundsatz in Art. 2 Abs. 1 StGB: "Nach diesem Gesetz wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder ein Vergehen verübt".

<sup>230</sup> In diesem Sinne Art. 2 Abs. 2 StGB: "Hat jemand ein Verbrechen oder ein Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes verübt, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist".

<sup>231</sup> Dazu sogleich Rz. 231 ff.

<sup>232</sup> Vgl. dazu unten Rz. 278 ff.

<sup>233</sup> Dazu und zum Folgenden DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 15. Aus dem rechtsvergleichenden Hinweis, dass die Kommission nach EU-Recht Geldbussen verhängen "kann", aber nicht muss (so Stellungnahme von Unique, kann Unique nichts für sich ableiten, da der vorliegend relevante Art. 50 KG nicht als "kann"-Vorschrift ausgestaltet ist (vgl. auch unten Rz. 284).

<sup>234</sup> So auch Stellungnahme von Unique.

General- und Spezialprävention sollte die Höhe der Sanktion für gleiche oder ähnliche Fälle abschreckenden Charakter haben.<sup>235</sup>

241. Die KG-Sanktionsverordnung (SVKG)<sup>236</sup> regelt an sich nur die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Artikel 49a Absatz 1 KG (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Dennoch erscheint es aus sachlichen Gründen angezeigt, auch für die Sanktionsbemessung nach Artikel 50 KG einzelne in Artikel 2-7 SVKG vorgesehene Bemessungsgrundsätze mutatis mutandis beziehungsweise per analogiam herbeizuziehen, zumal die Formulierung von Artikel 50 KG bei der Revision dem neuen Artikel 49a Absatz 1 KG angepasst worden ist.<sup>237</sup> Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.<sup>238</sup>

242. Die effektive Höhe des Betrages wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz nach den konkreten Umständen bemessen.<sup>239</sup> Die Literatur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission,<sup>240</sup> wobei zu beachten ist, dass die neue KG-Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist.<sup>241</sup> Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Begebenheiten.

243. Auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in ihrer Entscheid in Sachen Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc. teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird.<sup>242</sup> Obwohl der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG), können die Ausführungen der REKO/WEF zur Bemessung der Verwaltungssanktion analog beigezogen werden. Die REKO/WEF hat insbesondere die folgenden Kriterien ausdrücklich erwähnt:<sup>243</sup> Die Bemessung der Verwaltungssanktion muss der Gesamtheit der Umstände angepasst werden, wobei dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine spezielle Bedeutung zukommt. Zudem können die Grösse und die wirtschaftliche Macht des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden.

244. Die Wirksamkeit der Sanktionen hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab.<sup>244</sup> Sanktionen sollen für ein Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten. Die REKO/WEF hat in der genannten Sache Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc. angedeutet,<sup>245</sup> dass es der Weko frei stehe, die Höhe der Sanktionen anzuheben, um den vom Gesetzgeber beabsichtigten abschreckenden Charakter einer Sanktion zu erhöhen.

245. Dabei ist jedoch gemäss Artikel 2 Absatz 2 SVKG stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

246. Aus diesen Gründen wird somit im Folgenden gemäss Artikel 50 KG zunächst die im vorliegenden Fall mögliche Maximalsanktion bestimmt, die Unique auferlegt werden kann. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Artikel 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, die Dauer und Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien nach SVKG angemessen zu berücksichtigen. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen rein mathematischen, naturwissenschaftlich exakten Vorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

### b) Maximalsanktion

247. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Artikel 50 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen.<sup>246</sup> Artikel 4 und 5 VKU<sup>247</sup> finden analoge Anwendung.<sup>248</sup>

<sup>235</sup> DUCREY (zit. in F. 17), Art. 50 N 15; MOREILLON (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 17, und BILGER (zit. in Fn. 17), S. 92; vgl. auch Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 153: "Die Sanktionen sollen für die Unternehmen spürbar sein".

<sup>236</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG), SR 251.5.

<sup>237</sup> So ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 22), Art. 50 N 2, und wohl auch BORER (zit. in Fn. 23), Art. 50 N 8 i.V.m. Art. 49a N 14 ff. Nach Unique kann diese Frage offen gelassen werden. Im vorliegenden Fall wirkt sich die analoge Anwendung der SVKG zu Gunsten von Unique aus, da auf den Umsatz auf den relevanten Märkten anstatt auf den Gesamtumsatz abgestellt wird (vgl. Art. 3 SVKG und Art. 50 KG sowie unten Rz. 284).

<sup>238</sup> Dazu und zum Folgenden eingehend die "Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)" des Sekretariats der Weko (im Folgenden zit.: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der Weko (<<http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf>>, besucht am 7.7.2005).

<sup>239</sup> Vgl. schon Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 154.

<sup>240</sup> Vgl. MOREILLON (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 15. Die europäische Praxis ergibt sich insb. aus Art. 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962 L 13/204 ff. (ersetzt durch Art. 23 Abs. 2 der Verfahrensverordnung Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1 ff.). Beigezogen werden können zudem die durch die Rechtsprechung beeinflussten Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen (Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der EWR-Wettbewerbsregeln ABl. 2003 C 10/16 vom 16.1.2003, S. 16 f. und Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Artikel 65 Absatz 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. 1998 C 9/3 ff. vom 14.1.1998, 3 ff.).

<sup>241</sup> Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 1.

<sup>242</sup> Entscheid REKO/WEF vom 7.3.2002 i.S. "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff.

<sup>243</sup> RPW 2002/2, S. 400 ff. Erw. 4.

<sup>244</sup> Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 153.

<sup>245</sup> Siehe oben Rz. 243.

<sup>246</sup> Vgl. Botschaft 2003 (zit. in F. 179), BBl 2002, S. 2022 ff., insb. 2037.

<sup>247</sup> Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU), SR 251.4.

<sup>248</sup> DUCREY (zit. in F. 17), Art. 50 N 12.



248. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a VKU ist der Umsatz der Tochterunternehmen der Flughafen Zürich AG (APT Airport Technologies AG, Unique Betriebssysteme AG und Unique Airports Worldwide AG) in die Berechnung des relevanten Umsatzes miteinzubeziehen. Der Unternehmensumsatz nach Artikel 50 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Artikel 5 Absatz 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsberichten 2002, 2003 und 2004 der Flughafen Zürich AG sowie gemäss Angaben von Unique betrug der Gesamtumsatz im Jahr 2004 CHF 637,3 Mio., im Jahr 2003 CHF 561,6 Mio. und im Jahr 2002 CHF 527,6 Mio. Dieser Umsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten der Konzerngesellschaften fast ausschliesslich in der Schweiz tätig. Abzüglich des im Ausland generierten Umsatzes erwirtschaftete Unique im Jahr 2004 CHF 625,51 Mio., im Jahr 2003 CHF 552,54 Mio. und im Jahr 2002 CHF 521,82 Mio. Umsatz. Der Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren beträgt somit CHF 1,70 Mia. Die Maximalsanktion im Sinne von Artikel 50 KG beläuft sich folglich im vorliegenden Verfahren auf CHF 170 Mio.

### c) *Konkrete Sanktionsbemessung nach neuem Recht*

249. Nach dem revidierten Artikel 50 KG ist bei der Bemessung des konkreten Betrags der Sanktion der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Die per analogiam heranzuziehende KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

#### aa) *Basisbetrag*

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

#### aa.1 *Obergrenze des Basisbetrags gestützt auf den Umsatz*

251. In der Verfügung vom 1. Dezember 2003 (vorsorgliche Massnahmen) wurde der relevante Markt vorläufig definiert als "Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für 'off Airport'-Parking für Flugpassagiere".<sup>249</sup> Die Umsätze auf diesem Markt in den letzten drei Geschäftsjahren berechnen sich grundsätzlich durch eine Addition derjenigen Umsätze, welche Unique als Anbieterin von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking mit den Nachfragern dieser Infrastruktur (d.h. Sprenger und AP) erzielt hat.<sup>250</sup>

252. Als Besonderheit ist zu berücksichtigen, dass Unique AP per Mitte 2003 die bisherigen Verträge gekündigt und Bewilligungen entzogen hat, weshalb AP seither unabhängig von Unique einen Park-and-ride-

Service von ausserhalb des Flughafens aus anbietet. Somit besteht praktisch kein Umsatz zwischen Unique und AP von Mitte 2003 bis Ende 2004.<sup>251</sup> Dass im Fall der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG der Umsatz auf dem relevanten Markt im Extremfall auf Null zurückgeht, liegt in der Natur der Sache. Es wäre stossend, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Basisbetrag der Sanktion dadurch senken könnte, dass es sich so missbräuchlich wie möglich verhält, indem es möglichst lange sämtliche Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten verweigert. Mit anderen Worten darf es Unique nicht zum Vorteil gereichen, dass es Unique gelungen ist, das Vertragsverhältnis mit AP bereits per Mitte 2003 aufzulösen und somit den Umsatz mit AP seither auf Null zu drücken.<sup>252</sup> Für die Berechnung der Umsätze mit AP in der "Umsatzlücke" von Mitte 2003 bis Ende 2004 (18 Monate) wird deshalb - in Anlehnung an Artikel 4 Absatz 2 VKU - auf den Durchschnitt der erfassten 18 Monate (Zeitraum Januar 2002 bis Juni 2003) abgestützt.

253. Auf dem relevanten Markt hat Unique mit den beiden Nachfragern Sprenger und AP in den letzten drei Geschäftsjahren die in der folgenden Tabelle aufgeführten effektiven (nicht hochgerechneten) Jahresumsätze erzielt. Das Sekretariat hat zur Berechnung der Basissanktion neben den Angaben von Unique auch die Angaben und Buchhaltungsbelege von Sprenger und AP beigezogen. Die zur Berechnung verwendeten Zahlen entsprechen denjenigen Geldbeträgen, die von Sprenger und AP an Unique bezahlt wurden, das heisst insbesondere Umsatzabgaben sowie Mietzins für Infrastruktur (Parkplätze, Schalter etc.).<sup>253</sup>

<sup>249</sup> Verfügung vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 115, Rz. 42.

<sup>250</sup> Eingehend dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 2 f.

<sup>251</sup> Die Gebühr von [...] pro Jahr, welche AP Unique für die Bewilligung zur Benützung der inneren Vorfahrt für den Shuttlebus bezahlen muss, ist in diesem Zusammenhang vernachlässigbar.

<sup>252</sup> Anders die Stellungnahme von Unique, wo aktenwidrig ausgeführt wird, AP habe "sich aus eigenem Antrieb dazu entschlossen", den Standort am Flughafen per Mitte 2003 aufzugeben; vgl. dazu schon oben Rz. 112.

<sup>253</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Eingaben (und Nachträge) von Unique, Sprenger und AP bezüglich Umsatz/Gewinn. Unique hat mit AP und Sprenger insb. Umsatz gemacht in den Bereichen Umschlagparkplätze und Büros/Schalter am Flughafen, off airport-Parkflächen, Umsatzabgaben sowie Nebenkosten. Von den erzielten Umsätzen ist die Mehrwertsteuer abzuziehen (Art. 4 Abs. 1 VKU analog). Die von Unique gemeldeten Umsatzzahlen sind teilweise tiefer, was Unique in ihren Stellungnahmen kritisiert.

<i>Nachfrager</i> <i>Jahr</i>	<i>Sprenger</i>	<i>AP</i>	<i>Total</i>
2002	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	bis 30.6.: [...] ab 1.7.: 0 <sup>254</sup>	[...]
2004	[...]	0 <sup>255</sup>	[...]
<i>Total</i>	[...]	[...]	[...]

254. Insgesamt errechnet sich somit ein effektiver Umsatz von [...], den Unique in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Rechnet man den Umsatz von AP für die nahezu umsatzlosen letzten 18 Monate hoch, so ergibt das einen massgebenden Umsatz von Unique von CHF 3'384'000.-.

255. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Artikel 3 SVKG zehn Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit CHF 338'400.-.

#### *aa.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses*

256. Gemäss Artikel 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.<sup>256</sup> Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss von Unique zu qualifizieren ist.

257. Wie eingehend dargelegt wurde, hat Unique gegen eine rechtskräftige Verfügung verstossen, welche ihrerseits die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG betrifft. Im vorliegenden Sanktionsverfahren massgebend ist die Frage, ob der Verstoss gegen die Verfügung vom 1. Dezember 2003 als schwerwiegend zu betrachten ist.<sup>257</sup> Diesbezüglich ist eine Unterscheidung zwischen AP und Sprenger zu treffen:

258. Unique hat **AP** zwar zwei Angebote gemacht, welche jedoch beide von den Wettbewerbsbehörden als nicht den Anforderungen des Dispositivs genügend qualifiziert wurden. Das Verhalten von Unique gegenüber AP kann somit nicht als leichter Verstoss qualifiziert werden.

259. Positiver zu bewerten ist das Verhalten von Unique gegenüber **Sprenger**.<sup>258</sup> Das 1. Angebot hat zwar den Anforderungen des Dispositivs noch nicht genügt, hingegen hat das 2. Angebot von Unique wenigstens in einzelnen Bereichen Vergleichbarkeit erreicht. Zunächst ist zwar festzuhalten, dass Sprenger am neuen Standort im Parkhaus 3 - vor allem in der Anfangsphase (1. Quartal 2004) - erhebliche Schwierigkeiten hatte und auch heute noch hat: So hat sich Unique zum Beispiel beim Umzug von Sprenger an

den neuen Standort bezüglich Problematik des Umzugs, der Beschilderung und Beschriftung sowie der fehlenden Büro-/Schalterinfrastruktur nur wenig konstruktiv verhalten. Der von Unique angebotene neue Standort hingegen ist von der Lage her wohl dem alten ebenbürtig. Da das 2. Angebot an Sprenger als Gesamtpaket betrachtet zwar nicht vollständig, aber doch teilweise vergleichbar mit den vorherigen Konditionen sein dürfte, ist bezüglich Sprenger von einem **leichteren Verstoss** gegen die Verfügung der Weko auszugehen.

260. Der Verstoss gegen einzelne Teile der Verfügung stellt eine weniger schwerwiegende Verletzung des Wettbewerbs dar als die Missachtung aller Elemente der Verfügung.<sup>259</sup> Wenn man berücksichtigt, dass Unique im Dispositiv der Verfügung zwei Verpflichtungen auferlegt wurden - nämlich einerseits AP und andererseits Sprenger ein entsprechendes Angebot zu machen -, so kann man zusammenfassend feststellen: in Bezug auf AP hat Unique ihre Pflicht nicht erfüllt, in Bezug auf Sprenger hat Unique ihre Pflicht zu zwei Dritteln erfüllt. Daraus folgt, dass Unique per Saldo einen Drittel ihrer Pflicht erfüllt hat und zwei Drittel nicht.

261. Somit rechtfertigt sich in Bezug auf das Kriterium der Art und Schwere des Verstosses eine **Reduktion der Sanktion um einen Drittel**.

#### *aa.3 Fazit*

262. Aufgrund der Berücksichtigung der Schwere des Verstosses wird der Basisbetrag im vorliegenden Fall auf zwei Drittel der Obergrenze von 10% festgesetzt. Der Basisbetrag beträgt somit 6,667% des Umsatzes, den Unique in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat; das heisst CHF 225'600.-.

#### *bb) Dauer des Verstosses*

263. Gemäss Artikel 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich.<sup>260</sup>

264. Die rechtskräftige Verfügung der Weko, gegen welche Unique verstossen hat, datiert vom 1. Dezember 2003. Sie wurde Unique am 4. Dezember 2003 eröffnet und verpflichtete Unique, Sprenger und AP spätestens am 12. Dezember 2003 ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Artikel 50 KG in der geltenden Fassung sowie die KG-Sanktionsverordnung

<sup>254</sup> Vgl. Rz. 252 und Rz. 254.

<sup>255</sup> Vgl. Rz. 252 und Rz. 254.

<sup>256</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 2 f.

<sup>257</sup> Nicht relevant ist hingegen, ob die Verfügung vom 1. Dezember 2003 eine schwerwiegende Verletzung des Missbrauchsverbots von Art. 7 KG festgestellt und untersagt hat; i.d.S. auch ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 22), Art. 50 N 3; z.T. abweichend ZURKINDEN (zit. in Fn. 17), S. 521.

<sup>258</sup> Vgl. zum Ganzen oben Rz. 162 ff.

<sup>259</sup> ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 22), Art. 50 N 4.

<sup>260</sup> Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 3.

sind jedoch erst am 1. April 2004 in Kraft getreten. Derjenige Teil des Wettbewerbsverstosses, der *nach dem 1. April 2004* stattgefunden hat, hat im vorliegenden Fall mehr als ein Jahr, aber weniger als zwei Jahre gedauert. Obwohl Artikel 4 SVKG der Weko somit für eine Verstossdauer von einem bis fünf Jahren einen grossen Ermessensspielraum von 0%-50% Sanktionszuschlag zugesteht, indizieren der letzte Satzteil der Norm sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 2 Abs. 2 SVKG) doch auch im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10% pro Jahr.<sup>261</sup> Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion für die 1½-jährige Dauer des Verstosses vom 1. April 2004 bis zum vorliegenden Entscheid der Weko vom 5. Dezember 2005 um 10% anzuheben.

265. Für den vorliegenden Fall von besonderem Interesse ist die Frage, was der Einfluss auf die Sanktionsbemessung ist, wenn nun zusätzlich auch die Zeitdauer des Verstosses vom 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003<sup>262</sup> bis zum 31. März 2004 berücksichtigt wird, das heisst die Zeit vor Inkrafttreten des revidierten Artikels 50 KG: Auch wenn man diese vier Monate in die Berechnung miteinbezieht, hat die Gesamtdauer des Wettbewerbsverstosses immer noch weniger als zwei Jahre betragen. Folglich bleibt es auch bei der Berücksichtigung der gesamten Dauer des Verstosses bei der Erhöhung der Sanktion um 10%.

266. Fazit: Die Dauer des KG-Verstosses hat einen direkten Einfluss auf die Berechnung der Sanktionshöhe. Artikel 4 SVKG legt es für den vorliegenden Fall nahe, den Sanktionsbetrag im Jahresrhythmus um jeweils 10% zu erhöhen. Somit ist es vorliegend unbedeutend, ob man für die Dauer des Verstosses nur die Zeit vom 1. April 2004 bis zum Entscheid der Weko rechnet (d.h. ca. 20 Monate) oder ob man die gesamte Zeitdauer vom 12. Dezember 2003 bis zum Entscheid berücksichtigt (d.h. total ca. 23 Monate): In beiden Fällen beträgt die relevante Zeitdauer mehr als ein, aber weniger als zwei Jahre und führt zu derselben **Erhöhung des Basisbetrags um 10%**.

### cc) *Erschwerende und mildernde Umstände*

267. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Artikel 5 und Artikel 6 SVKG zu berücksichtigen, insbesondere auch der durch den KG-Verstoss erzielte Gewinn.

#### cc.1 *Mutmasslicher Gewinn*

268. Im Folgenden gilt es zu prüfen, welche Rolle dem mutmasslichen Gewinn, den Unique durch die Verletzung der Verfügung erzielt hat, nach dem neuen Kartellgesetz zukommt.

269. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der "Normalgewinn" bereits im Basisbetrag enthalten ist. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b SVKG Rechnung zu tragen.<sup>263</sup> In Fällen, in denen den Wettbewerbsbehörden eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders

hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden.<sup>264</sup> Damit sich der Verstoss gegen Artikel 50 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

270. Die Konstruktion der vom alten Kartellgesetz (Art. 50 KG) geforderten Kausalität zwischen Verstoss und dem dadurch erzielten Gewinn war aus verschiedenen Gründen mit diversen Unschärfefaktoren behaftet. Sofern eine exakte Feststellung des Gewinns nicht durchführbar war, blieb nichts anderes übrig, als behelfsmässig auf eine hinreichend substantiierte Schätzung des Gewinns abzustellen oder letztlich auf Umsatzzahlen auszuweichen.

271. Dieser Problematik Rechnung tragend macht die Botschaft zum KG 2003 deutlich, dass die Effizienz der direkten Sanktionsmöglichkeit nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden darf, weil sie sonst die angestrebte Abschreckungs- und Präventionswirkung nicht entfalten könne.<sup>265</sup> Diese Überlegung lässt sich auch auf die indirekte Sanktionsmöglichkeit nach Artikel 50 KG übertragen: Wie die Botschaft klarstellt, hatte die bisherige Anknüpfung an den unrechtmässigen Gewinn in Artikel 50 KG zu Beweisschwierigkeiten geführt. Zu deren Vermeidung sehen nun sowohl der neue Artikel 49a Absatz 1 KG als auch der entsprechend revidierte Artikel 50 KG "als objektives, leicht eruiertes Berechnungskriterium" primär Bruchteile des Jahresumsatzes anstelle des mutmasslichen Gewinnes vor.<sup>266</sup>

272. Folglich ist bei der Bemessung des vorliegenden Sanktionsbetrages der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, zwar "angemessen zu berücksichtigen", er stellt jedoch nur eines von verschiedenen Bemessungskriterien dar. Letztlich sollte der Sanktionsbetrag nicht tiefer sein als der berechnete oder geschätzte mutmassliche Gewinn.

273. Im vorliegenden Fall ergeben sich bei der Berechnung des mutmasslichen Gewinnes gewisse Schwierigkeiten:

<sup>261</sup> A.M. bzw. unklar HOFFET/NEFF (zit. in Fn. 184), S. 130, nach welchen eine Dauer von einem bis zu fünf Jahren "mit einer Straferhöhung um 50 %" zu ahnden ist (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>262</sup> Unique war nicht erst am 25.6.2004 zum Umsetzen der verfügten Massnahmen verpflichtet (so aber wohl die Stellungnahme von Unique), sondern bereits am 12. bzw. 19.12.2003; letztlich spielt dies jedoch keine Rolle (vgl. schon oben Rz. 66 ff.).

<sup>263</sup> Dazu und zum Folgenden Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 1, 2 und 4.

<sup>264</sup> Schon die Botschaft 1994 hat festgehalten, dass eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns "regelmässig die untere Grenze der Sanktion" bilden soll; vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 154, und DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 14.

<sup>265</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden die Botschaft 2003 (zit. in Fn. 179), S. 2037 f.

<sup>266</sup> Botschaft 2003 (zit. in Fn. 179), S. 2037 mit dem Hinweis, dass die neue Regelung einfacher zu handhaben sei.

- Der effektive, mutmassliche Gewinn, den Unique durch ihr unzulässiges Verhalten erzielt hat, entspricht jenem Gewinn, den Unique durch den allfälligen Kundenwechsel von AP und Sprenger zu Unique und Europcar erlangte. Somit erzielte Unique den mutmasslichen Gewinn auf einem benachbarten Markt im Vergleich zu jenem Markt, der den vorsorglichen Massnahmen vom 1. Dezember 2003 zugrunde liegt. Ein Gewinn von Unique auf einem benachbarten Markt könnte bedeuten, dass die Parkmöglichkeiten bei Unique und Europcar zumindest teilweise mit jenen von Sprenger und AP substituierbar sein könnten. Die Frage der teilweisen Substituierbarkeit und somit letztlich der Marktdefinition ist Gegenstand des Untersuchungsverfahrens, nicht aber des vorliegenden, an das Verfahren um den Erlass von vorsorglichen Massnahmen anknüpfenden Sanktionsverfahrens.
- Im Weiteren existiert eine Reihe von Informationen, die für die Berechnung des mutmasslichen Gewinns vorliegen müssten,<sup>267</sup> nicht in aufbereiteter Form, so dass der Beschaffungsaufwand dieser Informationen entsprechend hoch wäre. Beispielsweise ist die Betriebsbuchhaltung der Flughafen Zürich AG nicht darauf ausgelegt, das Parkinggeschäft als eigenständiges Profitcenter zu führen, so dass der Gewinn für den Bereich Parking nicht beziehungsweise nur mit beträchtlichem Aufwand oder mittels alternativen Schätzungen verfügbar ist.

274. Der mutmassliche Gewinn könnte im vorliegenden Fall nur mit Schwierigkeiten berechnet oder geschätzt werden. Da der erzielte "Normalgewinn" - wie gesagt - bereits im Sanktions-Basisbetrag enthalten ist und keine Indizien für einen darüber hinausgehenden, besonders hohen Gewinn vorliegen, wird vorliegend von der (straferhöhenden) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinnes, den Unique durch die Verletzung der Verfügung erzielt hat, abgesehen.

#### *cc.2 Weitere erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG)*

275. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Artikel 5 und Artikel 6 SVKG zu berücksichtigen.<sup>268</sup>

276. Artikel 5 SVKG sieht vor, dass der Basisbetrag beim Vorliegen erschwerender Umstände erhöht wird, insbesondere wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat oder mit einem Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist, oder wenn das Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchungen sonst wie zu behindern. Nach Artikel 6 SVKG kann der Basisbetrag beim Vorliegen mildernder Umstände vermindert werden, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen der Wettbewerbsbehörden, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26-30 KG beendet.

277. Ein wiederholter KG-Verstoss, Verweigerung der Kooperation oder Behinderung des Verfahrens kann Unique nicht vorgeworfen werden; weitere erschwe-

rende Umstände sind nicht ersichtlich (Art. 5 SVKG). Umgekehrt kommt vorliegend auch der Milderungsgrund von Artikel 6 Absatz 1 SVKG nicht zur Anwendung, da Unique ihr Verhalten nicht beendet hat, bevor ein Verfahren nach Artikel 26-30 beziehungsweise 50 KG eröffnet worden ist. Auch andere mildernde Umstände liegen nicht vor.

#### *d) Konkrete Sanktionsbemessung nach altem Recht*

278. Vor der KG-Revision 2003 wurde ein Unternehmen gemäss Artikel 50 KG mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns belastet. Untere Grenze der Sanktion bildete dabei eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns.<sup>269</sup>

279. Die alte Version von Artikel 50 KG ist insofern von Bedeutung, als für die Zeitdauer des Verstosses vor dem 1. April 2004 aufgrund des Rückwirkungsverbots grundsätzlich das alte Recht anwendbar ist. Somit müsste vorliegend für die Zeitdauer des Verstosses vom 12. beziehungsweise 19. Dezember 2003 bis am 31. März 2004 berechnet werden, wie hoch die Sanktion nach altem Recht ausgefallen wäre. Die neue Sanktionsbemessungsmethode nach dem revidierten Artikel 50 KG in Verbindung mit der analog angewendeten KG-Sanktionsverordnung ist hingegen dann massgebend, wenn sie zu einer tieferen Sanktion führt (lex mitior).

280. Wie oben bereits dargelegt wurde,<sup>270</sup> führt die Addition der Zeitdauer vor dem 1. April 2004 (3 Monate) zur Zeitdauer nach dem 1. April 2004 (ca. 20 Monate) nicht zu einer zusätzlichen Erhöhung der Sanktion über die sowieso vorzunehmende Erhöhung von 10% hinaus, da sich die Zeitdauer so und anders im Bereich von mehr als einem, aber weniger als zwei Jahren bewegt.

281. Da die Mitberücksichtigung der Zeit vor Inkrafttreten von Artikel 50 KG aufgrund der Umstände im vorliegenden Fall nicht zu einer Erhöhung der Sanktion führt, kann darauf verzichtet werden, separat die Sanktionshöhe für den Zeitraum vor dem 1. April 2004 nach altem Recht genau zu bestimmen und mit der Berechnung nach neuem Recht zu vergleichen: Denn milder als der Zuschlag von null Prozent nach neuem Recht kann auch das alte Recht nicht sein.

<sup>267</sup> Für die Berechnung des mutmasslichen Gewinns müssten z.B. Informationen vorliegen, welche die Berechnung zum einen der Anzahl Fahrzeuge, die nicht mehr bei AP und Sprenger, sondern bei Unique und Europcar parkiert wurden, und zum anderen der entsprechenden Gewinnveränderung, die Unique im betrachteten Zeitraum durch die zusätzlich bei Unique und Europcar parkierten Fahrzeuge erzielt, erlauben. Dabei müssten unterschiedliche Gewinnmargen etwa von Kurz- gegenüber von Langparkierern sowie der Einfluss von exogenen Faktoren auf die Anzahl parkierter Fahrzeuge berücksichtigt werden.

<sup>268</sup> Zum Ganzen Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 238), S. 4 ff.

<sup>269</sup> Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 18), S. 154, und DUCREY (zit. in Fn. 17), Art. 50 N 14.

<sup>270</sup> Vgl. Rz. 265 f.

### 5.3 Zusammenfassung

282. Aufgrund der Modifikation von Artikel 50 KG per 1. April 2004 ist die Sanktion im vorliegenden Fall für den Zeitraum vor und nach dem 1. April 2004 gesondert zu berechnen. Für die Zeit nach dem 1. April 2004 ist zwingend das neue Recht massgebend. Für die Zeit zuvor wäre aufgrund des Rückwirkungsverbots an sich das alte Recht anwendbar. Da jedoch die Anwendung

des neuen Rechts auf diese Zeitspanne im vorliegenden Fall zu keiner zusätzlichen Erhöhung der Sanktion führt, ist das neue Recht als *lex mitior* zu betrachten.

283. Somit wird der Verstoss von Unique gegen Artikel 50 KG einheitlich nach der revidierten Fassung von Artikel 50 in Verbindung mit der KG-Sanktionsverordnung beurteilt. Die Sanktion berechnet sich wie folgt (Beträge in CHF):

Maximalhöhe der Sanktion (Art. 50 KG):		169'986'800.-
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG):		338'400.-
Berücksichtigung der Schwere (Art. 3 SVKG):	- 33,33%	- 112'800.-
Basisbetrag (Art. 3 SVKG):		= 225'600.-
Dauer (Art. 4 SVKG):	+ 10%	+ 22'560.-
mutmasslicher Gewinn (Art. 50 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG):	+/- 0%	
erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	+/- 0%	
<b>Total (gerundet):</b>		<b>248'000.-</b>

284. Unique fordert, selbst bei Vorliegen eines Verstosses gegen Artikel 50 KG wäre vorliegend aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit von einer Sanktion abzusehen; es sei auch aufgrund fehlenden Sorgfaltsmangels beziehungsweise fehlender Zuwiderhandlung gegen die Verfügung oder mangels negativer Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse auf eine Sanktion zu verzichten oder höchstens ein symbolischer Betrag als Sanktion festzusetzen.<sup>271</sup>

285. Sofern der Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt ist, darf die Weko nicht von einer Sanktionierung absehen, da Artikel 50 KG nicht als "kann"-Vorschrift ausgestaltet ist.<sup>272</sup> Daran ändert auch der Hinweis von Unique nichts, wonach gemäss Praxis der REKO/WEF auch gar keine Sanktion verhängt werden kann, wenn kein Sorgfaltsmangel vorliegt: Da es sich nach der Auffassung von Unique beim Nachweis eines Sorgfaltsmangels um ein notwendiges Tatbestandselement von Artikel 50 KG handelt, führt das Fehlen eines Sorgfaltsmangels ohne weiteres dazu, dass keine Sanktion verhängt werden *darf*. Aus welchem Grund im umgekehrten Fall - wie vorliegend bei Bestehen eines Sorgfaltsmangels - auf eine Sanktionierung verzichtet werden *kann*, lässt sich daraus nicht ableiten.

286. Aufgrund der Tatsache, dass der relevante Markt vorliegend nur einen relativ kleinen Teil des gesamten Tätigkeitsfeldes von Unique betrifft, resultiert aus dem vorliegenden Verstoss gegen Artikel 50 KG eine Verwaltungssanktion von CHF 248'000.-, was *nicht einmal 0,15%* des Betrages entspricht, der nach Artikel 50 KG maximal gegen Unique verhängt werden

könnte. Von einer unverhältnismässig hohen Belastung von Unique kann somit nicht die Rede sein.<sup>273</sup>

### 6. Ergebnis

287. Dadurch, dass Unique Sprenger und AP keine genügenden Angebote gemäss Ziffer 1 in Verbindung mit Ziffer 2 des Dispositivs der rechtskräftigen Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 gemacht hat beziehungsweise dem Sekretariat der Weko keine Vereinbarungen im Sinne von Ziffer 3 der genannten Verfügung unterbreitet hat, hat Unique gegen die genannten Ziffern des Dispositivs der Verfügung verstossen und damit den Tatbestand von Artikel 50 KG erfüllt.

288. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten strafehöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Weko eine Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF 248'000.- als dem Verstoss von Unique gegen Artikel 50 KG angemessen.

<sup>271</sup> Vgl. dazu auch schon die Ausführungen oben in Rz. 197 ff., Rz. 93 ff. und Rz. 122.

<sup>272</sup> Vgl. schon oben Fn. 233.

<sup>273</sup> Daran vermögen auch die Hinweise in der Stellungnahme von Unique auf einzelne konkrete Fälle des EU-Rechts und des deutschen Rechts nichts zu ändern.

### **C Kosten**

289. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Im Verwaltungsanktionsverfahren nach Artikel 49a ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn den Verfügungsadressaten sanktionierbares Verhalten nachgewiesen wird. Im vorliegenden Fall konnte Unique ein Verstoss nach Artikel 50 KG nachgewiesen werden, weshalb Unique die gesamten Verfahrenskosten zu tragen hat.

290. Da das Sanktionsverfahren erst nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung eröffnet worden ist, gilt nach Artikel 4 Absatz 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals<sup>274</sup> bestimmt. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

291. Die für das vorliegende Sanktionsverfahren aufgewendete Zeit beläuft sich auf [...]. Die Gebühr für das vorliegende Sanktionsverfahren gemäss Artikel 50

KG gegen Unique betreffend Verstoss gegen eine behördliche Anordnung beträgt insgesamt [...]. Diese Kosten hat Unique zu tragen.

### **D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Flughafen Zürich AG (Unique) die ihr in den Ziffern 1-3 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 auferlegten Pflichten nicht erfüllt und somit diese Verfügung verletzt und damit gegen Artikel 50 KG verstossen hat.
2. Die Flughafen Zürich AG (Unique) wird gestützt auf Artikel 50 KG zur Zahlung einer Verwaltungsanktion von CHF 248'000.- verpflichtet. Dieser Betrag ist innerhalb einer Frist von 30 Tagen, gerechnet ab Eröffnung dieser Verfügung, mit dem beiliegenden Einzahlungsschein einzuzahlen.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

<sup>274</sup> Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120.- für Praktikanten, CHF 200.- für Mitarbeiter und CHF 250.- für Vorgesetzte.

B 2	<b>6. Empfehlungen</b> Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	<b>1. Wettbewerbsverzerrungen in der Nachführung der Amtlichen Vermessung</b>

*Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG*

*Recommandations; art. 45 al. 2 LCart*

*Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart*

*Empfehlung der Wettbewerbskommission gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden und der Eidgenössischen Vermessungsdirektion vom 23. Januar 2006 betreffend Wettbewerbsverzerrungen in der Nachführung der Amtlichen Vermessung*

#### **A Sachverhalt**

1. Gegenstand dieser Empfehlung sind die wettbewerbspolitische Beurteilung der unterschiedlichen kantonalen Organisationsformen der Nachführung der Amtlichen Vermessung und die daraus abzuleitenden Empfehlungen, welche den kantonalen Aufsichtsbehörden und der Eidgenössischen Vermessungsdirektion<sup>1</sup> im Sinne von Artikel 45 Absatz 2 Kartellgesetz (KG)<sup>2</sup> abgegeben werden sollen.

2. Bei den Wettbewerbsbehörden sind in letzter Zeit verschiedene Beschwerden und Anfragen von privaten Ingenieur- und Vermessungsbüros sowie Architekturbüros eingegangen, welche mögliche Wettbewerbsverzerrungen im Bereich der Amtlichen Vermessung betreffen. Abklärungen haben regelmässig ergeben, dass durch die Organisation der Nachführung der Amtlichen Vermessung in vielen Kantonen ein Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen besteht.

3. Festzuhalten ist vorab, dass die Organisation des Vermessungswesens in der Schweiz auf dem Subsidiaritätsprinzip basiert (vgl. Rz. 7 ff.). Dies hat zur Folge, dass die operative Durchführung der amtlichen Vermessung nicht in allen Kantonen einheitlich erfolgt. Die nachfolgenden Ausführungen widerspiegeln deshalb die Situation im Vermessungswesen möglicherweise nicht detailgetreu für jeden einzelnen Kanton, sondern sollten im Sinne einer übergeordneten Analyse der bestehenden Probleme verstanden werden.

#### **A.1 Organisation und Zweck der Amtlichen Vermessung**

4. Die Tätigkeit des Bundesamtes für Landestopografie (*swisstopo*) lässt sich in fünf Produktgruppen gliedern: Geodäsie, Amtliche Vermessung (AV), Topografie, Kartografie und KOGIS<sup>3</sup>. Die AV, eine gemeinsame Aufgabe von Bund, Kantonen und Gemeinden, wird durch die Eidgenössische Vermessungsdirektion - einem Bereich von *swisstopo* - geleitet.

5. Die AV beschreibt Lage, Form und Inhalt eines Grundstücks und dient zusammen mit dem Grundbuch der Eigentumssicherung sowie der Sicherung von Rechten und Pflichten über Grund und Boden. Zahlreiche Bereiche der Wirtschaft, Verwaltung sowie auch Private sind auf die Daten der AV angewiesen. Das Eigentum an Grundstücken wird anhand solcher Daten im Grundbuch eingetragen. Plant ein Architekturbüro den Bau oder die Gestaltung eines Gebäudes, benötigt es genaue Angaben über Grundstücksgrenzen, den Verlauf von Röhren und Leitungen und vieles mehr. Die erforderlichen Informationen finden sich im Grundbuch und in verschiedenen Plänen, wie dem Ortsplan, dem Zonenplan oder dem Leitungskatasterplan.

6. Bund und Kantone teilen sich die Aufgaben und die Finanzierung der AV, wobei verschiedene Kantone für die Finanzierung die Gemeinden beiziehen. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 BBAAV<sup>4</sup> trägt grundsätzlich der Verursacher die Kosten für die Nachführung der Daten.

7. Die AV zählt zu den so genannten Verbundaufgaben. Wie bei anderen Bundesaufgaben erlässt der Bund die gesetzlichen Vorschriften und überträgt den Vollzug (ganz oder teilweise) den Kantonen. Speziell an den Verbundaufgaben ist jedoch, dass sich der Bund an den Kosten des Vollzuges durch die Kantone beteiligt. Der Bund soll im Bereich von Verbundaufgaben nur die Grundsatzgesetzgebung (Subsidiaritätsprinzip) erlassen. Er lässt den Kantonen insbesondere einen weiten Handlungsspielraum hinsichtlich der Organisation des Vollzuges. Die Leistungserstellung durch die Kantone und die Beiträge des Bundes werden im Einzelnen in Programmvereinbarungen geregelt. Diese stützen sich auf den mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) neu geschaffenen Artikel 75a "Vermessung" der Bundesverfassung (BV).

<sup>1</sup> Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat des Weiteren auch das Bundesamt für Landestopografie (*swisstopo*) im Rahmen der Vernehmlassung zum Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeolG) auf die Probleme im Bereich der Nachführung der Amtlichen Vermessung aufmerksam gemacht und entsprechende Anregungen unterbreitet.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz; SR 251)

<sup>3</sup> Koordination der geografischen Information und geografischen Informationssysteme (KOGIS).

<sup>4</sup> Bundesbeschluss über die Abgeltung der amtlichen Vermessung vom 20. März 1992 (BBAAV; SR 211.432.27).

8. Dem Bund obliegt im Rahmen der Verbundaufgabe AV die strategische Führung, welche die Eidgenössische Vermessungsdirektion wahrnimmt. Diese beinhaltet im Einzelnen die Oberleitung und -aufsicht auf dem Gebiet der AV sowie den Erlass von Weisungen und Richtlinien. Des Weiteren ist die Eidgenössische Vermessungsdirektion für die Koordination zwischen der AV und anderen Vermessungsvorhaben des Bundes sowie für die Beratung der Bundesstellen bei der Beschaffung von Daten der AV zuständig.

9. Bei den Kantonen liegt die operative Durchführung der AV. Sie legen die kantonalen Realisierungskonzepte fest, planen und leiten die Arbeiten und bestimmen die kantonsspezifischen Ausführungsnormen. Sie prüfen die Arbeit der AV und genehmigen nach allfälliger Mängelbehebung das Vermessungswerk. Dadurch gilt dieses als öffentliche Urkunde. 21 Kantone haben eine eigene Vermessungsaufsicht, die diese Aufgaben wahrnimmt. Die fünf Kantone Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Glarus, Nidwalden und Obwalden sowie das Fürstentum Liechtenstein haben, gestützt auf Artikel 42 Absatz 2 VAV<sup>5</sup>, die operative Führung gegen Ersatz der Kosten an die Eidgenössische Vermessungsdirektion delegiert.

10. In grösseren Städten bestehen zudem Vermessungsämter, die für die AV ihrer Gemeinde zuständig sind. In allen anderen Fällen übernehmen private Ingenieur- und Vermessungsbüros diese Aufgaben. Diese stehen gemäss Artikel 44 VAV unter der Leitung eines patentierten Ingenieur-Geometers.<sup>6</sup> Schweizweit sind rund 270 private Ingenieur- und Vermessungsbüros mit dem Erheben, Verwalten und Nachführen der Daten der AV beauftragt.

### **A. 2 Rechtliche Grundlagen**

11. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen der AV auf Stufe des Bundes sind die folgenden Gesetze und Verordnungen:

- Bundesverfassung: Neuer Artikel 75a "Vermessung"; Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA; BBl 2003, S. 6591 ff.)
- ZGB: Artikel 942-943, 950, 954-955, 38-42 Schlusstitel
- Bundesbeschluss über die Abgeltung der amtlichen Vermessung vom 20. März 1992 (BBAAV)
- Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV)
- Technische Verordnung des VBS vom 10. Juni 1994 über die Amtliche Vermessung (TVAV)

### **A. 3 Nachführungsorganisation der Amtlichen Vermessung**

12. Wie erwähnt, liegt die operative Durchführung der AV bei den Kantonen, welche in der Organisation der AV weitgehend frei sind. Grundsätzlich können zwei Organisationsformen unterschieden werden, welche in der Schweiz von Relevanz sind: Entweder erfolgt die Nachführung und Datenabgabe der AV durch staatliche oder private Nachführungsgeometer.

13. Im ersten Fall wird die AV in erster Linie von einem staatlichen Nachführungsgeometer, das heisst einer vom Kanton oder der Gemeinde angestellten Person, übernommen, wobei sich die konkreten Aufgaben des Nachführungsgeometers von Kanton zu Kanton unterscheiden können. So sind die staatlichen Nachführungsgeometer in einigen Kantonen sowie in grösseren Städten oftmals gleichzeitig für die beiden Bereiche der Nachführung und der Abgabe der AV-Daten zuständig. In anderen Kantonen nehmen sie nur die Rolle der Datenverwaltung wahr, während Mutationen am Vermessungswerk von privaten patentierten Ingenieur-Geometern vorgenommen werden, welche vom Auftraggeber frei gewählt werden können. Die Daten der AV werden demnach in der Regel von einer staatlichen Institution verwaltet und abgegeben. Grafische- und halbgrafische Daten werden in einem Kanton auch von so genannten Aufbehalterungsgeometern verwaltet.

14. Im zweiten Fall wird das Nachführungsmandat an eine private Person, einen patentierten Ingenieur-Geometer, delegiert. Das Mandat beinhaltet nebst der eigentlichen Nachführung der Daten und Pläne in der Regel auch den Auftrag, die digitalen und analogen Daten zu verwalten, deren Qualität nachhaltig sicherzustellen, die Korrektheit der rechtskräftigen Daten zu gewährleisten, die Daten in digitaler oder analoger Form abzugeben, im Auftrag der Kantone Gebühren einzuziehen und die Daten nachvollziehbar zu archivieren.

15. Die Nachführungsgeometer sind in der Regel nebst dieser amtlichen Tätigkeit auch privatwirtschaftlich in Ingenieur- und Vermessungsbüros angestellt beziehungsweise oftmals Eigentümer dieser Unternehmen. Je nach Grösse des Kantons gilt das Mandat für das ganze Kantonsgebiet, für gewisse Regionen (so genannte Nachführungskreise) oder für Gemeinden. Die Zuständigkeit der Vergabe des Mandates des Nachführungsgeometers obliegt den Kantonen. Meist erfolgt die Vergabe durch den Regierungsrat oder die Gemeinden, teilweise auch über Submissionsverfahren, wobei die Vertragsdauer in der Regel ca. vier Jahre (oftmals mit stillschweigender Erneuerung) beträgt oder unbefristet ist. In der Praxis bedeutet dies, dass das Amt des Nachführungsgeometers eher selten seinen Inhaber wechselt und in vielen Fällen auch innerhalb der privaten Vermessungsbüros "vererbt" wird. Das heisst, wenn zum Beispiel der amtierende Nachführungsgeometer in Pension geht, wird das Mandat durch die vergebende Stelle oftmals dem firmeninternen Nachfolger übertragen.

<sup>5</sup> Verordnung vom 18. November 1992 über die amtliche Vermessung (VAV; SR 211.432.2).

<sup>6</sup> Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet.



16. Wie erwähnt, werden in diesem System die Daten der AV, sei dies in digitaler oder analoger Form, in der Regel beim Nachführungsgeometer verwaltet. Benötigt beispielsweise ein Architekt im Rahmen der Planung eines Projektes Daten der AV, muss er diese vom Nachführungsgeometer beziehungsweise dem Unternehmen, in dem dieser privatwirtschaftlich tätig ist, beziehen. In einigen Kantonen sind die AV-Daten jedoch gleichzeitig auch von den zuständigen kantonalen Behörden erhältlich.

17. Das System der privaten Nachführungsgeometer weist sicherlich einige positive Aspekte auf. So bewirkt die Überführung von hoheitlichen Aufgaben in den Verantwortungsbereich von Privaten eine Entlastung des Staates von Verwaltungsaufgaben. Der Staat kann durch die Delegation der AV an Private das "unternehmerische Risiko" vermeiden und in wenig besiedelten Regionen indirekt auf die Infrastruktur privater Vermessungs- und Ingenieurbüros zurückgreifen. Zudem bewirkt die Auslagerung der AV an private Nachführungsgeometer aufgrund der lokal angebotenen Beratung und der lokalen Datenabgabe eine gewisse Kundennähe. Auch wenn solche Argumente natürlich berechtigt sind, führt dieses System in der Praxis jedoch oftmals zu einer Vermischung von hoheitlichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der Nachführungsgeometer, welche Wettbewerbsverzer-

rungen bewirken kann. Die sich aus kartellrechtlicher Sicht ergebenden Probleme werden im nachfolgenden Abschnitt besprochen.

18. Nicht Bestandteil der Nachführungsmandate sind hingegen die AV-Bereiche der Vermarktungsarbeiten, der Ersterhebungen, der Erneuerungen und der provisorischen Nummerierungen. Gestützt auf Artikel 45 VAV hat die Vergabe dieser Arbeiten in der Regel auf dem Submissionsweg zu erfolgen.<sup>7</sup> Einzige Voraussetzung zur Ausübung dieser hoheitlichen Tätigkeit ist der Besitz eines Ingenieur-Geometer-Patents. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen folglich nur den Teilbereich der Nachführungsorganisation der AV.

19. Tabelle 1 gibt abschliessend einen vereinfachten Überblick über die verschiedenen kantonalen Systeme in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein. Auffallend ist, dass der Grossteil der Kantone die AV grundsätzlich privaten Nachführungsgeometern übertragen hat, auch wenn in den grösseren Städten diese Aufgabe oftmals von staatlichen Institutionen, den so genannten Stadtgeometern, übernommen wird. Staatlich geprägte Systeme sind vor allem, wenn auch nicht ausschliesslich, in der französischsprachigen Schweiz anzutreffen.

<i>Kanton</i>	<i>Priv. NG</i>	<i>Staatl. NG</i>
AG	✓	
AI	✓	
AR	✓	
BE	✓	[✓] <sup>a</sup>
BL	✓	✓
BS		✓
FR		✓
GE		✓
GL	✓	
GR	✓	[✓]
JU	✓	
LU	✓	[✓]
NE		✓
NW	✓	

<i>Kanton</i>	<i>Priv. NG</i>	<i>Staatl. NG</i>
OW	✓	
SG	✓	[✓]
SH		✓
SO	✓	
SZ	✓	
TG	✓	[✓]
TI	✓	
UR	✓	
VD		✓
VS	✓	
ZG	✓	[✓]
ZH	✓	[✓]
FL	✓	

**Tabelle 1**

<sup>a</sup> Das Symbol [✓] bedeutet, dass in den entsprechenden Kantonen für die grösseren Gemeinden/Städte ein Stadtgeometer für die AV verantwortlich ist.

<sup>7</sup> Nach Angabe von swisstopo wurden die für diese Arbeiten bis 1993 gültigen eidgenössischen Tarife abgeschafft und es wurde die so genannte Methodenfreiheit eingeführt.

## B Wettbewerbspolitische Beurteilung

### B.1 Vorbehaltene Vorschriften

20. Vorab muss festgehalten werden, dass im Bereich der AV vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen. Da die operative Durchführung der AV den Kantonen obliegt, regeln diese die Nachführung und den Unterhalt der AV-Daten in kantonalen Verordnungen. Auch die Gebührenerhebung für den Bezug von solchen Daten wird in Verordnungen festgelegt.

21. Exemplarisch seien hier die rechtlichen Grundlagen des Kantons Schwyz angeführt, welcher vom Sekretariat im Zusammenhang mit Beschwerden eines Ingenieur- und Vermessungsbüros verschiedene Male um Informationen gebeten wurde:

- Verordnung über die Amtliche Vermessung im Kanton Schwyz vom 6. März 1996 (KVAV)
- Verordnung über die Leistung und Abgeltung der Nachführungsgeometer vom 17. August 1999 (VLAN)
- Verordnung über die Benützung von Daten der Amtlichen Vermessung vom 17. August 1999 (BDVA)

22. Bestehen auf einem Markt vorbehaltene Vorschriften, können die Wettbewerbsbehörden allfällige unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen nicht im Rahmen von Artikel 26 ff. KG untersuchen. Jedoch besteht die Möglichkeit, eine Empfehlung nach Artikel 45 Absatz 2 KG vorzunehmen. Danach kann die Wettbewerbskommission den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften.

### B.2 Wettbewerbsverzerrungen

23. Das grundsätzliche Problem im Zusammenhang mit den privaten Nachführungsgeometern besteht darin, dass sie nebst ihrer amtlichen Tätigkeit auch privatwirtschaftlich in Ingenieur- und Vermessungsbüros tätig sind. Obwohl die Nachführung und Datenabgabe von den Kantonen an eine natürliche Person delegiert wird, ist es in der Praxis die Regel, dass die AV als eigentlicher Geschäftsbereich des Unternehmens betrachtet wird, in welcher der Nachführungsgeometer privatwirtschaftlich tätig ist. Dies äussert sich beispielsweise darin, dass auf den Homepages der entsprechenden Unternehmen die AV regelmässig als Geschäftsbereich aufgeführt wird. Auch scheint es verbreitet zu sein, dass Firmenlogos auf amtlichen Dokumenten auftauchen, wie zum Beispiel Rechnungen für die Datenabgabe, welche amtliche Verfügungen darstellen. Auch die Kantone verweisen oftmals auf ihren Homepages direkt auf das Unternehmen, in welchem der Nachführungsgeometer tätig ist. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass der amtliche Nachführungsgeometer in der Regel eng mit einem privaten Ingenieur- und Vermessungsbüro in Verbindung gebracht, wenn nicht sogar gleichgesetzt wird.

24. Auch operativ findet innerhalb dieser Unternehmen meistens keine Trennung zwischen amtlicher und

privatwirtschaftlicher Tätigkeit statt. So werden die digitalen AV-Daten auf den betriebsinternen Informationssystemen verwaltet und auch die analogen AV-Daten werden gemäss erteiltem Mandat im Hause verwaltet. Zudem scheinen auch keine Vorschriften zu bestehen, welche eine buchhalterische Trennung der amtlichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der Unternehmen der Nachführungsgeometer verlangen. So werden zum Beispiel die Rechnungen für den Bezug von AV-Daten meistens direkt über die Mehrwertsteuernummer der Unternehmen abgerechnet.

25. Diese Vermischung von amtlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit birgt das Potenzial von Wettbewerbsverzerrungen zulasten rein privatwirtschaftlich tätiger Ingenieur- und Vermessungsbüros. Grundsätzlich können folgende Problemkreise identifiziert werden, auch wenn sich die Situation aufgrund der unterschiedlichen kantonsspezifischen Ausführungsnormen nicht in allen Kantonen identisch präsentiert.

- **Informationsvorsprung:** Die Unternehmen der Nachführungsgeometer stellen regionale "Engpässe" dar, die alle Akteure, welche Daten der AV benötigen, passieren müssen. Dadurch sind die Unternehmen der Nachführungsgeometer über alle Bauvorhaben und sonstigen Projekte, welche die Dienstleistungen von Ingenieur- und Vermessungsbüros benötigen, in ihrer Region informiert. Dies zumeist vor der Konkurrenz, welche über solche Projekte oftmals erst über die amtlich publizierten Baugesuche erfährt. Des Weiteren kann auch davon ausgegangen werden, dass der frühe Kundenkontakt im Rahmen der Abgabe von AV-Daten den Unternehmen der Nachführungsgeometer einen Akquisitiovorteil verschafft. Dies sowohl auf der persönlichen Ebene, zum Beispiel im direkten Gespräch mit Bezüglern von AV-Daten, sowie auch durch die Kanalisierung der potenziellen Kunden auf die Homepage des eigenen Unternehmens. Dass dies nicht nur theoretische Befürchtungen sind, zeigt beispielsweise der Fall eines Unternehmens, welches auf seiner Homepage mit Slogans wie "**Bauvisiere vom Geometer - alles aus einer Hand**" oder "**Keine aufwändige Koordination mit verschiedenen Auftragsnehmern**" Werbung macht.

- **Diskriminierungspotenzial:** Offensichtlicherweise entsteht durch das Datenabgabemonopol der Nachführungsgeometer ein Potenzial für die Diskriminierung zwischen den verschiedenen Datenbezüglern. So ist es zum Beispiel denkbar, dass Kunden, welche nebst dem Datenbezug auch andere Dienstleistungen nachfragen, bevorzugt behandelt werden. Eine Diskriminierung kann insbesondere auch dann von Bedeutung sein, wenn beispielsweise die Datenlieferung an Konkurrenten verzögert erfolgt. Dies könnte es dem Unternehmen des Nachführungsgeometers unter Umständen ermöglichen, seine Offerte für ein bestimmtes Bauvorhaben/Projekt vor derjenigen der Konkurrenz einzureichen. Auch könnte sich eine solche Verhaltensweise auf die Qualität der Konkurrenzofferten auswirken, vor allem bei Offertenanfragen, welche unter Zeitdruck erstellt und eingereicht werden müssen. Konkrete Anhalts-

punkte für solche Diskriminierungen liegen dem Sekretariat zurzeit nicht vor, auch wenn sich zumindest ein Ingenieur- und Vermessungsbüro im Rahmen einer Beschwerde in dieser Richtung geäußert hat.

- **Kostenvorteile:** Die Tatsache, dass die Unternehmen der Nachführungsgeometer auf die Daten der AV betriebsintern Zugriff haben, verschafft ihnen einen gewissen Wettbewerbsvorteil. Grundsätzlich müssen diese Unternehmen zwar für bezogene AV-Daten wie jeder andere Datenbezügler auch die entsprechenden Gebühren entrichten. Es besteht aber die Gefahr, dass nur Daten deklariert werden, welche auch effektiv dem Kunden weiterverrechnet werden, nicht aber solche, welche eventuell im Rahmen von Vorbereitungsarbeiten, Abklärungen etc. verwendet wurden. Dies kann zu Kostenvorteilen gegenüber anderen Ingenieur- und Vermessungsbüros führen, welche über keinen direkten Zugriff auf die Daten der AV verfügen. Des Weiteren sind zur Ausübung der AV verschiedene moderne Vermessungsinstrumente sowie zeitgemässe Informatiksysteme notwendig, welche von den Nachführungsgeometern auch privatwirtschaftlich genutzt werden können und sich - zumindest teilweise - über die gesicherten und planbaren Einkünfte des AV-Mandates finanzieren und amortisieren lassen. Schliesslich ist es auch denkbar, dass für Projekte, welche die Anwesenheit des Nachführungsgeometers in seiner amtlichen Funktion erfordern, aufgrund von Mischrechnungen attraktivere Konditionen offeriert werden können, als dies der Konkurrenz möglich ist.

26. Inwiefern die angesprochenen Problemkreise generell oder möglicherweise auch nur in einzelnen Kantonen beziehungsweise Regionen effektiv zu signifikanten Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten der Unternehmen der Nachführungsgeometer führen, kann aufgrund der vorliegenden Informationen nicht für alle Kantone abgeschätzt werden. Die zunehmende Anzahl von Beschwerden von Datenbezüglern der AV deutet aber darauf hin, dass das Problem durchaus ernst zu nehmen ist. Im folgenden Abschnitt werden deshalb Lösungsansätze diskutiert, welche eine wettbewerbsneutralere Organisation der AV erlauben würden.

### B.3 Lösungsansätze

27. Das *System der staatlichen Nachführungsgeometer* (vgl. Rz. 13), auch wenn etwas kostenintensiver, ist weitgehend wettbewerbsneutral, da die Datenverwaltung und die -abgabe von einer staatlichen Stelle übernommen wird, während die privaten Nachführungsgeometer nur für die effektiven Nachführungsarbeiten am Vermessungswerk der AV verantwortlich sind. Werden Änderungen am Vermessungswerk aufgrund von privaten Projekten nötig, kann der Projektherr frei zwischen den patentierten Ingenieur-Geometern wählen. Dies fördert die Konkurrenz unter den Ingenieur- und Vermessungsbüros und verhindert die Erzielung von Renten aufgrund einer staatlich vergebenen Monopolstellung. Gemäss Auskunft der Eidgenössischen Vermessungsdirektion scheint sich jedoch aufgrund politischen Drucks in den

Kantonen ein Trend zur Abkehr von diesem staatlich geprägten System abzuzeichnen.

28. Auch im *System der privaten Nachführungsgeometer* lassen sich einige Massnahmen identifizieren, welche potenziellen Wettbewerbsverzerrungen vorbeugen: In erster Linie sollte allen Bezüglern von AV-Daten zumindest der gleiche Zugang zum Vermessungswerk eingeräumt werden wie den Unternehmen der Nachführungsgeometer. Meisten sehen zwar die kantonalen Verordnungen die Möglichkeit einer Abgabe von AV-Daten an so genannte Dauerbenützer vor, womit Datenbezügler gemeint sind, welche über einen gewissen Zeitraum eine relativ grosse Menge von Daten beziehen. Als solche Dauerbenützer kommen deshalb in der Regel nur grosse Unternehmen<sup>8</sup> in Frage, kaum jedoch ein Ingenieur- und Vermessungsbüro oder ein Architekt. Ein Dauerbenützungsvertrag beinhaltet zudem auch keinen direkten Zugriff - über entsprechende Informatikmittel - auch wenn die gesetzlichen Grundlagen dies oftmals nicht ausschliessen. Aufgrund der technischen Anforderungen (Sicherheit des Datenaustausches etc.) sind die Kosten für kleinere Unternehmen für einen direkten Zugriff aber zurzeit als prohibitiv zu bezeichnen. Störend ist in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, dass die Unternehmen der Nachführungsgeometer, welche de facto über einen direkten Zugriff auf die AV-Daten verfügen, keine solchen Verträge abzuschliessen brauchen. Die Sicherstellung eines direkten und finanzierbaren Zugriffs auf die Daten der AV für alle interessierten Akteure, zu gleichwertigen Konditionen wie für die Unternehmen der Nachführungsgeometer, wäre deshalb zu begrüssen.

29. Des Weiteren müsste auch eine strikte Entflechtung zwischen den amtlichen und den privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der Nachführungsgeometer erfolgen. Dies setzt vor allem einen neutralen Auftritt der Nachführungsgeometer in allen Bereichen voraus. So sollten beispielsweise auf amtlichen Dokumenten der AV keine Firmenlogos oder ähnliches erscheinen, die Homepages der Nachführungsgeometer - soweit vorhanden - möglichst weitgehend unabhängig von den privaten Unternehmen, in denen sie tätig sind, gestaltet werden, keine Werbung mit dem AV-Mandat betrieben werden etc. Entsprechend sollten auch die Kantone nur die Namen und Adressen der für die entsprechenden Nachführungsgebiete zuständigen Nachführungsgeometer publizieren, nicht jedoch auf Unternehmen verweisen, welche de facto nicht Inhaber des Nachführungsmandates sind. Empfehlenswert wäre auch eine finanzielle Entflechtung im Sinne einer buchhalterischen Trennung zwischen den amtlichen und den privatwirtschaftlichen Tätigkeiten. Damit könnte das Problem von Quersubventionierungen zwischen den beiden Tätigkeitsbereichen besser kontrolliert werden. Zudem würde damit eine Grundlage für eine periodische Überprüfung der geltenden Gebührentarife geschaffen.

<sup>8</sup> Im Kanton Zürich verfügen beispielsweise unter anderem die Swisscom, die SBB oder Cablecom über solche Dauerbenützungsverträge.

30. Ein sinnvoller Lösungsansatz würde allgemein darin bestehen, den "Engpass" des Nachführungsgeometers so weit wie möglich abzuschaffen und somit die damit verbundenen Informations- und Akquisitionsvorteile sowie das Diskriminierungspotenzial zu eliminieren beziehungsweise abzuschwächen. Dies könnte, wie zurzeit in einigen Kantonen projektiert und teilweise auch bereits umgesetzt, mittels eines Geodatenservers geschehen, auf welchen alle Datenbezüger - unter gewissen Auflagen - über das Internet Zugriff haben. Auch auf Stufe Bund ist im Übrigen vorgesehen, in den nächsten Jahren ein zentrales Geodatenportal für die digitalen Daten der AV einzurichten. Solche Geodatenserver würden idealerweise von einer staatlichen Stelle oder von einem Unternehmen, welches privatwirtschaftlich ansonsten nicht im Ingenieur- und Vermessungswesen tätig ist, betrieben. Die Rolle des Nachführungsgeometers beschränkt sich in einem solchen System hauptsächlich auf die effektive Nachführung und Verwaltung des Vermessungswerks.

31. Mit dieser Massnahme würden jedoch die möglichen Kostenvorteile aufgrund der betriebsinternen Verfügbarkeit der Daten der AV sowie des Nachführungsmandates im Allgemeinen nicht behoben. Dieses Problem könnte aber durch eine regelmässige Ausschreibung der Nachführungsverträge abgeschwächt werden, da die bisherige Praxis, diese Verträge freihändig, unbefristet oder mit stillschweigendem Verlängerungsmechanismus zu vergeben, dazu beiträgt, bestehende Wettbewerbsverzerrungen zu untermauern. Dabei wäre - auch im Sinne des revidierten Binnenmarktgesetzes (BGBM) - vermehrt auf eine überkantonale beziehungsweise -regionale Vergabe solcher Nachführungsverträge zu achten, sofern eine reibungslose Zusammenarbeit mit den lokal ansässigen Grundbuchämtern gewährleistet ist. Zwar beste-

hen in der Regel keine Vorschriften bezüglich des Domizils der Nachführungsgeometer in den kantonalen Verordnungen. Die Tendenz, solche Verträge regional zu vergeben, ist jedoch nicht zu übersehen. In jedem Fall wäre eine breit abgestützte Ausschreibung der Nachführungsverträge zu begrüssen.

### *C Empfehlung*

32. Die Vermischung von amtlicher und privatwirtschaftlicher Tätigkeit der Nachführungsgeometer in verschiedenen Kantonen birgt ein bedeutendes Potenzial für Wettbewerbsverzerrungen. Eine wettbewerbsneutralere Gestaltung der Organisation der AV in diesen Kantonen wäre zu begrüssen. Die Wettbewerbskommission empfiehlt den Kantonen im Sinne von Artikel 45 Absatz 2 KG die folgenden Massnahmen:

(1) Sicherstellung eines direkten und finanzierbaren Zugriffs auf die Daten der AV für alle interessierten Akteure zu gleichwertigen Konditionen wie für die Unternehmen der Nachführungsgeometer.

(2) Durchsetzung eines wettbewerbsneutralen Auftretens der Nachführungsgeometer und ihrer Unternehmen.

(3) Finanzielle Entflechtung der privatwirtschaftlichen und amtlichen Tätigkeiten der Nachführungsgeometer sowie regelmässige Überprüfung der geltenden Gebührentarife.

(4) Einrichtung von (kantonalen oder nationalen) Geodatenportalen.

(5) Regelmässige öffentliche Ausschreibung der Nachführungsverträge in Zeitabständen von ca. vier Jahren.

B 2.6	<b>2. Distorsions de la concurrence dans la mise à jour de la mensuration officielle</b>
-------	--

*Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG*

*Recommandations; art. 45 al. 2 LCart*

*Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart*

*Recommandation de la Commission de la concurrence selon l'article 45 alinéa 2 LCart à l'attention des autorités cantonales de surveillance et de la Direction fédérale des mensurations cadastrales du 23 janvier 2006 concernant des distorsions de la concurrence dans la mise à jour de la mensuration officielle.*

#### **A Etat de fait**

1. Cette recommandation concerne l'évaluation, du point de vue de la politique de la concurrence, des différentes formes d'organisation cantonales pour la mise à jour de la mensuration officielle. Elle est adressée aux autorités cantonales de surveillance et à la direction fédérale des mensurations cadastrales<sup>1</sup>, au sens de l'article 45 alinéa 2 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)<sup>2</sup>.

2. Ces derniers temps, les autorités de la concurrence ont reçu plusieurs plaintes et demandes de la part de bureaux d'ingénieurs et géomètres privés ainsi que de bureaux d'architectes concernant de possibles distorsions de la concurrence dans le domaine de la mensuration officielle. Les investigations faites ont régulièrement révélé qu'il existait, dans de nombreux cantons, un potentiel de distorsions de la concurrence dans l'organisation de la mise à jour de la mensuration officielle.

3. Avant tout, il faut retenir qu'en Suisse, l'organisation de l'ensemble des travaux géodésiques, topographiques et cartographiques se fonde sur le principe de subsidiarité (cf. ch. 7 ss). Cela signifie que l'exécution de la mensuration officielle diffère d'un canton à l'autre. C'est pour cette raison qu'il est possible que les explications suivantes ne reflètent pas de manière détaillée la situation propre à chacun des cantons; elles sont à considérer comme une analyse générale des problèmes existants.

#### **A.1 Organisation et but de la mensuration officielle**

4. L'activité de l'Office fédéral de topographie (swisstopo) peut être divisée en cinq groupes de prestations: la géodésie, la mensuration officielle (MO), la topographie, la cartographie et la COSIG<sup>3</sup>. La MO, qui incombe à la Confédération, aux cantons et aux communes, est gérée par la Direction fédérale des mensurations cadastrales, un domaine de swisstopo.

5. La MO décrit la situation, la forme et le contenu d'un terrain et sert avec le registre foncier aussi bien à délimiter la propriété qu'à protéger les droits et obligations sur la propriété foncière. De nombreux domaines de l'économie, aussi bien publique que privée, dépendent des données de la MO. La propriété d'un

terrain est enregistrée à l'aide de telles données au registre foncier. Si un bureau d'architecte envisage la construction ou la réalisation d'un bâtiment, il a notamment besoin d'indications précises sur les délimitations d'un terrain, le tracé des canalisations et du réseau électrique. Les informations nécessaires sont répertoriées au registre foncier et sur différentes cartes, tels que les plans de localité, les plans de zone et les cadastres des conduites.

6. La Confédération et les cantons se partagent les tâches et le financement de la MO, bien que certains cantons impliquent les communes dans le financement. Selon l'article 5 alinéa 1 AFIMO<sup>4</sup> les frais de mise à jour des données incombent, en règle générale, à celui qui en est la cause.

7. La MO fait partie des tâches dites communes. Comme pour d'autres de ses tâches, la Confédération édicte des règles juridiques et délègue l'exécution (intégrale ou partielle) aux cantons. Cependant, une des caractéristiques des tâches combinées est que la Confédération participe à la couverture des coûts de l'exécution avec les cantons. La Confédération doit seulement promulguer une législation de principe (principe de subsidiarité). Elle laisse aux cantons une marge de manœuvre en ce qui concerne l'organisation de l'exécution. L'élaboration du travail par les cantons et les contributions de la Confédération sont réglées individuellement dans des accords-cadre. Ceux-ci se fondent sur le nouvel article 75a "mensuration" de la Constitution fédérale (Cst.) introduit suite à la mise en oeuvre de la nouvelle péréquation financière entre Confédération et cantons (NPA).

8. La Confédération assume, dans le cadre des tâches communes de mensurations officielles, la gestion stratégique, par l'intermédiaire de la direction fédérale de la mensuration cadastrale. Cette dernière se charge en particulier de la gestion et la surveillance générale du domaine des MO et elle édicte les directives. En outre, la direction fédérale de la mensuration cadastrale est responsable de la coordination entre les MO et les autres dispositions fédérales en la matière ainsi que du conseil des offices fédéraux dans la constitution d'une base de données relative aux MO.

<sup>1</sup> Dans le cadre de la consultation sur la loi fédérale sur la géoinformation (Loi sur la géoinformation, Lgéo), le Secrétariat de la Commission de la concurrence a également rendu l'Office fédéral de la topographie (swisstopo) attentif aux problèmes de la mise à jour de la mensuration officielle et lui a soumis les suggestions correspondantes.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels; RS 251).

<sup>3</sup> Coordination de l'information géographique et des systèmes d'information géographique (COSIG).

<sup>4</sup> Arrêté fédéral du 20 mars 1992 concernant les indemnités fédérales dans le domaine de la mensuration officielle (AFIMO; RS 211.432.27).

9. Les cantons sont quant à eux responsables de l'exécution effective des MO. Ils déterminent les concepts de réalisation cantonaux, planifient et dirigent les travaux et définissent les normes d'exécution spécifiques à leur niveau. Ils examinent le travail de MO et approuvent l'œuvre cadastrale après avoir remédié aux défauts éventuels. Cette approbation confère à ces documents le caractère de documents officiels. 21 cantons ont leur propre organe cantonal chargé de la surveillance de la mensuration officielle. Les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Glaris, Nidwald et Obwald ainsi que la Principauté du Liechtenstein ont, conformément à l'article 42 alinéa 2 de l'ordonnance sur la mensuration officielle (OMO)<sup>5</sup>, délégué ces tâches à la direction fédérale des mensurations cadastrales contre émoluments.

10. Les grandes villes disposent d'offices de mensuration qui se chargent de la MO municipale. Dans tous les autres cas, des bureaux d'ingénieurs et géomètres privés assument ces tâches. Selon l'article 44 OMO, ceux-ci officient sous la direction d'un géomètre-ingénieur patenté.<sup>6</sup> En Suisse, il existe environ 270 bureaux d'ingénieurs et géomètres qui sont chargés de récolter, de gérer et de mettre à jour les bases de données relatives aux MO.

### A. 2 Bases légales

11. Les principales bases légales fédérales relatives à la MO sont les suivantes:

- Constitution: nouvel article 75a Mensuration; Arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT; FF 2003, p. 6035 ss)
- Code civil suisse: articles 942-943, 950, 954-955, 38-42 titre final
- Arrêté fédéral du 20 mars 1992 concernant les indemnités fédérales dans le domaine de la mensuration officielle (AFIMO)
- Ordonnance du 18 novembre 1992 sur la mensuration officielle (OMO)
- Ordonnance technique du DDPS du 10 juin 1994 sur la mensuration officielle (OTEMO)

### A. 3 Organisation de la mise à jour des mensurations officielles

12. Comme souligné, l'exécution effective de la MO incombe aux cantons, lesquels sont essentiellement libres de son organisation. Il existe principalement deux formes d'organisation en Suisse: la mise à jour et la remise des données des MO est exécutée par des géomètres-conservateurs publics ou privés.

13. Dans le premier cas, la MO est réalisée par un géomètre-conservateur public, c'est-à-dire une personne employée par le canton ou la commune, bien que les tâches puissent varier d'un canton à l'autre. Ainsi dans certains cantons et dans les grandes villes, les géomètres-conservateurs publics sont souvent responsables à la fois de la mise à jour et de la remise des

données. Dans d'autres cantons, ils sont seulement responsables de la gestion des données, tandis que les changements sont repris par les géomètres privés lesquels peuvent être choisis librement par le mandant. Les données de la MO sont par conséquent gérées et remises en règle générale par une institution étatique. Dans un canton, les données graphiques et semi-graphiques sont gérées par un géomètre-conservateur.

14. Dans le second cas, le mandat de mise à jour des données est remis à des géomètres-ingénieurs patentés privés. Le mandat contient en sus de la mise à jour des données et des cartes, en règle générale, la gestion des données digitales et analogiques. Ils assurent en outre une qualité durable, garantissent l'exactitude des données de référence, mettent à disposition les données sous forme digitale et analogique, encaissent les émoluments sur mandat du canton et archivent les données de façon compréhensible.

15. Les géomètres-conservateurs sont, en règle générale, outre cette tâche officielle, aussi employés dans des bureaux d'ingénieurs et de mensuration dans l'économie privée et même, propriétaires de telles entreprises. Suivant la taille du canton, le mandat s'applique à l'ensemble du territoire cantonal, à certaines régions (appelées cercles de mises à jour) ou aux communes. Les cantons sont responsables de l'adjudication du mandat des géomètres-conservateurs. Dans la plupart des cas, la décision est prise par le Conseil d'Etat ou par les communes, parfois aussi à travers une procédure d'appel d'offres bien que la durée du contrat soit en règle générale de 4 ans (souvent avec possibilité de le proroger) ou de durée indéterminée. En pratique, cela signifie que l'office des géomètres-conservateurs change rarement de responsable et que dans de nombreux cas il est "transmis" au sein des bureaux de géomètres privés. Cela signifie que, par exemple, lorsqu'un géomètre-conservateur officiel prend sa retraite, le mandat est souvent transmis à son successeur dans l'entreprise.

16. Comme déjà souligné, les données de la MO, sous forme analogique ou digitale, sont gérées par un géomètre-conservateur. Lorsqu'un architecte a besoin dans le cadre de la planification d'un projet de données de la MO il doit s'adresser au géomètre-conservateur, respectivement à l'entreprise dans laquelle celui-ci exerce son activité. Dans certains cantons, les données de la MO sont simultanément accessibles auprès de l'autorité cantonale responsable.

17. Le système des géomètres-conservateurs privés présente certainement un certain nombre d'aspects positifs. Tout d'abord, la délégation de cette tâche publique dans le domaine de compétence de personnes privées permet d'alléger les tâches administratives de l'Etat. Ensuite, l'Etat peut, grâce à la délégation de la MO à des privés, réduire le "risque entrepreneurial"

<sup>5</sup> Ordonnance sur la mensuration officielle du 18 novembre 1992 (OMO; RS 211.432.2).

<sup>6</sup> Pour simplifier on n'utilisera par la suite que la forme masculine.

et s'appuyer de façon indirecte sur l'infrastructure de bureaux de géomètres et ingénieurs privés dans des régions peu peuplées. Le transfert de la MO à des géomètres-conservateurs privés permet une certaine proximité avec les clients en raison de la consultation locale proposée et de la remise de données locale. Même si de tels arguments sont naturellement fondés, ce système mène souvent dans la pratique à un mélange entre les activités publiques et privées des géomètres-conservateurs, ce qui peut conduire à une distorsion de la concurrence. Les problèmes qui peuvent se poser du point de vue du droit de la concurrence seront abordés à la section suivante.

18. Par contre, les domaines de la MO que sont les travaux d'abornement, de premier relevé, de renouvellement et de numérisation préalable ne font pas partie du mandat de la mise à jour. L'adjudication de

ces travaux est réglée en général par voie de soumission, selon l'article 45 OMO<sup>7</sup>. Une seule condition préalable pour l'exercice de cette tâche étatique est la détention d'un brevet d'ingénieur-géomètre. Les explications suivantes concernent donc seulement le domaine particulier de l'organisation de la mise à jour de la MO.

19. En conclusion, le tableau 1 donne un aperçu des différents systèmes cantonaux en vigueur en Suisse et dans la Principauté du Liechtenstein. Ce qui est frappant c'est que la majorité des cantons a confié la MO à des géomètres-conservateurs privés, même si dans les plus grandes villes cette tâche est souvent assurée par des institutions publiques, c'est-à-dire les géomètres municipaux. Le système étatique est avant tout, si ce n'est exclusivement, appliqué en Suisse romande.

<i>Canton</i>	<i>G-C privé</i>	<i>G-C public</i>
AG	✓	
AI	✓	
AR	✓	
BE	✓	[✓] <sup>a</sup>
BL	✓	✓
BS		✓
FR		✓
GE		✓
GL	✓	
GR	✓	[✓]
JU	✓	
LU	✓	[✓]
NE		✓
NW	✓	

<i>Canton</i>	<i>G-C privé</i>	<i>G-C public</i>
OW	✓	
SG	✓	[✓]
SH		✓
SO	✓	
SZ	✓	
TG	✓	[✓]
TI	✓	
UR	✓	
VD		✓
VS	✓	
ZG	✓	[✓]
ZH	✓	[✓]
FL	✓	

**Tableau 1**

<sup>a</sup> Le symbole [✓] signifie que dans ces cantons, un géomètre municipal est responsable de la MO pour les plus grandes communes/villes.

## **B Appréciation du point de vue de la politique de la concurrence**

### **B.1 Prescriptions réservées**

20. Avant toutes choses, il y a lieu de préciser que, dans le cadre de la MO, il existe des prescriptions réservées, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Etant donné que l'exécution effective de la MO incombe aux cantons, ceux-ci réglementent la mise à jour et l'entretien des données relatives à la MO dans des ordonnances cantonales. La perception d'émoluments pour l'acquisition de telles données est aussi prévue dans ces ordonnances.

21. A titre d'exemple, nous mentionnons les bases légales du canton de Schwyz, auquel le Secrétariat a, à plusieurs reprises, demandé des informations à propos de plaintes d'un bureau d'ingénieurs et de géomètres:

<sup>7</sup> Selon les données de swisstopo les tarifs fédéraux pour ces travaux valables jusqu'en 1993 ont été abrogés et la méthode libre a été introduite.

- L'ordonnance du 6 mars 1996 sur la mensuration officielle dans le canton de Schwyz.
- L'ordonnance du 17 août 1999 sur la prestation et l'indemnisation des géomètres-conservateurs.
- L'ordonnance du 17 août 1999 sur l'utilisation des données de la mensuration officielle.

22. S'il existe des prescriptions réservées sur un marché, les autorités de la concurrence ne peuvent pas enquêter au sens des articles 26 et ss LCart en cas de restrictions illicites à la concurrence. Cependant, il est possible d'émettre une recommandation selon l'article 45 alinéa 2 LCart. Ainsi la Commission de la concurrence peut adresser des recommandations aux autorités afin de promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application de prescriptions de droit économique.

### B.2 Distorsions de la concurrence

23. La problématique de base concernant les géomètres-conservateurs privés réside dans le fait qu'à côté de leur activité officielle, ils exercent aussi dans des bureaux privés d'ingénieurs et de géomètres. Même si un canton délègue la mise à jour et la livraison de données à une personne physique, en pratique, la MO est considérée comme un secteur commercial proprement dit de l'entreprise, dans lequel les géomètres-conservateurs exercent une activité privée. Ceci s'exprime par exemple par le fait que sur les pages d'accueil des sites Internet des entreprises concernées, la MO figure comme secteur commercial. Par ailleurs, des logos d'entreprises apparaissent souvent sur des documents officiels, qui constituent des décisions officielles, comme des factures pour la livraison de données. Sur leurs "homepages", les cantons renvoient également souvent à l'entreprise dans laquelle le géomètre-conservateur travaille. On peut donc en déduire que le géomètre-conservateur officiel est étroitement lié, voire même parfois assimilé, à un bureau d'ingénieurs et de géomètres privé.

24. En principe, il n'y a pas non plus de séparation entre les activités opérationnelles officielles et privées d'une entreprise. Les données digitales de la MO sont donc gérées sur le système informatique interne de l'entreprise de même que les données MO analogues selon mandat. Il ne semble pas y avoir de prescriptions demandant une séparation comptable des activités officielles et privées des entreprises des géomètres-conservateurs. Ainsi, les factures pour l'achat de données MO figurent dans la plupart des cas sur le numéro de TVA des entreprises.

25. Ce mélange d'activités officielles et privées renferme un potentiel de distorsion de la concurrence au détriment des bureaux d'ingénieurs et de géomètres purement privés. Les problématiques suivantes peuvent principalement être identifiées, même si la situation ne se présente pas de façon identique dans tous les cantons, en raison des normes d'exécution spécifiques.

- **Obtention préalable des informations:** Les entreprises des géomètres-conservateurs représentent des "goulets d'étranglement" régionaux, que tous les

acteurs qui utilisent des données de la MO doivent franchir. Ainsi, les entreprises des géomètres-conservateurs sont en règle générale informées sur tous les projets de constructions et autres qui requièrent les services de bureaux d'ingénieurs et de géomètres. Ils sont dans la plupart des cas informés avant la concurrence, qui apprend que de tels projets existent seulement par la publication officielle de la demande du permis de construire. Par ailleurs, on peut admettre que le fait d'avoir déjà eu un contact avec les clients dans le cadre de la livraison de données MO, confère aux entreprises des géomètres-conservateurs un avantage acquis. Ceci aussi bien sur un plan personnel, par exemple lors d'une conversation directe avec des acquéreurs de données MO, que par la canalisation de clients potentiels sur les homepages de sa propre entreprise. Le cas d'une entreprise qui fait de la publicité sur sa homepage en utilisant des slogans tels que "*Bauvisiere vom Geometer - alles aus einer Hand*" ou "*Keine aufwändige Koordination mit verschiedenen Auftragsnehmern*" montre bien qu'il ne s'agit pas seulement de craintes théoriques.

- **Potentiel de discrimination:** Le monopole de la livraison de données des géomètres-conservateurs crée manifestement un potentiel de discrimination entre les différents acquéreurs de données. Ainsi, on peut par exemple admettre que des clients qui demandent des services autres que l'acquisition de données, soient traités de façon privilégiée. Une discrimination peut notamment également être importante, lorsque la livraison de données à des concurrents est retardée. Ceci pourrait par exemple permettre à l'entreprise du géomètre-conservateur, de faire parvenir son offre pour un projet de construction avant la concurrence. Un tel comportement pourrait également avoir un effet sur la qualité de l'offre de la concurrence, surtout lorsqu'il s'agit d'appels d'offres qui doivent être établis et délivrés sous contrainte de temps. Pour le moment, le Secrétariat ne possède pas d'indices concrets démontrant l'existence de telles discriminations, même si au moins un bureau d'ingénieurs et de géomètres s'est exprimé dans ce sens dans le cadre d'une plainte.

- **Avantage de coûts:** Le fait que les géomètres-conservateurs aient accès aux données de la MO dans leur entreprise, leur donne un certain avantage concurrentiel. En principe, ces entreprises devraient également payer les données de la MO acquises comme tous les autres acquéreurs de données. Le danger existe toutefois que seules les données qui sont effectivement facturées au client soient déclarées, mais pas celles qui sont utilisées pour les travaux de préparation, de clarification etc. Ceci peut également amener des avantages de coûts par rapport aux bureaux d'ingénieurs et de géomètres qui n'ont pas un accès direct aux données de la MO. Par ailleurs, différents instruments de mensuration modernes ainsi qu'un système informatique moderne et performant sont nécessaires pour exercer la MO et sont également utilisés par les géomètres-conservateurs pour leurs activités privées. Ceux-ci les financent et les amortissent - en partie du moins -



grâce aux entrées d'argent prévisibles des mandats de MO. Il est aussi imaginable que, pour des projets qui demandent la présence d'un géomètre-conservateur dans sa fonction publique, des conditions plus attrayantes que celles des concurrents puissent lui être accordées, en raison de calculs mixtes.

26. Actuellement, nous ne pouvons pas, sur la base des informations dont nous disposons, estimer pour tous les cantons, dans quelle mesure ces constatations conduisent, en principe ou éventuellement dans des cantons particuliers respectivement dans des régions, à des distorsions significatives de la concurrence en faveur des entreprises des géomètres-conservateurs. L'augmentation des plaintes d'acquéreurs de données montre, que ce problème est à prendre absolument au sérieux. Dans le paragraphe suivant, nous allons examiner quelques solutions possibles permettant une organisation de la MO neutre du point de vue de la concurrence.

### B.3 Solutions

27. Le système des *géomètres-conservateurs officiels* (cf. ch. 13), même s'il est quelque peu plus coûteux, est essentiellement neutre d'un point de vue concurrentiel, étant donné que la fourniture et la gestion des données sont assurées par un office étatique; les géomètres-conservateurs privés étant responsables uniquement de la mise à jour de l'œuvre cadastrale de la MO. Si des modifications du cadastre sont nécessaires suite à des projets privés, le maître de l'ouvrage peut choisir librement entre les ingénieurs géomètres patentés. Ceci favorise la concurrence entre les bureaux d'ingénieurs et de géomètres et empêche la réalisation de rentes dues à une position de monopole assurée par l'Etat. Selon les renseignements obtenus de la part de la direction fédérale des mensurations cadastrales, les cantons, sous la pression politique, auraient tendance à abandonner ce système étatique.

28. Dans le *système des géomètres-conservateurs privés* on peut également identifier quelques mesures qui préviennent les distorsions de la concurrence potentielles. En premier lieu, on devrait au moins assurer à tous les acquéreurs de données de la MO et aux entreprises des géomètres-conservateurs les mêmes possibilités d'accéder au cadastre. Dans la plupart des cas, les ordonnances cantonales prévoient la possibilité d'une remise de données MO aux utilisateurs dits permanents, c'est-à-dire ceux qui acquièrent des données pendant une durée déterminée en quantités relativement importantes. En règle générale, ce sont donc de grandes entreprises<sup>8</sup> qui entrent en ligne de compte, rarement un bureau d'ingénieurs et de géomètres ou un architecte. Un contrat d'utilisateur permanent ne contient d'ailleurs pas d'accès direct - par des moyens informatiques correspondants - même si souvent les bases légales ne l'excluent pas. Sur la base des exigences techniques (sécurité des échanges de données etc.), les frais pour un accès direct sont actuellement prohibitifs pour de petites entreprises. Le fait que les entreprises des géomètres-conservateurs, qui disposent de facto d'un accès direct aux données MO, ne doivent pas conclure un tel contrat, est également dérangeant. Il serait par conséquent souhai-

table de garantir à tous les acteurs intéressés un accès direct et pouvant être financé aux données de la MO, à des conditions équivalentes à celles des entreprises des géomètres-conservateurs.

29. De plus, les activités officielles et privées des géomètres-conservateurs devraient être séparées. Ceci présuppose surtout un accès des géomètres-conservateurs à tous les domaines. Ainsi, les logos d'entreprises privées ou des choses similaires ne devraient plus figurer sur des documents officiels de la MO, les "homepages" des géomètres-conservateurs devraient être présentées indépendamment des entreprises privées dans lesquelles ils travaillent. De plus, aucune publicité ne devrait être faite à propos des mandats de MO etc. Les cantons devraient également publier les noms et adresses du géomètre-conservateur responsable du cercle de mise à jour sans faire référence à des entreprises qui ne sont pas de facto titulaires du mandat de mise à jour. Une séparation financière, au sens d'une séparation comptable des activités officielles et privées, serait également souhaitable. La problématique des subventions croisées entre les deux activités pourrait être de la sorte mieux contrôlée. Ainsi, on créerait la base nécessaire pour un contrôle périodique des tarifs en vigueur.

30. Une solution supplémentaire consisterait à éliminer, de la manière la plus large possible, le "goulet d'étranglement" du géomètre-conservateur et d'éliminer ou d'affaiblir le plus possible les avantages d'information et d'acquisition et le potentiel de discrimination qui y sont liés. Ceci pourrait se faire, comme on l'a actuellement prévu et en partie déjà réalisé dans quelques cantons, moyennant une banque de données, à laquelle tous les acquéreurs de données auraient accès - sous certaines conditions. Au niveau de la Confédération, l'installation d'un portail central de données est d'ailleurs aussi prévu ces prochaines années pour les données digitales de la MO. De tels serveurs seraient idéalement desservis par un office étatique ou par une entreprise qui ne travaillerait pas dans le domaine des "ingénieurs et géomètres". Dans un tel système, le rôle du géomètre-conservateur se limite essentiellement à la mise à jour et à l'administration effectives du cadastre.

31. Ces mesures n'élimineraient toutefois pas encore les avantages de coûts émanant de la disponibilité interne des données de la MO ainsi que du mandat de mise à jour. Ce problème pourrait être amoindri par la publication régulière des appels d'offres de mise à jour, étant donné que, par le passé, ces derniers étaient remis de gré à gré, sans délai ou par prorogation tacite, contribuant ainsi à consolider les distorsions de concurrence existantes. On devrait - selon la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) - veiller à adjuger de tels contrats de mise à jour de manière supra cantonale, respectivement

<sup>8</sup> Dans le canton de Zurich, ce sont par exemple Swisscom, les CFF ou Cablecom qui disposent de tels contrats d'acquéreur permanent.

régionale, aussi longtemps qu'une collaboration harmonieuse avec les bureaux locaux du registre foncier est assurée. En règle générale, il n'y a pas de prescriptions concernant le domicile du géomètre-conservateur dans les ordonnances cantonales. La tendance à adjudger de tels contrats régionalement, ne doit pas être ignorée. Dans tous les cas, une publication large des appels d'offres serait souhaitable.

### ***C Recommandation***

32. Le mélange des activités officielles et privées des géomètres-conservateurs dans de nombreux cantons, représente un potentiel important de distorsion de la concurrence. Une organisation de la MO neutre du point de vue de la concurrence serait souhaitable. La Commission de la concurrence recommande aux cantons, au sens de l'article 45 alinéa 2 LCart, de:

(1) garantir un accès direct à un coût raisonnable aux données MO pour tous les acteurs, à des conditions équivalentes à celles des entreprises des géomètres-conservateurs.

(2) imposer une présentation neutre du point de vue de la concurrence des géomètres-conservateurs et de leurs entreprises.

(3) séparer financièrement les activités privées et les activités officielles des géomètres-conservateurs ainsi que contrôler régulièrement les tarifs d'émoluments en vigueur.

(4) installer des portails de données au niveau cantonal ou national.

(5) publier, tous les quatre ans environ, les appels d'offres liés aux contrats de mise à jour.

B 2	<b>7. <i>Stellungnahmen</i></b> Préavis Preavvisi
B 2.7	<b>1. <i>Entwurf zur Teilrevision der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV)</i></b>

*Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG*

*Préavis; art. 46 al. 2 LCart*

*Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart*

### **1. Lockerung des Territorialitätsprinzips (Art. 36 Abs. 1bis KVV)**

1. Die Wettbewerbsbehörden setzten sich in ihren Stellungnahmen und Entscheiden wiederholt für mehr Wettbewerb im Bereich des Gesundheitswesens ein. Sie sind der Überzeugung, dass mehr Wettbewerb sowie eine effiziente, das heisst sich auf das Notwendige beschränkende Regulierung zu einer Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses im Gesundheitswesen beitragen - ohne dabei die gesundheitspolitischen und -polizeilichen Anliegen zu beeinträchtigen. In diesem Sinne haben sich die Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit verschiedentlich für die Aufhebung des Territorialitätsprinzips ausgesprochen und begrüssen entsprechend die geplante Lockerung des Territorialitätsprinzips.<sup>1</sup> Die Wettbewerbsbehörden erachten die vorgeschlagene Lockerung als einen Zwischenschritt in die gute Richtung. Die nachfolgenden Ausführungen sollen die Position und Forderungen der Wettbewerbsbehörden verdeutlichen:

2. Das EDI spricht in Sachen Lockerung des Territorialitätsprinzips zum einen den Bezug von medizinischen Leistungen im Ausland an, zum anderen den Einkauf von medizinischen Produkten im Ausland an. Hinsichtlich des Bezugs von medizinischen Produkten (Produkte der Mittel- und Gegenstände-Liste sowie Medikamente der Spezialitätenliste) äusserte sich die Weko bereits in ihrer Empfehlung an den Bundesrat vom 18. Dezember 2000 (RPW 2000/4, S. 678 ff.). Bei dieser Gelegenheit sprach sie sich dafür aus, dass die Kosten für (durch Versicherte) im Ausland bezogene medizinische Produkte von den Versicherungsträgern übernommen werden, sofern diese Kosten tiefer sind als jene in der Schweiz. Bei den medizinischen Produkten kann auf eine Projektphase verzichtet und die von der Weko empfohlene Massnahme direkt umgesetzt werden.

3. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die medizinischen Leistungen:

4. Generell kann davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeit, medizinische Leistungen im Ausland einzukaufen, Effizienzdruck auf die Leistungserbringer im Inland schaffen und damit das inländische Leistungs-Kosten-Verhältnis verbessern wird. Auf diese Weise kann es zu einer Kostensenkung bezie-

hungsweise Prämienstabilisierung kommen. Effizienzdruck und Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses sind die beabsichtigten und zu erwartenden Effekte.

5. Hinsichtlich der vom EDI angesprochenen Beziehung zwischen medizinischem Angebot und nachgefragter Menge ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Mobilität der Patienten/innen eher gering, somit auch der Mengeneffekt eher klein ist. Zum anderen werden der Effizienzdruck und die Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses einen allfälligen Mengeneffekt zumindest teilweise kompensieren. In der staatlichen Planung des medizinischen Angebots ist dem Mengeneffekt dennoch Rechnung zu tragen, solange für die Krankenversicherer der Kontrahierungszwang besteht.

6. Durch den möglichen Einkauf im Ausland würde Wettbewerb zwischen den in- und ausländischen Regulierungssystemen bewirkt (Wettbewerb der Systeme). Wettbewerb zwischen eigenständigen (Teil-) Systemen verhindert einseitige Berücksichtigung von Partikularinteressen sowie institutionelle Erstarrung im Inland und ist ökonomisch prinzipiell zu begrüssen. Würden die wichtigsten Regulierungen - wie die Aufhebung des Kontrahierungszwanges im ambulanten und stationären Bereich, die Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung und die Verbesserung des Risikoausgleiches<sup>2</sup> - im In- und Ausland bereits vor der Öffnung der Grenzen aufeinander abgestimmt beziehungsweise wettbewerbsorientiert ausgerichtet, würden der Systemwettbewerb und viele politische Debatten (siehe EU) teilweise vorweggenommen und erleichtert. Entsprechend könnten sich die positiven Effizienzwirkungen früher einstellen.

7. Dieser Systemwettbewerb muss als Voraussetzung bestehende Subventionssysteme berücksichtigen, so dass die Subventionen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen im In- und Ausland führen. Die Krankenversicherer können die Subventionsproblematik mit den ausländischen Leistungserbringern in Verträgen regeln. Auf gleiche Weise könnte etwa mittels Leistungsaufträgen die Bereitstellung von Notfalldiensten gesichert werden.

<sup>1</sup> Empfehlung der Weko in RPW 2000/4, S. 678 ff.; STÜSSI FRANK (2005), "Grenzüberschreitender Leistungseinkauf im Gesundheitswesen", *Die Volkswirtschaft*, 9, S. 51-53.

<sup>2</sup> Dazu die Position der Weko in RPW 2004/3, S. 852 ff., und RPW 2005/4, S. 660.

8. Die Weko rechnet nicht mit einer erheblichen Abwanderung der nachgefragten Leistungen ins Ausland - insbesondere wegen der bereits erwähnten beschränkten Mobilität der Versicherten.<sup>3</sup> Vielmehr wird der Wettbewerb aus dem Ausland einen Effizienzdruck auf die inländischen Leistungserbringer und das Leistungs-Kosten-Verhältnis bewirken. Grenznahe Leistungserbringer werden diesem Effizienzdruck stärker ausgesetzt sein, wobei sich dieser Druck durch den inländischen Vergleich zwischen den Leistungserbringern ausdehnen wird. Zudem haben in Konkurrenz stehende Krankenversicherer ein Interesse an einer umfassenden medizinischen Versorgung für ihre Versicherten. Aus diesen Gründen ist keine Gefährdung der Sicherung der medizinischen Versorgung zu erwarten.

9. Mit der Möglichkeit, die Kosten von im Ausland bezogenen und durch das KVG vorgesehenen medizinischen Dienstleistungen durch die Versicherungsträger übernehmen zu können, wird zudem einer Öffnung der internationalen Märkte vorausblickend Rechnung getragen (etwa der Freizügigkeit in Gesundheitsberufen) und ein wesentliches Element für die internationale Wettbewerbsfähigkeit im Gesundheitswesen geschaffen.

**Antrag 1:** Die WEKO beantragt Folgendes:

a) Die Kosten für (durch Versicherte) im Ausland bezogene medizinische Produkte sollen von den Versicherungsträgern übernommen werden, sofern diese Kosten tiefer sind als jene in der Schweiz. Anstelle einer Projektphase ist diese Massnahme direkt umzusetzen und Artikel 36 Absatz 1<sup>bis</sup> KVV entsprechend anzupassen.

b) Die Lockerung des Territorialitätsprinzips im Bereich der medizinischen Leistungen ist gemäss Vorschlag des EDI im Sinne eines Zwischenschrittes unverzüglich anzugehen beziehungsweise die Aufhebung anzupeilen. Gleichzeitig sind die notwendigen inländischen Reformschritte in der Grundversicherung voranzutreiben (Aufhebung des Kontrahierungszwanges im ambulanten und stationären Bereich, Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung, Verbesserung des Risikoausgleiches), um das schweizerische Gesundheitswesen auf die internationalen Liberalisierungsschritte und auf vollumfängliche Aufhebung des Territorialitätsprinzips vorzubereiten.

## 2. Medikamente

10. Mit dieser Vorlage sieht das EDI insbesondere Änderungen auf Verordnungsstufe im System der Preisüberprüfung und -festsetzung von Medikamenten vor. Die mit der Pharmaindustrie verhandelten Sofortmassnahmen sollen im Jahr 2006 zu Preissenkungen in der Höhe von CHF 250 Mio. führen. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um eine Revision des aktuellen Systems mit den administrierten Höchstpreisen. Die Grenzen dieses Systems sowie die

Informationsasymmetrie zeigen sich im Revisionsentwurf beispielsweise bei der Festlegung der Maximumfabrikabgabepreise (FAP) von Generika in Bezug auf die Originalpräparate. Es ist schwer abzuschätzen, inwiefern die vorgeschlagenen Prozentzahlen für Generika (30% bzw. 15% billiger als die Originalpräparate) eine Annäherung an die Realität eines im Wettbewerb stehenden Marktes widerspiegeln.

11. Die Weko hat schon die Prüfung von weitergehenden Änderungen vorgeschlagen, welche die Möglichkeiten des geltenden Gesetzes überschreiten, um die Effizienz im Medikamentenbereich durch Förderung des Preiswettbewerbs zu steigern, nachdem sie im Rahmen des 2. Gesetzgebungspaketes KVG festgestellt hat, dass die Massnahmen in diesem Bereich geringfügig beziehungsweise ungenügend waren (RPW 2004/3, S. 856 f.).

12. Die Weko ergreift die Gelegenheit, um auf die Vorschläge zurückzukommen und schlägt deshalb vor, innerhalb und über die KVV-Revision hinaus die rechtlichen Bestimmungen in Bezug auf die folgenden Massnahmen zu überprüfen:

13. Die Weko fordert einen wettbewerbsorientierten Medikamentenmarkt: (1) Die staatliche Preis- und Margenordnung mit den gesetzlich festgelegten Maximalpreisen sowie die leistungsabhängige Abgeltung der Apotheker/innen (LOA) sind abzuschaffen. Die Versicherer und die Apotheker/innen sollten die Möglichkeit haben, die Publikumspreise aufgrund marktgerechter Ex-factory-Preise und die zu vergütenden Leistungen frei, einzeln oder in Gruppen, zu verhandeln. Die Aufhebung des Kontrahierungszwanges, insbesondere bei den Apothekern/innen, würde diese Massnahme noch verstärken.

14. Damit der Preiswettbewerb in einer solchen Marktordnung nach (1) nicht durch staatliche Zulassungsbestimmungen gehemmt wird, drängen sich die folgenden drei Massnahmen auf: (2) Das Territorialitätsprinzip ist im Medikamentenbereich aufzuheben (vgl. Rz. 2). (3) Das Prinzip des Cassis-de-Dijon sollte auch im Bereich der Medikamente Anwendung finden: Soweit bezüglich Zulassung von Medikamenten nicht offensichtliche und erhebliche Differenzen zwischen dem Schutzniveau in der Schweiz und in der EU bestehen, welche zu einer schweren und unmittelbaren Gefährdung der Patienten in der Schweiz führen, sollten die in der EU beziehungsweise einem einzelnen Mitgliedstaat zugelassenen Medikamente grundsätzlich ohne weitere Prüfung und Zulassung auch in der Schweiz frei verkauft werden dürfen. (4) Die internationale Erschöpfung im Patentgesetz ist gesetzlich zu verankern (RPW 2003/1, S. 212 ff.). Ein solcher Systemwechsel würde die Wirkung der Marktöffnung zusätzlich noch intensivieren (vgl. Rz. 2).

<sup>3</sup> CALNAN, MICHAEL et al. (1997), "Cross-border use of health care. A survey of frontier workers' knowledge, attitudes and use", *European Journal of Public Health*, 3, S. 26-32.

15. Als Zwischenschritt in Richtung wettbewerbsorientierte Regulierung des Medikamentenmarktes kann die geltende staatliche Preis- und Margenordnung durch ein Festbetragssystem ersetzt werden (RPW 2004/3, S. 857). Nach diesem Konzept werden Arzneimittel der Spezialitätenliste den Versicherten nur bis zu einem Höchstbetrag vergütet. Dieser Höchstbetrag orientiert sich an einem relativ preisgünstigen Arzneimittel einer Arzneimittelgruppe mit derselben Wirkung und Qualität. Beziehen die Versicherten aus nicht medizinisch indizierten Gründen ein teureres Medikament, haben sie die preisliche Differenz selbst zu tragen (eine Form von Kostenbeteiligung). Existieren keine Substitute, übernimmt der Versicherer den ganzen Betrag. Ein solches Vergütungssystem führt zu Preiswettbewerb auf Stufe der Hersteller und Grossisten und damit zu einer Effizienzsteigerung im Bereich der Arzneimittel. Das Festbetragssystem manifestiert sich als Massnahme wettbewerbsneutraler als die unterschiedliche Handhabung der Selbstbehalte bei Originalpräparaten und Generika (Art. 38a Abs. 1 Bst. a KVL).

**Antrag 2:** Die WEKO schlägt dem EDI die Überprüfung zusätzlicher und wirksamerer Massnahmen vor, um den Medikamentenbereich in der Schweiz wettbewerbsorientiert auszugestalten:

Die geltende staatliche Preis- und Margenordnung sowie die leistungsabhängige Abgeltung der Apotheker/innen (LOA) sind abzuschaffen, das Territorialitätsprinzip im Medikamentenbereich aufzuheben, das Prinzip des Cassis-de-Dijon im Bereich der Medikamente Anwendung einzuführen sowie die internationale Erschöpfung im Patentgesetz gesetzlich zu verankern. Als Zwischenschritt in diese Richtung kann die geltende staatliche Preis- und Margenordnung durch ein Festbetragssystem ersetzt werden.

### 3. Reserven (Art. 78 Abs. 4 KVV)

16. Das EDI sieht vor, die gesetzlichen Reserven der Krankenversicherer in Abhängigkeit der Versicherergrösse auf ein tieferes Niveau zu senken und die frei werdenden Eigenmittel für Prämienenkungen zu verwenden (im Rahmen der Prämien genehmigung). Die Weko stellt in Frage, ob eine Senkung der Reservequote und der staatliche Eingriff in die Mittelverwendung der Krankenversicherer sinnvolle Massnahmen zur Bekämpfung der bestehenden Probleme in der obligatorischen Krankenversicherung darstellen. Dies aus folgenden Gründen:

- Eine Senkung der gesetzlichen Mindestreserven hat nur einen geringen Einfluss auf die Prämienhöhe. Ein, wettbewerbspolitisch gesehen, ungerechtfertigter staatlicher Eingriff in die ohnehin geringe unternehmerische Freiheit der Krankenversicherer ist damit umso fraglicher. In diesem Sinne äussert sich selbst der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 23. März 2005 auf das Postulat 04.3759 von STÉPHANE ROSSINI (im Plenum noch nicht behandelt): "Die gesetzliche Reservequote zeitigt, verglichen mit der

Kostenentwicklung in der sozialen Krankenversicherung, vergleichsweise schwache Auswirkungen auf die Prämienhöhe der Krankenkassen".

- Die Reserven bilden das Eigenkapital der Krankenversicherer und garantieren deren Solvenz. Die Berechnung der Prämien des Folgejahres durch die Krankenversicherer erfolgt insbesondere unter Berücksichtigung der Reserven und Rückstellungen. Die Aufsichtsbehörde sollte besorgt sein, dass immer das gesetzliche Minimum erreicht wird. Es ist aber nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde, den Krankenversicherern (im Rahmen der Prämien genehmigung) faktisch zu untersagen, Reserven über das gesetzliche Minimum hinaus zu bilden. Für einen solchen staatlichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit liegt kein ökonomischer Grund im Sinne eines Marktversagens vor.<sup>4</sup> So stellt auch der Bundesrat fest (in seiner Antwort vom 23.3.2005 auf das oben erwähnte Postulat 04.3759), dass die Krankenversicherer während der letzten Jahre für die Kostenschätzung, und damit für die Reservenentwicklung, gesamthaft gesehen verlässliche Grundlagen entwickelt haben. Entsprechend geht der Bundesrat bei den Reserven kaum von einem Marktversagen aus.
- Die Verwendung unterschiedlicher Reservesätze durch die Krankenversicherer und deren Einfluss bei der Prämienfestsetzung sind nicht im Sinne des EDI (Ziff. 41 auf S. 11 des Änderungsentwurfes) als Wettbewerbsverzerrungen zu sehen. Die Reserven bilden einen der wenigen preislichen Wettbewerbsparameter, mit welchen die Krankenversicherer auf momentane und zukünftige Marktsituation reagieren und sich positionieren können. Die vorgeschlagene Massnahme verschlechtert damit die wettbewerblichen beziehungsweise wirtschaftlichen Anreize, welche das EDI gemäss Ziffer 1 des Änderungsentwurfes verstärken möchte.

17. Die Senkung der gesetzlichen Reservequote lenkt von den echten Problemen in der obligatorischen Grundversicherung ab. Vielmehr sind die oben erwähnten strukturellen Massnahmen (Aufhebung des Kontrahierungszwanges im ambulanten und stationären Bereich, der Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung und der Verbesserung des Risikoausgleiches) gegen die Ineffizienzen im Gesundheitswesen - welche Kostensteigerung bewirken - in der politischen Diskussion voranzutreiben.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Finanzleitbild des Bundes 1999, S. 7 f; Handbuch Regulatorfolgenabschätzung (RFA) gemäss Richtlinien des Bundesrates Richtlinien des Bundesrates für die Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes vom 15.09.1999, insbesondere S. 4, Ziff. 3.1 des entsprechenden Handbuchs (Fassung vom 08.03.2000).

Antrag 3: Die Weko beantragt, dass von der Senkung der Reservequote in Sachen gesetzliche Reserven der Krankenversicherer bei gleichzeitigem faktischem Zwang, die frei werdenden Eigenmittel für Prämienenkungen zu verwenden, abzusehen ist und entsprechend Artikel 78 Absatz 4 KVV nicht angepasst wird. Dieser fragliche Eingriff in die ohnehin beschränkte unternehmerische Freiheit der Krankenversicherer ist ökonomisch nicht gerechtfertigt und zeitigt zudem einen geringen Einfluss auf die Prämienhöhe.

B 3	<b><i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i></b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	<b><i>1. Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission</i></b>

***Zwischenverfügung (Geschäfts-Nr. FB/2005-9) vom 13. Januar 2006 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin), gegen Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 7.11.2005) betreffend vorsorgliche Massnahmen***

***Nach Einsicht in:***

- die Verfügung der Vorinstanz vom 7. November 2005, worin die von der Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren angebehrten vorsorglichen Massnahmen gegenüber der Beschwerdegegnerin abgewiesen werden;
- die dagegen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingereichte Verwaltungsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 24. November 2005 und das darin enthaltene Gesuch um unverzüglichen Erlass solcher Massnahmen;
- die von der Beschwerdeführerin erst am 16. Dezember 2005 eingereichten Beschwerdebeilagen ohne Geschäftsgeheimnisse, weshalb die Vernehmlassungsfrist der Beschwerdegegnerin bis 4. Januar 2006 zu verlängern war;
- die zu diesem Gesuch eingereichten Stellungnahmen der Vorinstanz vom 9. Dezember 2005 beziehungsweise der Beschwerdegegnerin vom 4. Januar 2006;
- die übrigen Akten in der Streitsache (insbesondere zum Vorverfahren REKO/WEF FB/2002-5)

***und in Erwägung:***

dass die Beschwerdeführerin die Wettbewerbskommission am 2. Juni 2005 ersuchte, die Beschwerdegegnerin vorsorglich zu verpflichten, ab sofort auf eine Weiterverwendung ihrer eigenen Set-Top-Boxen zu verzichten, die unverzügliche Migration ihrer Kunden auf Cablecom-Set-Top-Boxen zu ermöglichen und die dazu notwendigen Schritte zu unternehmen (wie z.B. die Mitteilung aller relevanten Kundendaten);

dass die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 7. November 2005 dieses Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abwies;

dass die Beschwerdeführerin in ihrer dagegen gerichteten Verwaltungsbeschwerde vom 24. November 2005 vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Wesentlichen die von der Vorinstanz abgewiesenen Anträge wiederholt:

"1. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei die Teleclub AG unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder

Busse im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, alle nötigen Handlungen vorzunehmen, um die unverzügliche Migration der Verbreitung ihres Pay-TV-Programms an Kunden, welche das Teleclub-Signal über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin oder eines ihrer Partnernetze beziehen (nachfolgend die "Betroffenen Kunden"), auf die Digital-Plattform der Beschwerdeführerin zu ermöglichen, insbesondere:

1.1 innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde alle betroffenen Kunden schriftlich zu diesem Gesuch über die Migration zu informieren;

1.2 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde schriftlich und in elektronischer Form die Namen und Adressen der betroffenen Kunden sowie alle sonstigen Informationen mitzuteilen, um den Austausch der Teleclub-Set-Top-Boxen und Teleclub-SmartCards gegen Set-Top-Boxen und SmartCards der Beschwerdeführerin zu ermöglichen;

1.3 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde in elektronischer Form sämtliche für die Migration notwendigen Kundendaten der betroffenen Kunden, insbesondere abonnierte Produkte und Services, mitzuteilen;

1.4 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde in schriftlicher Form alle produktrelevanten Daten, insbesondere Produktnamen, Servicenamen und Produktkonfiguration mitzuteilen, die die Beschwerdeführerin für die digitale Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme benötigt;

1.5 auf Anforderung der Beschwerdeführerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung der vorliegenden Beschwerde, der Beschwerdeführerin den digitalen Datenstrom mit den zum Zeitpunkt der Einreichung der vorliegenden Beschwerde übertragenen Teleclub-Pay-TV-Programmen in unverschlüsselter Form im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen;

1.6 auf Anforderung der Beschwerdeführerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung der vorliegenden Beschwerde, der Beschwerdeführerin über den digitalen Datenstrom in unverschlüsselter Form sämtliche sonstigen Daten zu übermitteln und im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen, die die Beschwerdeführerin

zur Steuerung der Teleclub-Pay-TV-Programme oder sonst zur Verbreitung des digitalen Programmangebots von Teleclub benötigt, insbesondere die Daten für den elektronischen Programmführer;

1.7 auf Anforderung der Beschwerdeführerin im erforderlichen Umfang an den notwendigen Integrations- und Funktionstest für die Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Boxen der Beschwerdeführerin mitzuwirken;

1.8 ihre Preisstruktur so anzupassen, dass den betroffenen Kunden keine Kosten der Bereitstellung und der Verwaltung der Set-Top-Boxen mehr berechnet werden; die betroffenen Kunden sind monatlich mindestens um den Betrag von CHF 15.- zu entlasten, welcher künftig von der Beschwerdeführerin für die Bereitstellung und Verwaltung der Set-Top-Boxen verrechnet wird;

1.9 zu dulden, dass die Beschwerdeführerin den ihr angelieferten digitalen Datenstrom verschlüsselt und nach dem Transcontrol-Prinzip verbreitet, so dass nach Massgabe der Kundendaten der Beschwerdeführerin die betroffenen Kunden in der Lage sind, die von diesen abonnierten Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Box der Beschwerdeführerin zu entschlüsseln und zu empfangen;

1.10 zu dulden, dass die Beschwerdeführerin nach Massgabe einer zwischen der Beschwerdeführerin und -gegnerin zu treffenden Vereinbarung zur technisch-infrastrukturbezogenen Verwaltung der betroffenen Kunden alle nötigen Handlungen vornimmt, die erforderlich sind, um die vertragsgemässe Dienstleistung der Beschwerdegegnerin zu erbringen, und in dem dafür erforderlichen Umfang mitzuwirken.

2. Eventualiter: Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und gegenüber der Teleclub AG seien die Anordnungen gemäss Ziffer 1 hiervor unter der Auflage zulasten der Gestaltstellerin anzuordnen, dass diese alle nötigen Massnahmen trifft, um sicherzustellen, dass die Daten der betroffenen Kunden nicht für die Bewerbung oder den Verkauf von Produkten der Beschwerdeführerin verwendet werden (ausgenommen die infrastrukturelle Kundenbeziehung bezüglich Kabelnetzanschluss und der zum Empfang digitaler Programme und Dienste nötigen Infrastruktur, insbesondere Set-Top-Box und SmartCard).

3. Sub-eventualiter: Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Streitsache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen unter verbindlicher Weisung an die Vorinstanz, gegenüber der Teleclub AG die Anordnungen gemäss Ziffer 1 hiervor zu treffen.

4. Sub-sub-eventualiter: Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

und ausserdem den *dringlichen* Erlass folgender vorsorglicher Massnahmen beantragt:

"Die vorstehend in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens aufgeführten Verhaltensanordnungen zulasten der Teleclub seien unverzüglich als vorsorgliche Anordnungen bereits während des laufenden Beschwerdeverfahrens auszusprechen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

dass die angefochtene Zwischenverfügung mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden kann (Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG, SR 251);

dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nach Einreichung einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen ergreifen kann, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (Art. 56 VwVG i.V.m. Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31; Urteil des Bundesgerichts vom 3.1.2006 E. 2.1, 2A.397/2005) beziehungsweise um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 3.2 ff., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; ZBI 100/1999, S. 64, E. 2b ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003 E. 3, publiziert in: RPW 2003/4, S. 912 ff.);

dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen nach herrschender Meinung einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der Anordnungen voraussetzt, wobei die Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu Gunsten des einstweiligen Rechtsschutzes ausfallen müssen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 mit Hinweisen auf Judikatur und Literatur; Urteil des Bundesgerichts vom 3.1.2006, a.a.O., E. 2.2, sowie STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 327; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 255 ff.; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1091);

dass bei vorsorglichen Massnahmen die Sach- und Rechtslage bloss summarisch geprüft wird und die Hauptsachenprognose nur bei Eindeutigkeit zu berücksichtigen ist (BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 3.1.2006, a.a.O., E. 2.2);

dass im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen im Vordergrund stehen (REKO/WEF FB/2003-11 E. 3.1.1 ff., mit Hinweisen,



publiziert in: RPW 2003/3, S. 653 ff., Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, a.a.O., E. 3.2), weshalb die von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zum Schutze ihrer Privatansprüche primär den zivilprozessualen Rechtsweg zu beschreiten haben (Art. 17 KG);

dass die Beschwerdeführerin vorab im Sinne eines *Superprovisoriums* den "unverzüglichen" Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Artikel 56 VwVG anbegehrt (vgl. Ziff. 131 f. der Verwaltungsbeschwerde);

dass sich die Parteien seit über drei Jahren nicht einigen können, wie im deutsch-schweizerischen digitalen Pay-TV-Markt die dort einzusetzende Plattform wettbewerbsverträglich auszugestalten sei (hinsichtlich des Einsatzes und Betriebs der Set-Top-Boxen, Smartcards, SMS [Subscriber Management System] und CAS [Conditional Access System]);

dass angesichts des bisherigen Verhaltens der Parteien eine besondere Dringlichkeit, welche im Sinne eines *Superprovisoriums* den Verzicht auf eine Anhörung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin hätte rechtfertigen können, nicht erkennbar ist und ihnen deshalb Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen war (vgl. Verfügung des Bundesgerichts vom 16.6.2005 E. 2.1, publiziert in: RPW 2005/3, S. 574, sowie ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich - VRG, 2. A., Zürich 1999, N 23 zu § 6, S. 109 f., mit Hinweisen);

dass die Beschwerdeführerin im Wesentlichen rügt, die Beschwerdegegnerin habe auf ihrem Kabelnetz eine eigene, abgeschottete Digital-Plattform errichtet, welche sie gemäss Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 (a.a.O.) nicht mehr zu dulden habe;

dass nach Ansicht der Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin zur Umsetzung dieses Urteils nicht ernsthaft Hand biete und letztlich eine Migration zu ihrer einheitlichen und offenen Plattform vereiteln wolle;

dass das Bundesgericht mit Urteil vom 5. September 2003 (a.a.O.) den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003 (RPW 2003/2, S. 406 ff.) vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 (RPW 2002/4, S. 567 ff.) einzig hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 2 und 4 aufgehoben hat;

dass dieser Urteilsspruch - zumindest für die Dauer des Untersuchungsverfahrens - die von der Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin vorsorglich verfügte Aufschaltverpflichtung betreffend die digitalen Teleclub-Pay-TV-Programme (Dispositiv-Ziff. 2) sowie das vorsorglich verhängte Verbot, solche Fernsehübertragungen vom Einsatz der "SwissFun-Set-Top-Boxen" abhängig zu machen (Dispositiv-Ziff. 4), annullierte, ohne indessen das in der Dispositiv-Ziffer 3 statuierte Verbot aufzuheben, wonach diese Programmübertragung nicht von der Abgabe der Kundenverwaltung der Beschwerdegegnerin abhängig gemacht werden dürfe (Bundesgerichtsurteil vom 5.9.2003, a.a.O., E. 6.1);

dass sich die Beschwerdeführerin trotz dieses Urteils auf Verhandlungen mit der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der weiteren Zusammenarbeit einliess und darauf verzichtete, die im Dezember 2002 in ihrem Kabelnetz aufgeschalteten digitalen Teleclub-Pay-TV-Programme abzuschalten (vgl. Ziff. 4 und 14 der angefochtenen Verfügung; Ziff. 26, 54 und 115 der Verwaltungsbeschwerde), was technisch ohne weiteres realisierbar gewesen wäre und es unbestrittenermassen noch ist;

dass die Beschwerdeführerin den Anspruch erhebt, die angeblich wettbewerbsverzerrenden Folgen der am 23. September 2002 verfügten vorsorglichen Massnahmen beseitigen zu lassen, weshalb ihre Begehren darauf gerichtet seien, den Zustand herzustellen, wie er im Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 (a.a.O.) vorgezeichnet worden sei;

dass demgegenüber die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertritt, die beantragten vorsorglichen Massnahmen seien (mangels Zusammenhang zum laufenden Untersuchungsverfahren und angesichts des Fehlens der einschlägigen Voraussetzungen) unzulässig, weshalb eine Gutheissung des Gesuchs für die Dauer des Beschwerdeverfahrens den noch bestehenden Infrastruktur- und Technologiewettbewerb zum Stillstand bringen würde;

dass die Vorinstanz die geforderten "Wiederherstellungsmassnahmen" für unnötig erachtet, nachdem die Beschwerdeführerin vorläufig (d.h. bis zum Hauptentscheid) zwar die Ausstrahlung digitaler Teleclub-Pay-TV-Programme über ihre Netz mittels cablecomfremden Plattformen nicht zu dulden habe, aber weiterhin diese Fernsehübertragung nicht von der Abgabe der Teleclub-Kundenverwaltung abhängig machen dürfe;

dass die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin (als Gegenleistung für die Übertragung der digitalen Programme) im Ergebnis die Abgabe der Kundenverwaltung verlangt, was offensichtlich im Widerspruch zum rechtskräftigen und für die Rekurskommission verbindlichen Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 steht (a.a.O., E. 6.1), weshalb bereits aus diesem Grunde den entsprechenden Gesuchsbegehren (Ziff. 1.2, 1.3 und 1.10) nicht entsprochen werden kann;

dass die Beschwerdeführerin nach der Fällung des Bundesgerichtsurteils vom 5. September 2003 (a.a.O.) bisher darauf verzichtet hat, trotz entsprechender Drohungen (vgl. Ziff. 60 der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin) die im Dezember 2002 aufgeschalteten digitalen Pay-TV-Signale der Beschwerdegegnerin abzuschalten, was nach dem besagten höchstrichterlichen Urteil kartellrechtlich (wie auch zivilrechtlich) zulässig gewesen wäre;

dass die Beschwerdeführerin im Ergebnis einräumt, sie könnte ihren "Anspruch auf Migration" *ohne* behördliche Wiederherstellungsmassnahmen jedenfalls dann durchsetzen, wenn sie die Verbreitung des bisherigen Signaltons der Beschwerdegegnerin einstellen würde (vgl. insbes. den Titel vor den Ziff. 114 ff. der Verwaltungsbeschwerde);

dass die Beschwerdeführerin angesichts ihrer zumindest zweifellos starken Marktmacht als Kabelnetzbetreiberin ihre Forderungen bereits jetzt ohne weiteres in den laufenden "Migrationsverhandlungen" - zurzeit jedenfalls - im Rahmen des KG *rechtmässig* durchzusetzen vermag, soweit sie die medienrechtlichen Konzessionsbestimmungen beachtet und zudem nicht die Kundenverwaltung der Beschwerdegegnerin einverlangt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, a.a.O., E. 6.1);

dass unter diesen Umständen die beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht *dringend notwendig* (d.h. verhältnismässig) sind und daher auch kein zwingender Anlass besteht, diese unverzüglich behördlich zu *verfügen*;

dass insofern für die Dauer dieses Beschwerdeverfahrens von den beantragten vorsorglichen Massnahmen bereits abzusehen ist, wie eine der für die Anordnung solcher Massnahmen notwendigen Voraussetzungen ("Verhältnismässigkeit") offenkundig nicht gegeben ist und die Beschwerdeführerin darüber hinaus - im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung - von der Beschwerdegegnerin letztlich die Übergabe ihrer Kundenverwaltung verlangt;

dass die bisher nur angedrohte Unterbrechung der Signalversorgung für die Digitalplattform der Beschwerdegegnerin als denkbare Wahlmöglichkeit eine wirksame Form zumutbarer Selbsthilfe darstellt, welche einzig in die geschäftspolitische *Entscheid- und Risikosphäre* der Beschwerdeführerin fällt;

dass vorsorgliche Massnahmen nach Artikel 56 VwVG nicht der Vermeidung allfälliger *Sanktionsrisiken* dienen, welche mit einer allfälligen Signal- beziehungsweise Programmabschaltung verbunden sein könnten (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG), sondern einzig darauf gerichtet sind, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen;

dass im Gegensatz dazu die beantragten vorsorglichen Massnahmen - zumal sie eine Preisgabe der Kundenverwaltung der Beschwerdegegnerin voraussetzen - letztlich schwer reversible Strukturveränderungen zur Folge haben könnten, welche nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ohne triftige Gründe auf dem Massnahmeweg durchzusetzen sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, a.a.O., E. 3.2f. und E.5) und schon gar nicht *superprovisorisch*;

dass somit nach summarischer Prüfung keine hinreichenden Gründe erkennbar sind, welche bereits im gegenwärtigen Verfahrensstadium den Erlass der angebehrten Massnahmen aufdrängen (vgl. auch Verfügung des Bundesgerichts vom 16.6.2005, a.a.O., E.2.1);

dass bei diesem Zwischenergebnis der von der Beschwerdeführerin bestrittene Standpunkt der Vorinstanz offen bleiben kann, wonach eine günstige Entscheidprognose bereits deshalb ausgeschlossen sei, weil gegenwärtig einzig die Stellung der Beschwerdeführerin (als gegenwärtig zumindest marktmächtige

Kabelnetzbetreiberin) sowie ihr (allenfalls missbräuchliches) Marktverhalten untersucht werden und deswegen die hängige Untersuchung nie in die beantragten vorsorglichen Massnahmen überführt werden könnte;

dass im Übrigen seit dem 26. April 2005 das Bundesamt für Kommunikation ein *konzessionsrechtliches Aufsichtsverfahren* gegen die Beschwerdeführerin führt (vgl. Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin vom 4.1.2006), welches zum Gegenstand hat, ob die neuen Cablecom-Set-Top-Boxen die nach Konzession geforderte Offenheit gegenüber Drittprogrammen aufweisen, was die Beschwerdegegnerin bestreitet und als wichtigen Grund für das eilige Bestreben der Beschwerdeführerin anführt, auf dem kartellverwaltungsrechtlichen Massnahmenweg für ihr Kabelnetz ihre Set-Top-Box als Standard durchzusetzen, um sich gleichzeitig des Aufsichtsverfahrens zu entledigen;

dass die vorliegende Auseinandersetzung um den wettbewerbsverträglichen Einsatz konzessionsgemässer Set-Top-Boxen insbesondere in den Aufsichtsbe- reich des Bundesamtes für Kommunikation fällt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, a.a.O., E. 5.2.1);

dass das Bundesgericht deshalb den Wettbewerbsbehörden eine gewisse Zurückhaltung in der Beurteilung solcher Auseinandersetzungen (und dementsprechend Zurückhaltung bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen) anmahnt, insbesondere wenn wie hier die konzessionspflichtigen Tätigkeiten von zwei je marktmächtigen Parteien in Frage stehen, welche neben wettbewerbsrechtlichen insbesondere auch *medienpolitischen* Vorgaben zu gehorchen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003, a.a.O., E. 5.2.1);

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen entsprechend den höchstrichterlichen Vorgaben den Spielraum des Bundesamtes für Kommunikation zum Erlass allfälliger konzessionsrechtlich gebotener aufsichtsrechtlicher Schritte nicht in unzulässiger Weise beschneiden darf und sich deshalb auch aus diesem Grunde Zurückhaltung aufzuerlegen hat;

dass zusammenfassend gestützt auf die verfahrensbedingt gebotene zurückhaltende Prüfung dieser Angelegenheit das Gesuch um Erlass superprovisorischer vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist;

dass über die Frage der Kosten und der Parteient- schädigung in der Hauptsache entschieden werden wird;

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

*wird verfügt:*

1. Das Gesuch um Erlass superprovisorisch wirksamer vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

---

2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.

3. [Rechtsmittelbelehrung]

4. [Eröffnung]

---

B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. <b>Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Nordostschweizerische Kraftwerke AG/ Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>

*Bundesgerichtsurteil vom 3. Januar 2006, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung i.S. Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Unternehmenszusammenschluss (vorsorgliche Massnahmen) und Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9. Juni 2005*

**Sachverhalt:**

**A.**

Sieben im Elektrizitätssektor tätige Unternehmen haben sich darüber geeinigt, einen zentralen schweizerischen Netzbetreiber, die Swissgrid AG, zu schaffen. Sie meldeten dieses Zusammenschlussvorhaben am 29. November 2004 im Sinne von Artikel 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) der Wettbewerbskommission. Diese stellte mit Verfügung vom 7. März 2005 fest, das Vorhaben begründe beziehungsweise verstärke auf den Märkten für Stromübertragung in der Nordwestschweiz, im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems und im Gebiet Gotthard eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne. Sie nahm jedoch an, dass dieser Nachteil durch die vereinfachte Möglichkeit der Stromdurchleitung und durch die sich daraus allenfalls ergebende Verbesserung des Wettbewerbs auf den Märkten für Stromversorgung aufgewogen werde. Sie liess daher das Zusammenschlussvorhaben zu, wobei sie die Zulassung mit Auflagen verknüpfte, die in Ziffer 2 des Verfügungsdispositivs wie folgt aufgelistet sind:

"...

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

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

c) Die Aare-Tessin AG ... (und die sechs weiteren am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen) sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.

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

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

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

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

In Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs wurde in Aussicht gestellt, dass Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung mit Sanktionen gemäss Kartellgesetz belegt werden könnten.

Die sieben betroffenen Unternehmen erhoben gegen diese Verfügung Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragten die Aufhebung beziehungsweise Abänderung einer Mehrzahl der von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen sowie deren Befristung. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen ersuchten sie darum, es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe ihrer Beschwerdeanträge abgeänderten Auflagen zu vollziehen. Der Präsident der Rekurskommission wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 ab.

**B.**

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Juni 2005 beantragten die sieben betroffenen Unternehmen, die Zwischenverfügung des Rekurskommissionspräsidenten sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig (während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission) gemäss ihren materiellen Anträgen im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren zu vollziehen.

Die Wettbewerbskommission beantragt Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Vorinstanz hat sich eines Antrags enthalten.

**C.**

Mit Verfügung vom 13. Juli 2005 hat der Präsident der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung das (auch) für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

***Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*****1.**

Angefochten ist eine Zwischenverfügung des Präsidenten der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Gegen den Endentscheid der Rekurskommission betreffend Zusammenschlussvorhaben steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen (BGE 131 II 497 E. 1 S. 500). Diese ist auch zulässig gegen eine diesbezügliche Zwischenverfügung, sofern sie für die Beschwerdeführer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge haben kann (Art. 45 Abs. 2 VwVG); diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Auf die innert der für die Anfechtung von Zwischenverfügung massgeblichen Frist von zehn Tagen (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) formgerecht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist einzutreten.

**2.**

**2.1** Gemäss Artikel 39 KG sind auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Das Kartellgesetz enthält keine Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren (anders Art. 17 KG für das zivilrechtliche Verfahren). Allerdings ist die Wettbewerbskommission nach Lehre und Rechtsprechung zu besonderen, durch die Zielsetzungen des Kartellgesetzes bestimmten vorsorglichen Massnahmen während der Dauer des Verwaltungsverfahren (Untersuchungsverfahren) ermächtigt (vgl. BGE 130 II 149 E. 2 S. 154 ff.). Hat die Wettbewerbskommission materiell entschieden und wird ihre Verfügung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten, sind hingegen grundsätzlich allein die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes über vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren massgeblich (Art. 55 und 56 i.V.m. Art. 71a Abs. 2 VwVG). Gemäss Artikel 56 VwVG kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen ergreifen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten; bei der hierbei erforderli-

chen Interessenabwägung kann kartellrechtsspezifischen Besonderheiten Rechnung getragen werden.

**2.2** Nicht unmittelbar Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bildet die Frage, ob die Auflagen, welche die Wettbewerbskommission mit der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens verknüpft hat, zulässig sind; darüber wird die Rekurskommission im noch ausstehenden Beschwerdeentscheid zu befinden haben. Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung ist bloss die Frage, ob die Beschwerdeführer vorsorglich ermächtigt werden müssen, unter weniger strengen Auflagen von der Genehmigung Gebrauch zu machen, nämlich in der Form, wie sie dies bei Gutheissung ihrer Beschwerde vor der Vorinstanz könnten.

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Beim Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann die Hauptsachenprognose dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen. Dabei soll der durch den noch ausstehenden Beschwerdeentscheid zu regelnde Zustand nicht verunmöglicht, aber auch nicht präjudiziert werden (BGE 130 II 149 E. 2,2, S. 155; 127 II 132 E. 3, S. 137 f.). Massnahmen, die im Resultat und in ihrer Begründung praktisch auf eine Vorwegnahme des Endentscheids hinauslaufen, sollen vorbehaltlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht angeordnet werden (vgl. Urteil 2A.142/2003 vom 5.9.2003 E. 3.2, publ. in sic! 1/2004, S. 48).

Bezüglich der Notwendigkeit von vorsorglichen Massnahmen kommt der für diesen verfahrensleitenden Entscheid zuständigen Behörde - der Natur der Sache nach - ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Sie darf sich auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränken; sie ist nicht gehalten, für ihren Entscheid Zeit raubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen (BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; 127 II 132 E. 3, S. 138; 117 V 185 E. 2b, S. 191; 110 V 40 E. 5b, S. 45; 106 Ib 115 E. 2a, S. 116). Erst recht auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung, wenn der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten wird. Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Tatsachen übersehen oder massgebliche Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat (Urteil 2A.128/2003 vom 3.4.2003 E. 2.2, mit Hinweisen).

### 3.

**3.1** Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz vor, sie habe die Parteivorbringen unzureichend geprüft und ihre Verfügung unzureichend begründet; sie habe den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht ausreichend selber untersucht, sondern ohne zureichende Begründung verneint, nämlich unter Hinweis auf eine - in Wahrheit nicht durchgeführte - Prüfung derselben Massnahme durch die Wettbewerbskommission im Rahmen von deren materiellen Verfügung.

Die Begründung der Zwischenverfügung ist summarisch ausgefallen. Dies ist, wie vorstehend dargelegt, grundsätzlich zulässig und der Verfahrenssituation angemessen. Die Erwartungen der Beschwerdeführer an die Prüfungs- beziehungsweise Begründungsdichte mögen allenfalls in einem Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission eine gewisse Berechtigung haben; Notwendigkeit und Art von vorsorglichen Massnahmen müssen dort aufgrund einer erstmaligen Würdigung der Verhältnisse geprüft werden. Darum geht es vorliegend nicht. Die Vorinstanz hatte ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu beurteilen, welchem eine Verfügung der zuständigen Wettbewerbsbehörde zugrunde liegt. Diese stellte - nach Überprüfung der Marktverhältnisse - fest, dass das Zusammenschlussvorhaben geeignet sei, den Wettbewerb übermässig zu beeinträchtigen beziehungsweise zu beseitigen, was gegen eine Genehmigung sprach. Sie liess es jedoch nicht bei dieser Feststellung bewenden, sondern untersuchte, welche Auflagen geeignet seien, die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu relativieren; sie tat dies erkennbar aufgrund einer Interessenabwägung, woran der Umstand nichts ändert, dass die im Beschwerdeverfahren gemachten Vorschläge der Beschwerdeführer, soweit noch nicht bekannt, nicht berücksichtigt wurden. Die Vorinstanz war nicht gehalten, eine vertiefte Interessenabwägung bereits im Rahmen ihrer verfahrensleitenden Zwischenverfügung vorzunehmen. Es kann sodann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz die Anforderungen an die "Glaubhaftmachung" in einer dem Verfahrensstadium unangemessenen Weise zu hoch angesetzt hätte. Weder die Kognition, die die Vorinstanz walten liess, noch der Umfang der Begründung der angefochtenen Zwischenverfügung lassen sich beanstanden. Die zulässigerweise bloss summarische Interessenabwägung der Vorinstanz ist nachfolgend zu überprüfen.

**3.2** Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss von Unternehmen untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Bst. a), und wenn er keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Bst. b). Die von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen sollen dazu dienen, die von ihr festgestellte Wettbewerbsbeseitigung zu kompensieren. Es wird im

zurzeit vor der Rekurskommission hängigen Hauptverfahren abschliessend zu beurteilen sein, wie es sich mit deren Recht- und Verhältnismässigkeit verhält. Das von den Beschwerdeführern dort gestellte Gesuch zielte darauf ab, sie schon während der Dauer des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens so zu stellen, wie dies bei vollumfänglicher Gutheissung der Beschwerde der Fall wäre. Wie dargelegt (E. 2.2), kommt eine derartige Vorwegnahme des Endentscheids, vorbehaltlich ausserordentlicher Verhältnisse, nicht in Betracht. Solche Verhältnisse vermögen die Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen:

Zunächst lässt sich im heutigen Verfahrensstadium nicht sagen, dass eine klar überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Gutheissung der Beschwerdeanträge im vorinstanzlichen Verfahren besteht. Für die Frage der Interessengewichtung sodann ist trotz der relativierenden Ausführungen der Beschwerdeführer hierzu auf BGE 130 II 149 zu verweisen. In Wettbewerbsstreitigkeiten kommt dem öffentlichen Interesse am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs im Vergleich zu privaten Interessen von Marktteilnehmern grundsätzlich grosses Gewicht zu. Warum dies in Verfahren betreffend die Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen nicht gelten sollte, leuchtet nicht ein, namentlich dann nicht, wenn mitberücksichtigt wird, dass andere Marktteilnehmer als die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Genehmigungsverfahren nicht als Partei zugelassen sind (vgl. BGE 131 II 497). Hinsichtlich der Gewichtung der privaten Interessen im Zusammenschlussverfahren kann ergänzend auf Ziffer II.2.7-II.2.10 der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission verwiesen werden. Weiter ist, wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung schreibt, festzustellen, dass die von den Beschwerdeführern geäusserten Befürchtungen über die weitere Entwicklung am Markt, beispielsweise im Bereich des Mitspracherechts im grenzüberschreitenden Bereich, auf blossen Vermutungen beruhen. Was den Gesichtspunkt der Dringlichkeit betrifft, kann auf Ziffer II.2.25 f. der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission verwiesen werden. Über den von den Beschwerdeführern betonten Aspekt der Schaffung EU-kompatibler Verhältnisse wird im materiellen Entscheid zu befinden sein; angesichts der diesbezüglichen Äusserungen in der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission (Ziff II.2.21) kann jedenfalls für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht auf den Standpunkt der Beschwerdeführer abgestellt werden. Im Gesamtzusammenhang kommt dem von den Beschwerdeführern aufgeworfenen Problem der technischen Erfüllbarkeit der Auflagen keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

**3.3** Insgesamt lässt sich der Vorinstanz nicht vorwerfen, sie habe bei ihrem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen wesentliche Tatsachen übersehen oder massgebliche Interessen ausser Acht gelassen und solche offensichtlich falsch bewertet beziehungsweise gewichtet. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

4.

Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 OG). Die Gerichtsgebühr (Art. 153 Abs. 1 und Art. 153a OG) ist ihnen unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 7 OG).

2.

[Kosten]

3.

[Eröffnung]

***Demnach erkennt das Bundesgericht:***

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

B 4	<b>2. Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>
-----	--

*Verfügung vom 31. Januar 2006, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, betreffend vorsorgliche Massnahmen und Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 13. Januar 2006*

***Das Bundesgericht hat nach Einsicht:***

in die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 13. Januar 2006, womit das Gesuch der Cablecom GmbH um Erlass superprovisorisch wirksamer vorsorglicher Massnahmen im Beschwerdeverfahren, welches die Abweisung von gegen die Teleclub AG gerichteten vorsorglichen Massnahmen durch die Wettbewerbskommission im dort geführten kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren zum Gegenstand hat, abgewiesen worden ist,

in die gegen die erwähnte Zwischenverfügung erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Cablecom GmbH vom 26. Januar 2006, womit in einem verfahrensrechtlichen Antrag darum ersucht wird, die mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen Verhaltensanordnungen an die Teleclub AG seien unverzüglich als vorsorgliche Anordnung bereits während des laufenden Beschwerdeverfahrens auszusprechen,

***und in Erwägung,***

dass nicht klar ist, ob die Beschwerdeführerin den Erlass der vorsorglichen Massnahmen schon im Sinne eines Superprovisoriums verlangt,

dass angesichts der Natur des Verfahrensgegenstandes (Beschwerde gegen einen Beschwerdeentscheid

über eine einstweilige Verfügung) die Anordnung vorsorglicher Massnahmen der Art, wie sie die Beschwerdeführerin beantragt, nur ganz ausnahmsweise in Frage kommt und eine entsprechende Verfügung bereits vor Anhörung der Beschwerdegegnerin vorliegend - auch mit Blick auf die Komplexität des Rechtsstreites - ausser Betracht fällt,

dass der Beschwerdegegnerin - sowie der Vorinstanz und der Wettbewerbskommission - Frist anzusetzen sein wird, um zum Gesuch beziehungsweise zur Beschwerde Stellung zu nehmen,

dass ihnen im Hinblick darauf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Kenntnis zu bringen sein wird,

dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Rechtsschrift nach ihren eigenen Angaben Geschäftsgeheimnisse enthält und sie in Aussicht stellt, eine Version der Beschwerdeschrift ohne Geschäftsgeheimnisse nachzureichen,

dass Frist zur Stellungnahme zum Gesuch beziehungsweise zur Beschwerde erst nach Eingang der erwähnten Version der Beschwerdeschrift angesetzt werden kann,

***im Verfahren nach Artikel 111 OG verfügt:***

1. Das Begehren um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.
2. Diese Verfügung wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.



## D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 1	<i>Erlasse, Bekanntmachungen</i> Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni
D 1	1. <i>Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung)</i>

### *Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005*

In Erwägung,

I) dass die Wettbewerbskommission nach Artikel 6 Absatz 1 KG in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben kann, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten;

II) dass dabei unter anderem Abreden in Betracht fallen mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sowie Kleinstunternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen (Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG);

III) dass einerseits insbesondere Preis-, Gebiets- und Mengenabreden zwischen Konkurrenten (Art. 5 Abs. 3 KG) sowie Preisbindungen und Gebietsabreden in Vertriebsverträgen (Art. 5 Abs. 4 KG) als problematisch anzusehen sind;

IV) dass andererseits Abreden von kleinen und mittleren Unternehmen sowie Kleinstunternehmen dann einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zugänglich sind, wenn sie der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit dieser Unternehmen dienen (Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG);

V) dass bei derartigen Abreden nicht von einer beschränkten Marktwirkung (Art. 6 Abs. 1 Bst. e KG am Ende) ausgegangen werden kann, wenn sie marktumfassend sind;

VI) dass es die ersten Erfahrungen erlauben, Umstände zu formulieren, unter welchen nach der vorliegenden Bekanntmachung angenommen werden darf, eine horizontale oder vertikale Wettbewerbsabrede diene der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und weise nur eine beschränkte Marktwirkung auf;

VII) dass damit der spezifischen wettbewerbsrechtlichen Situation der KMU im binnenwirtschaftlichen, aber auch im gesamtwirtschaftlichen und internationalen Umfeld Rechnung getragen werden soll und gleichzeitig die Ausgangslage der Kleinstunternehmen besondere Berücksichtigung finden soll;

VIII) dass dabei das Recht Dritter, bei den Wettbewerbsbehörden eine Anzeige wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens einzureichen, unberührt bleibt und auch zivilrechtliche Ansprüche Dritter wegen Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs vorbehalten bleiben;

IX) dass die Zeit seit dem Inkrafttreten der Revision 2003 noch zu begrenzt ist, um eine umfassende Praxisbildung zu erlauben;

X) dass die mit dieser Bekanntmachung gemachten Erfahrungen nach spätestens zwei Jahren zu überprüfen sind;

erlässt die Wettbewerbskommission gestützt auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e KG die folgende Bekanntmachung:

#### **A. Allgemeine Bestimmungen**

##### **Ziffer 1 Verzicht auf Verfahrenseröffnung**

(1) Die Wettbewerbskommission erachtet Wettbewerbsabreden in der Regel nach Artikel 5 KG als zulässig, wenn sie gemäss Ziffer 2 dieser Bekanntmachung im Dienste einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen stehen und ihnen im Sinne von Ziffer 3 nur eine beschränkte Marktwirkung zukommt.

(2) Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinstunternehmen im Sinne von Ziffer 4 beteiligt sind, gelten in der Regel nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

(3) Bei Abreden gemäss den Absätzen 1 und 2 sieht die Wettbewerbskommission in der Regel keinen Grund zur Eröffnung eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens.

#### **B. Kriterien**

##### **Ziffer 2 Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit**

(1) Eine Wettbewerbsabrede dient in der Regel der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit, wenn sie durch leistungssteigernde oder innovationsfördernde Massnahmen Grössen- oder Verbundvorteile ermöglicht oder wenn sie Verkaufsanreize für die nachgelagerte Stufe schafft und sie hierzu notwendig ist.

(2) Solche Verbesserungen können sich namentlich bei Abreden in folgenden Bereichen ergeben:

- a) Produktion (z.B. Ausweitung oder Verbreiterung der Produktion, Erhöhung der Qualität);
- b) Forschung und Entwicklung (z.B. gemeinsame Forschungs- und Entwicklungsprojekte);
- c) Finanzierung, Verwaltung und Rechnungswesen (z.B. zentrale Auftragsverwaltung);
- d) Werbung und Marketing (z.B. gemeinsame Werbemittel, gemeinsame Zeitschriftenbeilage);
- e) Einkauf, Vertrieb und Logistik (z.B. Einkaufs-, Transport- und Lagerhaltungsgemeinschaften);
- f) Markteintritt von Produkten oder Unternehmen (z.B. Vertriebsabreden, Franchising).

### **Ziffer 3 Beschränkte Marktwirkung**

(1) In der Regel weisen Wettbewerbsabreden eine beschränkte Marktwirkung auf, wenn

- a) der von den an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkten 10% überschreitet, oder
- b) der von jedem an einer vertikalen Wettbewerbsabrede (insbesondere Vertriebsabrede) beteiligten Unternehmen gehaltene Marktanteil auf keinem der von der Abrede betroffenen relevanten Märkte 15% überschreitet.

(2) Von einer beschränkten Marktwirkung wird nicht ausgegangen, wenn

- a) eine horizontale Wettbewerbsabrede eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern beinhaltet (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG), oder
- b) eine vertikale Wettbewerbsabrede eine Abrede über Mindest- oder Festpreise oder absoluten Gebietschutz beinhaltet (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG).

### **C. Spezialregeln für Kleinunternehmen**

#### **Ziffer 4 Definition**

Als Kleinunternehmen gelten Unternehmen, welche weniger als zehn Personen (Mitarbeitende) beschäftigen und deren Jahresumsatz in der Schweiz CHF 2 Mio. nicht überschreitet.

#### **Ziffer 5 Regeln**

Die Wettbewerbskommission erachtet Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinunternehmen beteiligt sind, in der Regel als unerheblich, es sei denn,

- a) eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen Kleinunternehmen beinhaltet eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten nach

Gebieten oder Geschäftspartnern (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG), oder

- b) eine vertikale Wettbewerbsabrede zwischen Kleinunternehmen beinhaltet eine Abrede über Mindest- oder Festpreise oder absoluten Gebietschutz (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG).

### **D. Gemeinsame Bestimmungen**

#### **Ziffer 6 Unternehmen**

Als Unternehmen gelten alle Einheiten des privaten und des öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechtsform, die eine wirtschaftliche Tätigkeit als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess ausüben (Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG).

#### **Ziffer 7 Abreden**

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

(2) Als horizontale Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

(3) Als vertikale Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von zwei oder mehr Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

#### **Ziffer 8 Zahl der Mitarbeitenden**

(1) Die Zahl der Mitarbeitenden entspricht der Zahl der Personen, die im Unternehmen oder auf Rechnung dieses Unternehmens während des letzten Rechnungsjahres einer Vollbeschäftigung nachgegangen sind. Die Arbeit von Personen, die nicht das ganze Jahr gearbeitet haben oder die im Rahmen einer Teilzeitregelung tätig waren, wird anteilmässig berücksichtigt. Bei einem neu gegründeten Unternehmen, das noch keinen Jahresabschluss vorweisen kann, gilt die Zahl der Mitarbeitenden im Zeitpunkt der Beteiligung an der Abrede.

(2) Die Zahl der Mitarbeitenden umfasst:

- a) Für das Unternehmen tätige Personen, die in einem Unterordnungsverhältnis zu diesem stehen (insbesondere Lohn- und Gehaltsempfänger);
- b) mitarbeitende Eigentümer;
- c) Teilhaber, die eine regelmässige Tätigkeit im Unternehmen ausüben und finanzielle Vorteile daraus ziehen.

(3) In der beruflichen Ausbildung stehende Personen, die in einem Lehrvertragsverhältnis stehen, werden in der Zahl der Mitarbeitenden nicht berücksichtigt.

**Ziffer 9 Jahresumsatz**

Für die Berechnung des Jahresumsatzes der an der Abrede beteiligten Unternehmen gelten Artikel 4 bis 8 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) analog.

**Ziffer 10 Überprüfung**

Die Wettbewerbskommission überprüft die Auswirkungen dieser Bekanntmachung nach spätestens zwei Jahren.

**Ziffer 11 Publikation**

Diese Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

D 1	<b>2. <i>Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME)</i></b>
-----	---

***Décision de la Commission de la concurrence du 19 décembre 2005***

Considérant

I) que la Commission de la concurrence peut, en vertu de l'article 6 alinéa 1 LCart, fixer par voie de communication générale les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en principe réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart;

II) qu'à cet égard, entrent notamment en ligne de compte les accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises (PME) ainsi que les microentreprises, dans la mesure où ils n'ont qu'un impact restreint sur le marché (art. 6 al. 1 let. e LCart);

III) qu'il y a lieu d'une part de considérer en particulier comme problématiques les accords entre concurrents portant sur les prix, les quantités et la répartition territoriale (art. 5 al. 3 LCart) ainsi que l'imposition de prix de vente et les attributions de territoire contenues dans des contrats de distribution (art. 5 al. 4 LCart);

IV) que d'autre part, les accords de petites et moyennes entreprises ainsi que de microentreprises peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsqu'ils ont pour but d'améliorer la compétitivité de ces entreprises (art. 6 al 1 let. e LCart);

V) qu'on ne saurait considérer que de tels accords n'ont qu'un effet restreint sur le marché (art. 6 al. 1 let. e LCart in fine) lorsqu'ils concernent l'ensemble du marché;

VI) que les premières expériences faites permettent de formuler les conditions auxquelles il y a lieu d'admettre, au sens de la présente communication, qu'un accord horizontal ou vertical améliore la compétitivité et n'a qu'un impact restreint sur le marché;

VII) que la situation spécifique, du point de vue du droit de la concurrence, des PME sur le marché intérieur, mais également dans l'environnement économique général et international doit pouvoir être prise en compte et que, parallèlement, la situation des microentreprises doit faire l'objet d'une attention particulière;

VIII) que le droit de tiers de dénoncer auprès des autorités de la concurrence un comportement contraire au droit de la concurrence n'est pas touché et que les prétentions de droit civil de tiers en raison d'entrave à l'accès ou l'exercice de la concurrence demeurent réservées;

IX) que le temps passé depuis l'entrée en vigueur de la révision 2003 est encore trop réduit pour permettre la mise en place d'une pratique étendue;

X) que les expériences faites avec la présente communication seront évaluées au plus tard après deux ans;

la Commission de la concurrence adopte la communication suivante, fondée sur l'article 6 alinéa 1 lettre e LCart:

**A. Dispositions générales**

**Chiffre 1 Renonciation à l'ouverture d'une procédure**

(1) La Commission de la concurrence considère que les accords en matière de concurrence sont en principe admissibles selon l'article 5 LCart lorsqu'ils ont pour but d'améliorer la compétitivité des entreprises participantes au sens du chiffre 2 de la présente communication et n'ont qu'un impact restreint sur le marché au sens du chiffre 3.

(2) Les accords en matière de concurrence auxquels participent exclusivement des microentreprises au sens du chiffre 4 n'affectent en règle générale pas de manière notable la concurrence.

(3) En cas d'accord selon les alinéas 1 et 2, la Commission de la concurrence ne voit en principe aucune raison d'ouvrir une enquête fondée sur le droit de la concurrence.

**B. Critères**

**Chiffre 2 Amélioration de la compétitivité**

(1) Un accord en matière de concurrence a en principe pour but l'amélioration de la compétitivité lorsqu'il permet de réaliser des économies d'échelle ou de gamme par des mesures tendant à accroître l'efficacité productive et favoriser l'innovation ou lorsqu'il crée des stimulations de vente pour les échelons inférieurs.

(2) De telles améliorations peuvent notamment résulter d'accords dans les domaines suivants:

a) production (p.ex. élargissement/diversification de la production, amélioration de la qualité);

b) recherche et développement (p.ex. recherche et développement en commun);

c) financement, administration et comptabilité (p.ex. gestion centralisée des commandes);

d) publicité et marketing (p.ex. matériel publicitaire, encarts publicitaires communs);

e) achats, distribution et logistique (p.ex. groupements d'achat, de transport et de stockage);

f) entrée sur le marché de produits ou d'entreprises (p.ex. accords de distribution, de franchise).

**Chiffre 3 Impact restreint sur le marché**

(1) En règle générale, les accords en matière de concurrence n'ont qu'un impact restreint sur le marché lorsque

a) les parts de marché cumulées des entreprises parties à un accord horizontal ne dépassent 10% sur aucun des marchés de référence affectés par l'accord, ou

b) les parts de marché détenues par chacune des entreprises parties à un accord vertical (en particulier les accords de distribution) ne dépassent 15% sur aucun des marchés de référence concernés par l'accord.

(2) En revanche, l'impact sur le marché ne saurait être considéré comme restreint lorsque

a) un accord horizontal prévoit un accord sur la fixation directe ou indirecte des prix, une restriction des quantités à produire, acheter ou fournir, ou opère une répartition géographique des marchés ou en fonction des partenaires commerciaux (cf. art. 5 al. 3 let. a-c LCart) ou

b) un accord vertical prévoit un accord portant sur la fixation de prix de vente minimums ou fixes ou une protection territoriale absolue (cf. art. 5 al. 4 LCart).

### **C. Règles spéciales pour les microentreprises**

#### **Chiffre 4 Définition**

Sont considérées comme microentreprises celles qui emploient moins de dix personnes (collaborateurs) et réalisent un chiffre d'affaires annuel en Suisse ne dépassant pas CHF 2 Mio.

#### **Chiffre 5 Règles**

La Commission de la concurrence considère en principe comme n'affectant pas de manière notable la concurrence les accords auxquels seules des microentreprises participent, à moins que,

a) un accord horizontal entre microentreprises ne prévoit un accord sur la fixation directe ou indirecte des prix, une restriction des quantités à produire, acheter ou fournir, ou n'opère une répartition géographique des marchés ou en fonction des partenaires commerciaux (cf. art. 5 al. 3 let. a-c LCart) ou

b) un accord vertical entre microentreprises ne prévoit un accord portant sur la fixation de prix de vente minimums ou fixes ou une protection territoriale absolue (cf. art. 5 al. 4 LCart).

### **D. Dispositions communes**

#### **Chiffre 6 Entreprises**

Par entreprise, on entend toute entité de droit privé ou de droit public, indépendamment de sa forme juridique, engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services (art. 2 al. 1 et 1<sup>bis</sup> LCart).

#### **Chiffre 7 Accords**

(1) Par accord 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).

(2) Par accord horizontal en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant le même échelon du marché, qui sont effectivement ou potentiellement en concurrence entre elles.

(3) Par accord vertical en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées de deux ou plusieurs entreprises occupant des échelons du marché différents, concernant les conditions commerciales auxquelles les entreprises participantes peuvent acquérir, vendre ou revendre des biens ou services déterminés.

#### **Chiffre 8 Nombre de collaborateurs**

(1) Le nombre de collaborateurs correspond au nombre de personnes qui ont exercé une activité à plein temps dans l'entreprise concernée ou à la charge de celle-ci au cours du dernier exercice. Le travail effectué par des personnes qui n'ont pas travaillé durant l'année entière ou actives à temps partiel est pris en compte au pro rata. Pour les entreprises nouvellement fondées, qui ne disposent pas encore de clôture annuelle, le nombre de collaborateurs au moment où l'accord est passé est déterminant.

(2) Le nombre de collaborateurs comprend:

a) les personnes actives pour l'entreprise, qui se trouvent par rapport à celle-ci dans un rapport de subordination (essentiellement les salariés);

b) les travaillant dans leur entreprise;

c) les associés qui exercent une activité régulière au sein de l'entreprise et en retirent des avantages financiers.

(3) Les personnes en formation professionnelle, soumises à un contrat d'apprentissage, ne sont pas prises en compte dans le nombre des collaborateurs.

#### **Chiffre 9 Chiffre d'affaires annuel**

Les articles 4 à 8 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) sont applicables par analogie pour le calcul du chiffre d'affaires annuel des entreprises parties à l'accord.

#### **Chiffre 10 Evaluation**

La Commission de la concurrence évalue les effets de la présente communication au plus tard après deux ans.

#### **Chiffre 11 Publication**

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

D 1	<b>3. Comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato (Comunicazione PMI)</b>
-----	--

**Decisione della Commissione della concorrenza del 19 dicembre 2005**

Considerando

I) che la Commissione della concorrenza può definire nelle comunicazioni, ai sensi dell'articolo 6 LCart, le esigenze in virtù delle quali determinati tipi di accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'articolo 5 capoverso 2 LCart;

II) che, in questo senso, sono ritenuti giustificati gli accordi che hanno lo scopo di migliorare la competitività delle piccole e medie imprese (PMI) e le microimprese nella misura in cui il loro effetto sul mercato sia limitato (art. 6 cpv. 1 lett. e LCart);

III) che sono ritenuti problematici in particolare gli accordi tra imprese concorrenti che portano sui prezzi, sui quantitativi e sulla ripartizione geografica (art. 5 cpv. 3 LCart), nonché le convenzioni di prezzi di rivendita e le assegnazioni di zone nell'ambito di contratti di distribuzione (art. 5 cpv. 4 LCart);

IV) che gli accordi tra PMI e quelli tra microimprese possono essere giustificati da motivi di efficienza economica qualora abbiano lo scopo di migliorare la competitività di queste imprese (art. 6 cpv. 1 lett. e LCart);

V) che non è possibile prendere in considerazione l'effetto limitato sul mercato di tali accordi (art. 6 cpv. 1 lett. e LCart) qualora essi tocchino l'insieme del mercato;

VI) che le prime esperienze fatte permettono di definire le esigenze in virtù delle quali si può ammettere ai sensi della presente comunicazione che un accordo orizzontale o verticale migliori la competitività e abbia un effetto limitato sul mercato;

VII) che la situazione particolare, da un punto di vista del diritto della concorrenza, delle PMI sul mercato interno, ma anche nell'ambito economico generale e internazionale, deve poter essere preso in considerazione e che allo stesso modo la situazione delle microimprese deve pure essere oggetto di un'attenta valutazione;

VIII) che il diritto dei terzi di denunciare alle autorità della concorrenza un comportamento contrario al diritto della concorrenza non è precluso e che le pretese di diritto civile dei terzi per intralcio all'accesso o all'esercizio della concorrenza restano riservate;

IX) che dall'entrata in vigore della revisione 2003 non è ancora stato possibile mettere in atto un'ampia prassi;

X) che le esperienze fatte con la presente comunicazione dovranno essere valutate al più tardi entro due anni;

la Commissione della concorrenza adotta la seguente comunicazione sulla base dell'articolo 6 capoverso 1 lettera e LCart:

**A. Disposizioni generali**

**Cifra 1 Rinuncia all'apertura di una procedura**

(1) La Commissione della concorrenza considera che gli accordi in materia di concorrenza sono di norma leciti giusta l'articolo 5 LCart qualora abbiano lo scopo di migliorare la competitività delle imprese partecipanti ai sensi della cifra 2 della presente comunicazione e abbiano un effetto limitato sul mercato ai sensi della cifra 3.

(2) Gli accordi in materia di concorrenza a cui partecipano esclusivamente delle microimprese ai sensi della cifra 4 non intralciano di norma in modo notevole la concorrenza.

(3) Nei casi di accordi giusta i capoversi 1 e 2, la Commissione della concorrenza non vede in linea di principio nessuna ragione per aprire un'inchiesta basata sul diritto della concorrenza.

**B. Criteri**

**Cifra 2 Miglioramento della competitività**

(1) Un accordo in materia di concorrenza ha in linea di principio lo scopo di migliorare la competitività qualora esso permetta di realizzare delle economie di scala e delle economie di scopo tramite misure che tendono a aumentare l'efficacia della produttività e a favorire l'innovazione o qualora esso stimoli le vendite sui mercati a valle.

(2) Tali miglioramenti possono in particolare risultare da accordi nei seguenti ambiti:

a) produzione (per es. allargamento o diversificazione della produzione, miglioramento della qualità);

b) ricerca e sviluppo (per es. ricerca e sviluppo in comune);

c) finanziamento, amministrazione e contabilità (per es. gestione centralizzata degli ordini);

d) pubblicità e marketing (per es. materiale pubblicitario in comune, fogli pubblicitari in comune);

e) acquisti, distribuzione e logistica (per es. cooperativa d'acquisto, di trasporto o di magazzino);

f) entrata sul mercato di prodotti o imprese (per es. accordi di distribuzione, di franchising).

**Cifra 3 Effetto limitato sul mercato**

(1) Di norma, gli accordi in materia di concorrenza hanno un effetto limitato sul mercato qualora

a) le quote di mercato cumulate delle imprese partecipanti a un accordo orizzontale non oltrepassino i 10% su nessuno dei mercati interessati dall'accordo, o

b) le quote di mercato detenute da ognuna delle imprese partecipanti a un accordo verticale (in particolare gli accordi di distribuzione) non oltrepassino il 15% su nessuno dei mercati interessati dall'accordo.

(2) Tuttavia, l'effetto sul mercato non può essere considerato limitato qualora

a) un accordo orizzontale preveda un accordo sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi, una restrizione delle quantità da produrre, acquistare o consegnare, o operi una ripartizione dei mercati per zone o per partner commerciali (v. art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart) o

b) un accordo verticale preveda un accordo sulla fissazione dei prezzi di rivendita minimi o fissi o una protezione territoriale assoluta (v. art. 5 cpv. 4 LCart).

### **C. Regole speciali per le microimprese**

#### **Cifra 4 Definizione**

Vengono considerate come microimprese le imprese che impiegano meno di dieci persone (collaboratori) e realizzano in Svizzera una cifra d'affari annua massima di CHF 2 Mio.

#### **Cifra 5 Regole**

La Commissione della concorrenza considera in linea di massima che gli accordi conclusi unicamente da microimprese non intralciano notevolmente la concorrenza, a meno che

a) un accordo orizzontale tra microimprese preveda un accordo sulla fissazione diretta o indiretta dei prezzi, una restrizione delle quantità da produrre, acquistare o consegnare, o operi una ripartizione dei mercati per zone o per partner commerciali (v. art. 5 cpv. 3 lett. a-c LCart) o

b) un accordo verticale tra microimprese preveda un accordo sulla fissazione dei prezzi di rivendita minimi o fissi o una protezione territoriale assoluta (v. art. 5 cpv. 4 LCart).

### **D. Disposizioni comuni**

#### **Cifra 6 Imprese**

Sono considerate imprese tutte le entità di diritto privato o di diritto pubblico, indipendentemente dal loro statuto giuridico, impegnate nel processo economico e che offrono o richiedono dei beni o dei servizi (art. 2 cpv. 1 e 1<sup>bis</sup> LCart).

#### **Cifra 7 Accordi**

(1) Per accordi in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese occupanti livelli identici o diversi di mercato, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (art. 4 cpv. 1 LCart).

(2) Per accordi orizzontali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese occupanti lo stesso livello di mercato e che sono effettivamente o potenzialmente concorrenti tra di loro.

(3) Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da due o più imprese occupanti livelli di mercato diversi riguardanti le condizioni commerciali secondo cui le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

#### **Cifra 8 Numero di collaboratori**

(1) Il numero dei collaboratori corrisponde al numero delle persone che hanno esercitato un'attività a tempo pieno presso l'impresa interessata o che sono a carico di quest'ultima nel corso dell'ultimo esercizio. Il lavoro fornito dalle persone che non hanno lavorato durante l'intero anno o che sono attive a tempo parziale è calcolato pro rata. Per le imprese recentemente fondate, che non dispongono ancora di un bilancio di fine anno, è determinante il numero dei collaboratori attivi al momento in cui l'accordo è concluso.

(2) Il numero di collaboratori comprende:

a) le persone attive nell'impresa che si trovano in un rapporto di subordinazione rispetto a quest'ultima (essenzialmente i salariati);

b) i lavoratori della propria impresa;

c) i soci che esercitano un'attività regolare presso l'impresa e che ne traggono vantaggi finanziari.

(3) Le persone in formazione professionale assunte sulla base di un contratto di apprendistato non sono calcolate nel numero dei collaboratori.

#### **Cifra 9 Cifra d'affari annuale**

Gli articoli 4 a 8 dell'Ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI; RS 251.4) sono applicabili per analogia al calcolo della cifra d'affari annuale delle imprese partecipanti all'accordo.

#### **Cifra 10 Valutazione**

La Commissione della concorrenza valuta gli effetti della presente comunicazione al più tardi dopo due anni.

#### **Cifra 11 Pubblicazione**

La presente comunicazione viene pubblicata nel foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

D 2	<b><i>Bibliografie</i></b> Bibliographie Bibliografia
-----	---

***SCHWEIZ***

HANGARTNER Yvo, "Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren": in AJP 1/2006, S. 43 ff.



**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  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMa Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i>	
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TA	Tribunal administratif
OGer	Obergericht	TApp	Tribunale d'Appello
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMC	Organisation mondiale du commerce	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OR	Obligationenrecht		
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
<b>P</b>		<b>U</b>	
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.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	<b>V</b>	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
<b>Q</b>		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
<b>R</b>		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)	<b>W</b>	
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)	<b>X</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>Y</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>Z</b>	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
<b>S</b>		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 -
- abgestimmte Verhaltensweise 48, 210
- Abrede 2, 5, 7, 9, 48 ff., 68, 73, 76, 80 ff., 94 f., 98, 102, 110, 114 f., 117, 139 f., 209 ff.
- Acquiring 2, 65 f., 68 ff., 76 f., 79, 82 ff., 90 f., 94 ff., 104 ff., 112 f., 115 f.
- Anhörung 78, 145, 170, 201, 208
- Apotheker/innen 196 f.
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 68 f., 71, 82, 84 f., 97, 102, 106, 110
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 9, 69, 84, 86 f., 89 f., 92, 96 f., 104, 108, 117
- Domestic Interchange Fee 72, 74 f., 81 ff., 98, 105, 110, 112 ff., 119 ff.
- E**
- Effizienzgründe 109 f.
- Effizienzprüfung 9
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 1 f., 5 f., 8 f., 52, 65, 68, 74 ff., 109 f., 114 ff., 118 f., 144, 148, 171, 174
- Erheblichkeit 94, 102
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 2, 9, 13, 21, 24, 32, 44, 65 ff., 70, 72 ff., 81 ff., 85 ff., 94 ff., 98, 104 ff., 119 ff.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau -
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 53, 66, 86, 132, 176, 211
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster 2, 65, 67, 74 f., 78 ff., 110 ff., 114 f., 118 f., 121, 126 f.
- Krankenversicherer 195, 197 f.
- Kreditkarten 1 f., 65 f., 68 ff., 77, 86 f., 89 ff., 107 ff., 113 ff., 117, 119 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 86, 90 f., 94, 96 f., 113, 115, 117
- L**
- legitimate business reasons 57
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 1, 3 ff., 9, 51 ff., 56 f., 62 f., 77, 96 f., 134 f., 137, 140 f., 149, 155 f., 160 f., 204, 206
- Marktgegenseite 53 ff., 86, 88, 91, 96, 132, 134 f., 139
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 52, 54, 63, 72, 97 f.
- Marktzutrittsschranken 11, 97
- Meldepflicht 131 f., 170
- Missbrauch 3, 9 f., 51 ff., 56 f., 78, 141, 149, 155 f., 160 f.
- N**
- Netzwerk 2, 67, 107, 118 ff.
- Netzwerkkosten 65, 67, 81, 110 f., 115
- Nichtdiskriminierungsklausel 2, 65, 67, 115
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 56, 97, 102
- Preisabrede (keine) 85, 94
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung 50, 93, 187
- R**
- Rabatte 89, 93, 99, 100, 113
- Reduktion der Sanktion 178
- S**
- Sanktionen 8, 12, 118, 141, 147, 149, 151, 176, 204
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 6, 10, 184 f.

Submissionskartell -

*T*

Tarife 3 f., 185

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen 3

Transparenzmassnahmen -

*U*

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 1 ff., 9, 51 ff., 58 f., 62 ff., 67 ff., 73 ff., 100,  
109, 112, 116 f., 119, 134, 141 f., 144, 146 f., 149, 154, 173,  
200, 202

unzulässige Wettbewerbsabrede 5, 9, 47 f., 81 f., 84

*V*

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 104, 113

Verschulden 169

Vierparteiensysteme 2

vorbehaltene Vorschriften 48, 63, 82, 146, 186

vorgezogene Recyclinggebühren -

*W*

Wettbewerb um den Markt -

*X*

*Y*

*Z*

Zahlungsmittel 9, 68 f., 75, 77, 86 ff., 105, 110 f., 113, 115,  
117, 121

zweiseitige Märkte -