



<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>

2006/2

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: 701.000.06/2)

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>

2006/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2006

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2006/2

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
5.	BGBM LMI LMI	
	1. Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick	221
	2. Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés	223
	3. Cenno delle caratteristiche della LMI e delle principali novità	225
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)	227
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. BLS Lötschbergbahn AG (BLS) - Regionalverkehr Mittelland AG (RM)	242
	2. Swisscom Fixnet AG - Cybernet (Schweiz) AG	248
	3. Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM	261
	4. Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation	291
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Cablecom GmbH/Swisscom AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission	296
	2. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission	308
	3. Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Wettbewerbskommission	310
	4. Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission	347
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	391
E	Diverses Divers Diversi	
E 1	1. Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes	392
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	416
	Index (deutsch, français e italiano)	418

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	5. <i>BGBM</i> <i>LMI</i> <i>LMI</i>
B 1.5	1. <i>Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick</i>

1. Ziele und Grundzüge des BGBM

Das BGBM strebt die Schaffung eines Binnenmarktes Schweiz an, auf welchem sich die Wirtschaftsteilnehmer möglichst frei von Marktzugangsbeschränkungen entfalten können. Damit soll die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft gestärkt werden.

Für die Zielerreichung verzichtet das BGBM auf eine Harmonisierung der unterschiedlichen kantonalen und kommunalen Regelungen im Bereich von Handel und Gewerbe (z.B. Gast- und Sanitärgewerbe). Es beschränkt sich auf die Festlegung von elementaren Grundsätzen für einen funktionierenden Binnenmarkt.

Im Zentrum steht der Grundsatz des freien Marktzugangs aufgrund der Herkunftsvorschriften (Herkunftsprinzip). Jede Person hat das Recht, Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes anzubieten. Beschränkungen des freien Marktzugangs durch die Behörden des Bestimmungsortes sind nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich und können von der betroffenen Personen mittels Beschwerde angefochten werden.

2. Die wichtigsten Neuerungen des revidierten BGBM

Mit dem revidierten BGBM sollen die noch bestehenden öffentlich-rechtlichen Marktzutrittsschranken beseitigt und die Berufsausübungsfreiheit sowie die Aufsichtsfunktion der Wettbewerbskommission (Weko) gestärkt werden.

a. Ausweitung des Rechts auf freien Marktzugang auf die gewerbliche Niederlassung (Art. 2 Abs. 4 BGBM)

Bislang beschränkte sich das Recht auf freien Marktzugang nach den Vorschriften des Herkunftsortes auf das grenzüberschreitende Anbieten von Waren,

Dienst- und Arbeitsleistungen (z.B. Versand von Medikamenten durch eine Apotheke mit Sitz im Kanton SO in den Kanton VD). Personen hingegen, die sich aufgrund der Natur ihrer Erwerbstätigkeit am Bestimmungsort niederlassen müssen, kamen nicht in den Genuss dieses Rechts. Dies galt zum Beispiel für einen Wirt, der in einem anderen Kanton eine Gaststätte betreiben wollte.

Das revidierte BGBM sieht neu vor, dass jede Person das Recht hat, sich zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Ortes der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch, wenn die Tätigkeit an diesem Ort aufgegeben wird. Die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften der Erstniederlassung obliegt den Behörden des Bestimmungsortes.

b. Verschärfung der Voraussetzungen für Beschränkungen des Marktzugangs und Verfahrensvorschriften (Art. 3 Abs. 1, 3 und 5 BGBM)

Die Behörde des Bestimmungsortes kann den freien Marktzugang beschränken, wenn: 1) die Beschränkungen auch für ortsansässige Personen gelten, 2) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und 3) verhältnismässig sind. Der Nachweis für die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist von der Behörde des Bestimmungsortes zu erbringen.

Die Verschärfung im revidierten BGBM besteht darin, dass die schlichte Verweigerung des Marktzugangs inskünftig nicht mehr erlaubt ist. Allfällige Beschränkungen dürfen nur in Form von Auflagen oder Bedingungen ergehen.

Des Weiteren gelten für das Kriterium der Verhältnismässigkeit in Zukunft strengere Anforderungen. So muss die Behörde des Bestimmungsortes die Berufserfahrung berücksichtigen, welche ein Anbieter am Herkunftsort erlangt hat. Dies ist in Fällen von Bedeutung, wo am Herkunftsort kein Fähigkeitsaus-

weis verlangt wird oder aber in Fällen, wo am Herkunftsort der Marktzugang mit einem Titel erworben wurde, den es am Bestimmungsort als solchen nicht gibt (z.B. Fähigkeitsausweis des Zahnprothetikers).

Schliesslich hat der (anfechtbare) Entscheid über Beschränkungen des freien Marktzugangs neu in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu erfolgen.

c. Kantonalen Vollzug von Bundesrecht (Art. 2 Abs. 6 BGBM)

Auf Antrag aus dem Nationalrat aufgenommen wurde eine neue Bestimmung, die Marktzutrittsschranken verhindern beziehungsweise beseitigen soll, welche aus dem uneinheitlichen Vollzug von Bundesrecht resultieren können (z.B. im Bereich der Lebensmittelgesetzgebung). Hat eine zuständige kantonale Vollzugsbehörde festgestellt, dass der Marktzugang für eine Ware oder Dienstleistung mit dem Bundesrecht übereinstimmt, oder hat sie den Marktzugang bewilligt, so gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz. Der für den Vollzug zuständigen Bundesbehörde steht dabei - zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion - das Beschwerderecht zu.

d. Ausschreibungspflicht für die Vergabe von Monopolkonzessionen an Private (Art. 2 Abs. 7 BGBM)

Dort, wo die Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole mittels Konzession auf Private übertragen wird, hat dies in Zukunft auf dem Ausschreibungsweg zu geschehen. Davon betroffen sind zum Beispiel Konzessionen für die Nutzung öffentlicher Gewässer.

Die Regelung des Verfahrens ist Sache der zuständigen Behörde, wobei eine analoge Anwendung der Regeln für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen naheliegend erscheint.

e. Anerkennung kantonalen Fähigkeitsausweise nach Massgabe des EU-Anerkennungsverfahrens

Für die interkantonale Anerkennung von Fähigkeitsausweisen, die vom Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU erfasst werden, ist inskünftig das EU-Anerkennungsverfahren massgebend. Damit gelten im Innen- und Aussenverhältnis dieselben Regeln, was zu mehr Rechtssicherheit führt und eine mögliche Schlechterstellung von Schweizer BürgerInnen gegenüber EU-BürgerInnen verhindert. Zwecks Sicherstellung des reibungslosen Vollzugs sieht das Gesetz vor, dass die Weko mit den Kantonen und den betroffenen Bundesstellen zusammenarbeitet.

Der neuen Regelung vorbehalten bleibt die (günstigere) Interkantonale Vereinbarung über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen, welche die automatische Anerkennung einer Reihe von Abschlüssen beziehungsweise Fähigkeitsausweisen vorsieht.

f. Beschwerderecht der Wettbewerbskommission (Weko)

Die Weko kann neu mittels Beschwerde feststellen lassen, ob ein Verwaltungs- oder Gerichtsentscheid den Marktzugang in unzulässiger Weise beschränkt. Dieses Recht ergänzt das bereits bestehende Beschwerderecht betroffener Privater und soll die Aufsichtsfunktion der Weko stärken.

g. Mitwirkungs- und Informationspflichten

Das revidierte BGBM verpflichtet schliesslich die Behörden aller Stufen zur Mitwirkung bei den Abklärungen der Weko, sei es in Form von Auskünften oder durch die Aushändigung relevanter Unterlagen.

Sie sind ebenfalls angehalten, der Weko alle BGBM-relevanten Verwaltungsentscheide zuzustellen. Dies ist Voraussetzung dafür, dass die Weko einen Überblick über die Praxis erlangen und ihr Beschwerderecht ausüben kann.

B 1.5

2. Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés**1. Buts et caractéristiques de la LMI**

La LMI vise la création d'un marché intérieur suisse sur lequel les acteurs économiques peuvent se développer et accéder librement au marché, ce qui contribue également à renforcer la compétitivité de l'économie suisse.

Pour atteindre l'objectif précité, la LMI renonce à harmoniser les différentes réglementations cantonales et communales en matière de commerce et de l'industrie (p.ex. dans les domaines de la restauration et des installations sanitaires), mais se limite à fixer les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.

Le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance constitue le principe-clé (principe du lieu de provenance). Toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse selon les prescriptions en vigueur dans le canton/la commune où l'offreur a son siège ou son établissement. La liberté d'accès au marché n'est toutefois pas absolue et peut, sous certaines conditions, être restreinte par les autorités du lieu de destination. Les particuliers concernés disposent néanmoins d'un droit de recours contre de telles restrictions.

2. Les principales nouveautés de la LMI révisée

La loi révisée vise à supprimer de manière efficace les entraves cantonales et communales à l'accès au marché et à renforcer la liberté d'exercer une profession ainsi que la fonction de surveillance de la Commission de la concurrence (Comco).

a. L'extension à l'établissement commercial de la liberté d'accès au marché (art. 2 al. 4 LMI)

Jusqu'à présent, la liberté d'accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance était limitée à l'offre transfrontalière de marchandises et de services (par exemple: la vente par correspondance de médicaments d'une pharmacie soleuroise dans le canton de Vaud). En revanche, des personnes exerçant une activité lucrative qui, du fait de sa nature, requiert l'établissement sur le lieu de prestation (par exemple un cafetier) ne pouvaient pas se prévaloir de cette liberté.

La LMI révisée prévoit dès lors que toute personne exerçant une activité lucrative est autorisée à s'établir sur tout le territoire suisse afin d'exercer cette activité conformément aux dispositions en vigueur au lieu du premier établissement. Il en va de même en cas d'abandon de l'activité au lieu du premier établissement. Le contrôle du respect des dispositions applicables au lieu du premier établissement incombe aux autorités du lieu de destination.

b. Durcissement du régime de restrictions à la liberté d'accès au marché et règles procédurales (art. 3 al. 1, 3 et 5 LMI)

A titre exceptionnel, la liberté d'accès au marché peut être restreinte par l'autorité du lieu de destination si ces restrictions: 1) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, 2) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et 3) répondent au principe de la proportionnalité. Il incombe à l'autorité du lieu de destination de démontrer que la restriction envisagée est justifiée.

Le durcissement du régime consiste à ce que le simple refus de l'accès au marché est dorénavant interdit. D'éventuelles restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions.

De telles restrictions sont également soumises à des exigences accrues en matière de proportionnalité. En effet, la loi révisée oblige les autorités à tenir aussi compte de l'expérience professionnelle que l'offreur a acquise au lieu de provenance. On se réfère notamment à des cas où aucun certificat de capacité n'est exigé dans le lieu de provenance ou lorsque l'accès au marché dans le lieu de provenance est conditionné par un titre qui n'existe pas dans le lieu de destination (par exemple: le certificat de capacité de prothésiste-dentaire).

Enfin, les décisions relatives aux restrictions à la liberté d'accès au marché doivent dorénavant faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite.

c. Exécution cantonale du droit fédéral (art. 2 al. 6 LMI)

Sur proposition du Conseil national, une nouvelle disposition a été inscrite dans la loi, afin d'empêcher, respectivement d'éliminer les restrictions d'accès au marché pouvant résulter de l'exécution hétérogène du droit fédéral (par exemple dans le domaine de la législation des denrées alimentaires). Plus concrètement, cela signifie qu'à partir du moment où l'autorité d'exécution cantonale compétente constate que l'accès au marché pour une marchandise ou une prestation de services concorde avec le droit fédéral, ou qu'elle concède l'accès au marché, sa décision est valable dans toute la Suisse. L'autorité fédérale compétente pour l'exécution de la loi dispose d'un droit de recours, qui s'inscrit dans le cadre de sa fonction de surveillance.

d. Transfert de l'exploitation des monopoles à des privés (art. 2 al. 7 LMI)

Les cantons et les communes peuvent transférer à des privés l'exploitation de leurs monopoles en recourant à des concessions. A l'avenir, cette opération doit impérativement passer par un appel d'offres. L'exploitation des eaux publiques est un des domaines visés à cet effet.

Les autorités concernées fixent les modalités des appels d'offres. Bien entendu, les règles d'attribution des marchés publics peuvent être appliquées par analogie.

e. Reconnaissance des certificats de capacité cantonaux selon la procédure de reconnaissance de l'UE

La reconnaissance intercantonale des certificats de capacité, qui se conçoit en relation avec l'accord bilatéral du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes conclu avec l'UE, devra à l'avenir s'effectuer selon la procédure de reconnaissance de l'UE. Ainsi, les mêmes règles de reconnaissance s'appliqueront sur le plan interne (entre cantons) et externe (UE). L'harmonisation des règles de reconnaissance contribue à la sécurité du droit et évite une éventuelle discrimination des Suisses par rapport aux ressortissants européens. Afin de garantir la bonne exécution de la loi, il est prévu que la Comco collabore avec les cantons et les services fédéraux chargés des questions de reconnaissance.

La nouvelle réglementation réserve les accords intercantonaux en matière de reconnaissance des diplômes

(réglementation plus avantageuse que celle de l'UE) qui prévoient la reconnaissance automatique des diplômes, respectivement des certificats de capacité.

f. Droit de recours de la Comco

La Comco peut dorénavant déposer un recours afin de faire constater qu'une décision administrative restreint indûment l'accès au marché. Ce droit de recours complète celui des personnes lésées et renforce la fonction de surveillance de la Comco.

g. Obligation de collaborer et de renseigner

La loi révisée oblige les autorités cantonales et communales à collaborer aux recherches de la Comco par le biais de renseignements et de la mise à disposition des pièces nécessaires.

Les autorités sont également tenues de transmettre à la Comco les décisions rendues en application de la LMI. Cette obligation est indispensable pour que la Comco puisse procéder à une appréciation de la pratique et, le cas échéant, exercer son droit de recours.

B 1.5

3. *Cenno delle caratteristiche della LMI e delle principali novità***1. *Obiettivi e caratteristiche della LMI***

La LMI mira alla creazione di un mercato interno svizzero sul quale gli attori economici possono svilupparsi e accedere liberamente al mercato, cosa che contribuisce ugualmente a rinforzare la competitività dell'economia svizzera.

Per raggiungere l'obiettivo precitato, la LMI rinuncia a armonizzare le diverse regolamentazioni cantonali e comunali in materia di commercio e di industria (p.es. nel ambito della restaurazione e degli impianti sanitari), ma si limita a fissare i principi elementari necessari al buon funzionamento del mercato interno.

Il principio del libero accesso al mercato giusta le prescrizioni del luogo di provenienza costituisce il principio chiave (principio del luogo di provenienza). Ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio svizzero giusta le prescrizioni vigenti nel cantone/nel comune dove l'offerente ha la sua sede o il suo stabilimento. Il libero accesso al mercato non è tuttavia assoluto e può, a certe condizioni, essere ristretto dalle autorità del luogo di destinazione. I particolari toccati dai provvedimenti dispongono nondimeno del diritto di ricorso contro tali restrizioni.

2. *Le principali novità della revisione della LMI*

La revisione della legge mira a sopprimere in modo efficace gli intralci cantonali e comunali all'accesso al mercato e a potenziare da un lato la libertà di esercitare una professione dall'altro la funzione di vigilanza della Commissione della concorrenza (Comco).

a. *L'estensione del diritto del libero accesso al mercato sugli stabilimenti commerciali (art. 2 cpv. 4 LMI)*

Finora, la libertà d'accesso al mercato giusta le prescrizioni del luogo di provenienza era limitata all'offerta transfrontaliera di merci e di servizi (p.es.: la vendita per corrispondenza di medicinali di una farmacia del Cantone di Soletta nel Cantone di Vaud). Per contro, le persone che esercitano un'attività lucrativa che per la sua natura richiede di stabilirsi nel luogo di prestazione (p.es. un ristoratore) non poteva approfittare di questa libertà.

La revisione della LMI prevede ora che ogni persona che esercita un'attività lucrativa è autorizzata a stabilirsi su tutto il territorio svizzero per esercitare la propria attività conformemente alle disposizioni vigenti nel luogo del primo stabilimento. La stessa cosa vale in caso di abbandono dell'attività nel luogo del primo stabilimento. Il controllo del rispetto delle disposizioni applicabili nel luogo del primo stabilimento incombe alle autorità del luogo di destinazione.

b. *Irrigidimento del regime delle restrizioni relative alla libertà d'accesso al mercato e regole procedurali (art. 3 cpv. 1, 3 e 5 LMI)*

A titolo eccezionale, la libertà d'accesso al mercato può essere limitata dall'autorità del luogo di destinazione se queste restrizioni 1) si applicano nella stessa misura agli offerenti locali, 2) sono indispensabili per preservare interessi pubblici preponderanti, e 3) sono conformi al principio di proporzionalità. Incombe all'autorità del luogo di destinazione di dimostrare che la restrizione prevista è giustificata.

L'irrigidimento del regime consiste nel fatto che il semplice rifiuto dell'accesso al mercato d'ora in poi è vietato. Eventuali restrizioni devono prendere la forma di obblighi o di condizioni.

Tali restrizioni sono ugualmente sottomesse alle esigenze accresciute in materia della proporzionalità. Infatti, la revisione della legge obbliga le autorità a tenere conto anche dell'esperienza professionale che l'offerente ha acquisito nel luogo di provenienza. Facciamo riferimento in particolare ai casi in cui nessun certificato di capacità è stato richiesto nel luogo di provenienza e ai casi in cui l'accesso al mercato nel luogo di provenienza è condizionato da un titolo che non esiste nel luogo di destinazione (p.es.: certificato di capacità per odontotecnici).

Finalmente, d'ora in poi le decisioni relative alle restrizioni della libertà d'accesso al mercato devono fare oggetto di una procedura semplice, rapida e gratuita.

c. *Esecuzione cantonale del diritto federale (art. 2 al. 6 LMI)*

Su proposta del Consiglio nazionale, una nuova disposizione è stata iscritta nella legge in modo da impedire, rispettivamente da eliminare le restrizioni dell'accesso al mercato che possono risultare dall'esecuzione eterogenea del diritto federale (p.es. nel ambito della legislazione sulle derrate alimentari). Più concretamente questo significa che a partire dal momento in cui l'autorità d'esecuzione cantonale competente constata che l'accesso al mercato per una merce o una prestazione di servizi concorda con il diritto federale o che concede l'accesso al mercato, la sua decisione vale in tutta la Svizzera. L'autorità federale competente per l'esecuzione della legge dispone di un diritto di ricorso che si colloca nel quadro della sua funzione di sorveglianza.

d. *Trasferimento dello sfruttamento dei monopoli a dei privati (art. 2 al. 7 LMI)*

I cantoni e i comuni possono trasferire a privati lo sfruttamento dei loro monopoli facendo ricorso a delle concessioni. Nel futuro, questa operazione deve imperativamente svolgersi su concorso. Lo sfruttamento delle acque pubbliche è uno degli ambiti mirati.

Le autorità fissano le modalità del concorso. Va da sé che le regole sull'attribuzione dei mercati pubblici possono essere applicate per analogia.

e. Riconoscimento di certificati di capacità cantonali giusta la procedura di riconoscimento dell'UE

Il riconoscimento intercantonale dei certificati di capacità in relazione all'accordo bilaterale del 21 giugno 1999 sulla libera circolazione delle persone concluso con l'Unione Europea (UE), in futuro dovrà effettuarsi giusta la procedura di riconoscimento dell'UE. Così, le stesse regole di riconoscimento si applicheranno sul piano interno (fra cantoni) e esterno (UE). L'armonizzazione delle regole di riconoscimento contribuisce alla sicurezza del diritto e evita un'eventuale discriminazione degli Svizzeri rispetto a cittadini europei. Per garantire la buona esecuzione della legge, è previsto che la Comco collabori con i cantoni e i servizi federali incaricati dei problemi di riconoscimento.

La nuova regolamentazione non si applica agli accordi intercantonali in materia di riconoscimento dei diplomi (regolamentazione più vantaggiosa di quella

dell'UE) che prevedono il riconoscimento automatico dei diplomi, rispettivamente dei certificati di capacità.

f. Diritto di ricorso della Comco

D'ora in poi, la Comco può depositare un ricorso per dimostrare che una decisione amministrativa limita indebitamente l'accesso al mercato. Questo diritto di ricorso completa quello delle persone lese e rinforza la funzione di sorveglianza della Comco.

g. Obbligo di collaborare e di informare

La revisione della legge obbliga le autorità cantonali e comunali a collaborare alle ricerche della Comco per mezzo di informazioni e attraverso la messa a disposizione di documenti necessari.

Le autorità sono ugualmente tenute a trasmettere alle Comco le decisioni rese in applicazione della LMI. Quest'obbligo è indispensabile affinché la Comco possa procedere a un apprezzamento della pratica e, eventualmente, esercitare il suo diritto di ricorso.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. <i>Untersuchungen</i> <i>Enquêtes</i> <i>Inchieste</i>
B 2.2	1. <i>Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)</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 19. Dezember 2005 in Sachen Untersuchungen gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG) wegen (allenfalls) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG, gegen AEW Energie AG, Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau AG, Elektrizitätswerk des Kantons Zürich, St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG und Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG)

Einstellung des Verfahrens; keine unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG. Gegenstand des Verfahrens waren Vertriebspartnerschaftsverträge mit einer Dauer von in der Regel fünf Jahren, die eine Verpflichtung der Endverteiler zum exklusiven Bezug von Elektrizität enthielten. Die Wettbewerbskommission erachtet langfristige Exklusivlieferverträge im Strombereich als unbedenklich, wenn sie mit einer Verpflichtung zur vollständigen Versorgung des betreffenden Abnehmers verbunden sind, und wenn neben den betreffenden Verträgen den jeweiligen Abnehmern kurzfristige (d.h. höchstens einjährige) Verträge zur Verfügung standen.

Classement de la procédure; pas de pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante selon l'article 7 LCart. Les contrats de partenariat de distribution faisant l'objet de l'enquête, conclus en règle

générale pour une durée de cinq ans, contiennent, entre autres, l'obligation pour les distributeurs finaux, de s'approvisionner en électricité exclusivement auprès de leur entreprise électrique cantonale respective. La Commission de la concurrence considère que des contrats exclusifs de livraison conclus pour une longue durée dans le secteur de l'électricité sont admissibles lorsqu'ils sont liés à une obligation d'approvisionnement intégral de l'acheteur en question et que parallèlement à ces contrats, des contrats de courte durée (à savoir d'un an au maximum) ont été ou sont proposés, légalement et effectivement, aux acheteurs.

Chiusura della procedura; nessuna pratica illecita di imprese che dominano il mercato giusta l'articolo 7 LCart. I contratti relativi agli accordi di distribuzione in esame, che erano stipulati in generale per una durata di cinque anni, contenevano, tra le altre cose, l'obbligo per il distributore finale di acquistare elettricità dalle aziende elettriche cantonali convenzionate. La Commissione della concorrenza considera dei contratti a lungo termine nel settore dell'elettricità come non problematici quando essi prevedono l'obbligo di un totale approvvigionamento del rispettivo acquirente e quando per gli acquirenti erano o sono disponibili contemporaneamente dei contratti che da un punto di vista giuridico e materiale sono a breve termine (al massimo di un anno).

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	228
A.1	Gegenstand der Untersuchungen	228
A.2	Verfahren	229
B	Erwägungen	230
B.1	Geltungsbereich	230
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	230
B.2.1	Bundesrecht	230

B.2.2	Kantonales Recht	230	B.3.1.3	Zwischenergebnis	237
B.2.2.1	NOK-Gründungsvertrag	230	B.3.2	Keine unzulässigen Verhaltensweisen	237
B.2.2.2	Kanton Aargau	231	B.3.2.1	Änderung der Verhalten seit Untersuchungseröffnung	237
B.2.2.3	Kanton Zürich	231	B.3.2.2	Kartellrechtliche Beurteilung der langfristigen Exklusivvereinbarungen	238
B.2.2.4	Kanton Thurgau	232	B.3.2.2.1	Behinderungstatbestand	238
B.2.2.5	Kantone St. Gallen und Appenzell Inner- und Ausserrhoden	233	B.3.2.2.2	Kein Benachteiligungstatbestand (Ausbeutungstatbestand)	240
B.2.3	Ergebnis	234	B.3.2.3	Ergebnis	240
B.3	Keine unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	234	C	Kosten	240
B.3.1	Marktbeherrschende Stellung	234	D	Dispositiv	240
B.3.1.1	Der relevante Markt	234			
I.	Sachlich relevanter Markt	234			
II.	Räumlich relevanter Markt	235			
B.3.1.2	Aktueller und potenzieller Wettbewerb	235			

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchungen

1. Die AEW Energie AG (AEW) ist ein Stromunternehmen, welches zu 100% dem Kanton Aargau gehört. Es verfügt über eigene Stromnetze und -produktionsanlagen. Im Jahr 2003/04 setzte es in seinem Versorgungsgebiet 3'929,2 Mio. kWh Elektrizität ab, die Strombeschaffung wurde zu 96,7% durch Lieferungen der Axpo-Gruppe gedeckt, der Rest durch direkte Einspeisungen von unabhängigen Produzenten ins AEW-Netz (Geschäftsbericht AEW Energie AG 2003/2004, S.16 f.).

2. Die Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau AG (EKT) ist ein Stromunternehmen, welches sich zu 100% im Eigentum des Kantons Thurgau befindet und über eigene Stromnetze verfügt. Im Jahr 2003/04 gab es Elektrizität im Umfang von 1'334,7 Mio. kWh ab, die Strombeschaffung wurde fast vollständig durch Lieferungen der Axpo-Gruppe gedeckt (Geschäftsbericht EKT 2003/2004, S. 8.).

3. Die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) sind ein Elektrizitätsunternehmen, welches sich zu 100% im Eigentum des Kantons Zürich befindet und über eigene Stromnetze verfügt. Im Geschäftsjahr 2003/04 erzielten sie einen Stromumsatz von 5'650 GWh.

4. Die St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG (SAK) ist ein Elektrizitätsunternehmen, dessen Aktienkapital sich im ausschliesslichen Besitz der Kantone St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden befindet. Die SAK verteilen elektrische Energie im Gebiet ihrer Aktionärskantone mit Ausnahme der Städte St. Gallen und Rorschach und verfügen hierzu insbesondere über eigene Stromnetze.

5. Die 1999 gegründete Axpo AG tritt infolge einer Restrukturierung seit 1. Oktober 2004 unter dem Namen Axpo Vertrieb AG auf. Die Axpo Vertrieb AG

(Axpo) gehört zur Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK), welche wiederum zu 100% von der Axpo Holding AG gehalten wird. Die Axpo Holding AG hält daneben Mehrheitsbeteiligungen an den Central-schweizerischen Kraftwerken (CKW), der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL) sowie der Axpo Informatik AG.

6. Die Aktien der Axpo Holding AG befinden sich zu 100% in der Hand der nordostschweizerischen Kantone beziehungsweise deren Kantonswerke. Die Aktien der Axpo Holding AG verteilen sich im Detail wie folgt:

- Kanton Zürich:	18,342%
- EKZ:	18,410%
- Kanton Aargau:	13,975%
- AEW Energie AG:	14,026%
- SAK:	12,501%
- EKT:	12,251%
- Kanton Schaffhausen:	7,875%
- Kanton Glarus:	1,747%
- Kanton Zug:	0,873%

7. Gegenstand der Untersuchungen ist zu klären, ob die AEW und die Axpo, die EKT und die Axpo, die EKZ und die Axpo, sowie die SAK und die Axpo durch die Vertriebspartnerschaften mit Endverteilern (Eigentümer von lokalen Elektrizitätsnetzen niedriger Spannung, oftmals Gemeindewerke) in ihren jeweiligen Netzgebieten eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbrauchen.

8. Die Vertriebspartnerschaftsverträge werden in der Regel für eine Dauer von fünf Jahren abgeschlossen, wobei die entsprechenden Verträge teilweise verlängert wurden. In den Verträgen wurde insbesondere Folgendes vereinbart:

- Verpflichtung des Endverteilers zum exklusiven Bezug von Elektrizität beim jeweiligen Kantonswerk,

- Verpflichtung des Endverteilers, Marketingaktivitäten im Rahmen seiner Möglichkeiten mitzutragen,
- Preisrabatte im Vergleich zu denjenigen Endverteilern, welche keine Vertriebspartnerschaft eingehen,
- Verpflichtung des Kantonswerks, mit Kunden des Endverteilers nur mit dessen Einverständnis Kontakt aufzunehmen,
- offener Informationsaustausch über Marketing und Dienstleistungen sowie über relevante Marktdaten und Vertragsbedingungen,
- nach Möglichkeit Vereinheitlichung des Angebots.

A.2 Verfahren

9. Aufgrund einer Beschwerde der Industriellen Betriebe Wohlen (IBW) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) nach einer vorgängigen ersten Befragung der Axpo am 10. August 2001 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Kartellgesetz (KG) gegen AEW, EKT, EKZ, SAK, Axpo sowie gegen das Elektrizitätswerk des Kantons Schaffhausen (EKS).

10. Diese Vorabklärung sollte prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit den oben beschriebenen Vertriebspartnerschaften unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 KG oder Artikel 7 KG verbunden sind.

11. Im Rahmen der Vorabklärung wurden AEW, EKS, EKT, EKZ, SAK und Axpo befragt sowie bei den IBW weitere Informationen eingeholt.

12. Mit Schreiben vom 27. März 2002 teilte das Sekretariat dem EKS mit, dass aus prozessökonomischen Gründen auf die Eröffnung einer Untersuchung gegen das EKS verzichtet wird, da dieses über ein verhältnismässig begrenztes Netzgebiet verfügt und lediglich einen Endverteiler mit Elektrizität beliefert.

13. Am 27. März 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission vier Untersuchungen gemäss Artikel 27 KG. Diese richteten sich gegen die AEW und die Axpo AG, die EKT und die Axpo AG, die EKZ und die Axpo AG, sowie gegen die SAK und Axpo AG. Mit den Untersuchungen sollte geprüft werden, ob die betreffenden Unternehmen mit den Vertriebspartnerschaften eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbrauchen. Die Untersuchungseröffnungen wurden den betreffenden Unternehmen mit Schreiben desselben Tages mitgeteilt.

14. Mit Schreiben vom 9. April 2002 teilte das Unternehmen X¹ mit, dass sie sich im Sinne von Artikel 28 Absatz 2 sowie Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG an den Untersuchungen gegen die Elektrizitätswerke der Axpo-Gruppe beteiligen will. Mit Schreiben vom 12. April 2002 teilte das Sekretariat dem Unternehmen X mit, dass dem Gesuch im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG stattgegeben wird.

15. Mit Schreiben vom 24. April 2002 teilte das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) mit, dass es sich gemäss Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG an der Untersuchung gegen die Axpo AG und die EKZ betei-

ligen möchte. Mit Schreiben vom 2. Mai 2002 teilte das Sekretariat mit, dass diesem Gesuch stattgegeben wird und, da gemäss den vorliegenden Informationen das ewz eine Dienststelle des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich sei, als Beteiligte die Stadt Zürich betrachtet werde.

16. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchungen mittels Publikation im Bundesblatt Nr. 18 vom 7. Mai 2002 bekannt.

17. Mit Schreiben vom 31. Mai 2002 teilten die Stadtwerke Arbon ihre Teilnahme an der Untersuchung gegen das EKT und die Axpo AG mit und reichten Unterlagen ein. Mit Schreiben vom 5. Juni 2002 teilte das Sekretariat den Stadtwerken Arbon mit, dass diese sich an der betreffenden Untersuchung beteiligen können.

18. Mit Schreiben vom 4. Juni 2002 meldete die Elektrizitätswerke Jona-Rapperswil AG (EWJR) ihre Beteiligung am Untersuchungsverfahren gegen die SAK und die Axpo AG an. Mit Schreiben vom 5. Juni 2002 teilte das Sekretariat der EWJR mit, dass sich diese an der Untersuchung gegen die SAK und Axpo AG beteiligen könne. Mit Schreiben vom 16. August 2002 reichte EWJR eine weitere Stellungnahme ein.

19. Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens wurden in den Jahren 2002 bis 2005 bei zahlreichen Unternehmen weitere Auskünfte zum Wettbewerb bei der Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität eingeholt. Der Sachverhalt musste aufgrund der Verhaltensanpassungen der Parteien mehrmals ergänzt werden (vgl. hierzu Abschnitt B.3.2.1). Insbesondere wurden die Vertriebspartnerschaftsverträge in wesentlichen Teilen abgeändert und die betroffenen Parteien beantragten in ihren Schreiben vom 30. September 2004, 4. Oktober 2004, vom 29. Oktober 2004 und vom 1. November 2004 eine Einstellung der Untersuchungsverfahren infolge Gegenstandslosigkeit beziehungsweise Unbedenklichkeit der noch bestehenden Rechtsverhältnisse. Weiter wurden bei den kantonalen Behörden Unterlagen zu den kantonalen Gesetzgebungen einverlangt. AEW und SAK reichten eine Studie von PriceWaterhouseCoopers "Comparison of Swiss Electricity Prices" vom 25. Oktober 2002 ein.

20. Mit Schreiben vom 30. März 2005 reichte die SAK betreffend die Vertriebspartnerschaften eine Meldung gemäss den Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beziehungsweise Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG ein. Entsprechende Meldungen gingen weiter von der EKT mit Schreiben vom 30. März 2005, von den EKZ und der Axpo mit Schreiben vom 31. März 2005 sowie von der AEW mit Schreiben vom 30. März 2005 ein.

21. Am 30. August 2005 wurde den Parteien der Antrag des Sekretariates zur Stellungnahme unterbreitet. Axpo und EKZ haben mit Schreiben vom 27. be-

¹ Name ist der Wettbewerbskommission bekannt.

ziehungsweise 30. September 2005 zum Antrag des Sekretariats Stellung genommen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

22. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

23. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die AEW, EKT, EKZ, SAK und Axpo sind als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG zu qualifizieren.

24. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar (vgl. Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF, RPW 2001/2, S. 268, Ziff. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2, Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

25. 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).

26. Eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG kann sich grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben (Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF; RPW 2001/2, S. 278, Ziff. 137). Nur wenn sich tatsächlich die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung feststellen lässt, kann ein Vorbehalt bezogen auf einem bestimmten Markt angenommen werden. In allen übrigen Fällen beschränkt sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger, der zur Erfüllung dieser Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet ist. Nur für den engen Bereich dieser spezifischen Aufgabenerfüllung kann sich dieser Unternehmensträger auf den Vorbehalt im Kartellgesetz berufen. Soweit für die Erfüllung dieser Aufgabe jedoch noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien bleibt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 1998, n. 5 ad Art. 3; BGE 129 II 497, E. 3.3.1).

B.2.1 Bundesrecht

27. Im Bundesrecht bestehen in Bezug auf die Elektrizitätsversorgung und/oder die Elektrizitätsverteilung keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG (Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF; RPW 2001/2, S. 278 f., Ziff. 138 ff.).

B.2.2 Kantonaes Recht

B.2.2.1 NOK-Gründungsvertrag

28. Im "Vertrag zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzell A.-Rh. und Zug vom 22. März 1914 betreffend Gründung der Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG" (NOK-Gründungsvertrag, Zürcher Gesetzessammlung 732.2) verpflichten sich die beteiligten Kantone, die gesamte elektrische Energie für ihre staatliche Kraftversorgung von der NOK zu beziehen, so lange diese in der Lage sind, zu annehmbaren Bedingungen Kraft zu liefern. Vorbehalten bleiben die bestehenden Kraftbezüge, Bezüge aus eigenen Anlagen und die in bestehenden und künftigen Konzessionen reservierten Vorzugskraftquoten, ebenso der Ausbau der bestehenden Anlagen (§ 4 NOK-Gründungsvertrag).

29. Diese Bestimmung verpflichtet ausschliesslich die beteiligten Kantone bezüglich ihrer staatlichen Energieversorgung, das heisst ihre Kantonswerke, Dritte werden nicht gebunden. Die Bestimmung bezieht sich entsprechend nicht auf den Elektrizitätsversorgungsmarkt in den betreffenden Kantonen insgesamt und vermag deshalb keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen, welche auf einem **Markt** für bestimmte Waren und Leistungen Wettbewerb nicht zulässt.

30. Weiter besteht die Verpflichtung zum exklusiven Strombezug von der NOK nur, solange diese in der Lage ist, zu annehmbaren Bedingungen Elektrizität zu liefern. Entsprechend wird bewusst potenzielle Konkurrenz zugelassen, auf welche die Kantone zurückgreifen können, sollte die NOK ihr Exklusivlieferrecht dazu einsetzen, nicht annehmbare Bedingungen zu stellen.

31. Aus den genannten Gründen stellt die zitierte Bestimmung in Paragraf 4 NOK-Gründungsvertrag keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG dar.

32. Paragraf 4 des NOK-Gründungsvertrages verpflichtet die NOK im Weiteren, in den beteiligten Kantonen die Elektrizität unter gleichen Verhältnissen zu gleichen Bedingungen abzugeben, vorbehaltlich der bestehenden Verträge und Konzessionen. Dieser Preissetzungsgrundsatz bezieht sich nur auf die NOK und bindet Dritte nicht. Er vermag daher keine staatliche Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen.

33. Gemäss Paragraf 5 NOK-Gründungsvertrag haben die Kantone bei Projekten von Anlagen mit mindestens 10'000 PS - unter Vorbehalt der kantonalen Gesetzgebung - der NOK zu den gleichen Bedingungen

ein Vorzugsrecht vor privaten Konzessionsbewerbern einzuräumen. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich auf die Stromproduktion. Vorliegend relevant ist hingegen, ob vorbehaltene Vorschriften in Bezug auf die Stromversorgung und/oder -verteilung bestehen, da - wie nachfolgend gezeigt werden wird - die allfällige marktbeherrschende Stellungen auf den Märkten für Stromversorgung bestehen beziehungsweise sich das fragliche Verhalten auf den Märkten für Stromversorgung auswirkt. Aus diesen Gründen kann grundsätzlich offen bleiben, ob Paragraph 5 NOK-Gründungsvertrag in Bezug auf die Stromproduktion eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG darstellt. Es ist an dieser Stelle jedoch anzufügen, dass ein Vorzugsrecht eines Unternehmens auf Produktionskonzessionen keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG darstellt, da hierdurch nicht der Wettbewerb - wie von Artikel 3 Absatz 1 KG gefordert - nicht zugelassen, sondern lediglich eingeschränkt wird.

34. Weitere Bestimmungen im NOK-Gründungsvertrag, welche eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG darstellen könnten, sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich entgegen den Ausführungen von Axpo und EKZ, dass der NOK-Gründungsvertrag keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründet.

B.2.2.2 Kanton Aargau

35. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 des Energiegesetzes des Kantons Aargau vom 9. März 1993 (EnergieG, SAR 773.100) können Kanton und Gemeinden Energieanlagen selbst erstellen und betreiben, sofern der private Sektor die betreffenden Bedürfnisse nicht oder nicht genügend deckt. Sie können sich an solchen Unternehmen beteiligen oder die erforderlichen Zusammenarbeitsverträge abschliessen. Gemäss Artikel 1 Absatz 2 Energie-G sind bei den staatlichen Aktivitäten im Energiebereich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der wirtschaftlichen Tragbarkeit zu beachten.

36. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass das Recht des Kantons Aargau keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründet. Wille des Gesetzgeber war es vielmehr, den Markt und die private Initiative spielen zu lassen und staatlich nur subsidiär einzugreifen, wo diese zur Deckung der Elektrizitätsbedürfnisse nicht ausreichen.

37. Aufgrund dessen begründet auch das Dekret über den Leistungsauftrag der AEW Energie AG vom 7. September 1999 (SAR 773.330) keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG. Das Dekret über den Leistungsauftrag der AEW Energie AG weist dieser lediglich einen Versorgungsauftrag - aber kein Versorgungsmonopol - zu, wobei dieser Versorgungsauftrag lediglich einen Beitrag zur Versorgungssicherheit umfasst (Art. 2 Dekret über den Leistungsauftrag der AEW Energie AG).

B.2.2.3 Kanton Zürich

38. Das Gesetz betreffend die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EKZ-Gesetz; 732.1) hält fest, dass die EKZ den Kanton wirtschaftlich, sicher und umweltgerecht mit elektrischer Energie versorgen; ausgenommen ist das Gebiet der Stadt Zürich (§ 2 EKZ-Gesetz).

39. Der Wortlaut von Paragraph 2 EKZ-Gesetz statuiert einzig und allein eine Versorgungspflicht der EKZ. Eine andere Interpretation lassen auch die Materialien nicht zu: Im Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 15. Juli 1981 zum EKZ-Gesetz (Antrag EKZ-Gesetz) wird auf Seite 1381 lediglich festgehalten, dass für die Versorgung des Kantons (mit Ausnahme der Stadt Zürich) mit elektrischer Energie grundsätzlich die EKZ allein zuständig sei. Daraus kann nur gefolgert werden, dass neben den EKZ kein anderes Elektrizitätsunternehmen einen Versorgungsauftrag erhält. Die verschiedenen Voten während der Beratung des Gesetzes im Kantonsrat ergeben ebenfalls keinen Hinweis auf ein rechtliches Versorgungsmonopol (vgl. Protokoll des Kantonsrates 1979-1983, Bd. IX, S. 11185 ff.; nachstehend Protokoll). So wird ausgeführt, mit Paragraph 2 werde den EKZ der Versorgungsauftrag für elektrische Energie erteilt. Dies ergebe in der Folge die Pflicht, für den Unterhalt von Anlagen und Netz zu sorgen (Protokoll, S. 11200, Votum E. GADOLA). Demgegenüber wird an verschiedenen Stellen auf das Bestehen eines faktischen Monopols hingewiesen.

40. Es ist weiter zu prüfen, ob allenfalls Paragraph 7 EKZ-Gesetz (allein oder in Verbindung mit § 2 EKZ-Gesetz) ein rechtliches Monopol begründet. Unter dem Titel "Verhältnis zu Dritten" wird darin festgehalten: Erzeugung, Übertragung und Verwendung elektrischer Energie durch Private auf ihren Grundstücken zum Eigenbedarf ist gestattet. Organisationen des öffentlichen Rechts dürfen selbst erzeugte elektrische Energie nur für den Bedarf des betreffenden Werks verwenden. Die Wiederverkäufer sind berechtigt, die elektrische Energie in ihrem Absatzgebiet selbst zu verteilen. Die EKZ nehmen im Rahmen ihrer Verpflichtungen gegenüber der NOK den in Absatz 1 genannten Erzeugern die überschüssige Energie in einer für das Netz geeigneten Form ab. Der Preis richtet sich nach den Gestehungskosten für gleichwertige elektrische Energie, welche die EKZ zusätzlich anderweitig beschaffen müssten."

41. Die Bedeutung dieser Bestimmung wird erst unter Beizug der Materialien klar: Der Regierungsrat des Kantons Zürich hält in seinem Antrag vom 15. Juli 1981 zum EKZ-Gesetz (Antrag EKZ-Gesetz) auf Seite 1379 fest, dass die EKZ schon heute für die Verteilung der Elektrizität im Kanton Zürich ein weit reichendes faktisches Monopol besitzen, ohne dass aber die Rechtsbeziehungen zu Dritten irgendwie geregelt wären. Diese Formulierung kann nur so verstanden werden, dass die EKZ auch in Zukunft ein faktisches Monopol haben sollen. Andernfalls hätte an dieser Stelle oder zumindest beim Kommentar zu Paragraph 7 EKZ-Gesetz zwingend darauf hingewiesen werden

müssen, dass nun neu ein rechtliches Monopol eingeräumt werde.

42. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Paragraph 7 EKZ-Gesetz den Titel "Verhältnis zu Dritten" trägt. Hätte mit dieser Bestimmung ein rechtliches Versorgungsmonopol der EKZ geschaffen werden sollen, so wäre es notwendig gewesen, einen Satz über das Verhältnis zum Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) und insbesondere über den bestehenden Gebietsabgrenzungsvertrag zwischen EKZ und ewz (Vertrag zwischen den Elektrizitätswerken des Kantons Zürich und dem Elektrizitätswerk der Stadt Zürich vom 24.11.1921) zu verlieren. Gestützt auf diesen Vertrag traten die EKZ dem ewz verschiedentlich die Versorgung von Strombezügern ab. Hätten die EKZ über ein rechtliches Monopol verfügt, so hätte diese partielle Übertragung des Monopols an einen Dritten hier ebenfalls geregelt werden müssen.

43. Auch die Voten im Kantonsrat sprechen gegen die Herleitung eines rechtlichen Versorgungsmonopols der EKZ. So findet sich im Protokoll keine einzige Stelle, die auf die Einführung eines rechtlichen Monopols Bezug nehmen würde. Vielmehr wird immer wieder betont, dass die EKZ ein faktisches Monopol besitzen:

- "Während die EKZ bei der Stromverteilung keine private Konkurrenz kennen, besteht eine solche im Bereich Hausinstallationen" (Protokoll, S. 11186, Votum E. TOSCANO).
- "Heute sprechen wir aber über ein Gebiet, auf dem gar kein Markt existiert. Die Stromversorgungsunternehmen sind Monopolbetriebe, auch dort, wo sie privatwirtschaftlich organisiert sind. Wir können nicht wählen, von wem wir den Strom beziehen wollen." (Protokoll, S. 11187, Votum Dr. M. LENZLINGER).
- "Andererseits haben sie [Anm.: die EKZ] im Stromsektor weit gehend das Monopol der Preisgestaltung, ähnlich wie die PTT in ihrem Bereich." (Protokoll, S. 11201, Votum E. GADOLA).

44. Paragraph 7 EKZ-Gesetz ist im Zusammenhang mit Paragraph 6 EKZ-Gesetz zu verstehen. Letzterer regelt das Verhältnis zur NOK (Antrag EKZ-Gesetz, S. 1382), indem die Bezugspflicht des Kantons Zürich bei der NOK gemäss NOK-Gründungsvertrag den EKZ übertragen wird. Da jedoch noch andere Anlagen im Kanton Zürich vorhanden waren, war das Verhältnis der EKZ zu diesen Dritten zu regeln (was wiederum dem Titel von § 7 EKZ-Gesetz entspricht). Bei diesen Dritten handelt es sich um bestehende Wasserkraftanlagen ("Private" gemäss § 7 Abs. 1 EKZ-Gesetz), Kehrichtverbrennungsanlagen, Heizkraftwerke und dezentrale Anlagen der Wärmekraftkoppelung sowie Notstromgruppen ("öffentliche Werke" gemäss § 7 Abs. 1 EKZ-Gesetz) und schliesslich um die Gemeinden ("Wiederverkäufer" gemäss § 7 Abs. 2 EKZ-Gesetz) (Antrag EKZ-Gesetz, S. 1382 f.). Bezüglich dieser Dritten war festzuhalten, in welchem Umfang deren Stromerzeugung und -verkauf das ausschliessliche Produktionsrecht der NOK nicht verletzt.

45. Gegen die Auffassung, dass mit Paragraph 7 EKZ-Gesetz ein rechtliches Versorgungsmonopol der EKZ geschaffen wurde, spricht auch die Tatsache, dass der Kanton Zürich in anderen Fällen der Monopolerteilung eine überaus deutliche Sprache spricht. Dies zeigt die folgende Liste von entsprechenden Bestimmungen:

- "Das Recht zum Fang von Fischen, Krebsen und andern Wassertieren in den öffentlichen Gewässern des Kantons und in den mit diesen im Zusammenhang stehenden Kanälen und Weihern steht dem Staat zu. Vorbehalten bleiben die Sonderrechte von Gemeinden, Korporationen oder Privaten, soweit solche nachgewiesen werden" (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Fischerei vom 5.12.1976).
- "Das Jagdregal steht dem Kanton zu" (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über Jagd und Vogelschutz vom 12.5.1929).
- "Die Einfuhr und der Verkauf von Salz sowie Salzgemischen mit einem Gehalt von 30% oder mehr an Natriumchlorid und Sole sind kantonales Regal" (§ 1 des Gesetzes über das Salzregal und über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über den Salzverkauf in der Schweiz vom 22.9.1974).
- "Die Eigentümer von Grundstücken im Einzugsbereich öffentlicher oder privater Wasserversorgungsanlagen sind verpflichtet, das Wasser aus diesen Anlagen zu beziehen, sofern sie nicht über eine anderweitige einwandfreie Wasserversorgung verfügen" (§ 33 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2.6.1991).
- "Sämtliche Gebäude im Kanton sind bei der Anstalt zu versichern" (§ 10 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 2.3.1975).

46. Aus all diesen Beispielen, die mehrheitlich älter als das EKZ-Gesetz sind, geht hervor, dass der Gesetzgeber des Kantons Zürich sich jeweils einer deutlichen Gesetzessprache bediente, wenn er ein ausschliessliches Recht statuierte. Weshalb er dies ausgerechnet beim rechtlichen Monopol bezüglich Stromversorgung nicht hätte tun sollen, ist nicht ersichtlich und wäre auch nicht nachvollziehbar.

47. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass entgegen den Ausführungen der Parteien die Vorschriften des Kantons Zürich keine Bestimmung enthalten, welche den EKZ ein rechtliches Monopol einräumen, das eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen könnte. Auch andere vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG sind in den rechtlichen Bestimmungen des Kantons Zürich nicht enthalten.

B.2.2.4 Kanton Thurgau

48. Gemäss Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (Verfassung Kanton Thurgau) sorgen Kanton und Gemeinden für die Bereitstellung von Energie und können Versorgungs- oder Kraftwerke führen (§ 82 Kantonsverfassung Thurgau).

49. Der Wortlaut dieser Bestimmung statuiert lediglich eine Pflicht der öffentlichen Hand zur Energiebereitstellung, ein rechtliches Monopol der öffentlichen Hand lässt sich hieraus nicht ableiten. Dies gilt umso mehr, als in Paragraph 84 Kantonsverfassung Thurgau, in welchen die Regalien mit rechtlichen Monopolen explizit genannt werden, die Elektrizitätswirtschaft nicht erwähnt wird. Paragraph 84 Kantonsverfassung Thurgau lautet wie folgt: Dem Kanton stehen zur ausschliesslichen wirtschaftlichen Nutzung zu: 1. Jagd; 2. Fischerei; 3. Bergbau und Lagerung von Stoffen im Erdinnern; 4. Erdwärme; 5. Salzhandel. Er kann die Nutzung übertragen. Bestehende Privatrechte bleiben vorbehalten.

50. Die Kantonsverfassung Thurgau begründet entsprechend kein rechtliches Monopol, welches die Anwendung des Kartellgesetzes im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ausschliessen könnte.

51. Dasselbe gilt für das Gesetz über das Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau vom 26. April 2000 (EKT-Gesetz). Das EKT-Gesetz hält fest, dass die EKT zu einer sicheren Elektrizitätsversorgung beiträgt, in erster Linie durch die Versorgung von Endverteilern (§ 1 Abs. 2 EKT-Gesetz). Der Wortlaut dieser Bestimmung, welche von der vorberatenden Kommission des Grossen Rates eingebracht wurde, statuiert kein Recht des EKT zur alleinigen Stromversorgung in einem bestimmten Gebiet, vielmehr ergibt der Wortlaut ("trägt bei"), dass neben dem EKT andere Unternehmen im Bereich der Stromversorgung tätig sein können und sollen.

52. Denselben Schluss ergeben die Materialien. Gemäss CHRISTOPH TOBLER - SVP, Kommissionspräsident - umschreibt Paragraph 1 Absatz 2 EKT-Gesetz den Zweck oder Grundauftrag des EKT. Zudem soll mit der Formulierung "trägt zu einer sicheren Elektrizitätsversorgung bei" im Sinne der Strommarktliberalisierung zum Ausdruck gebracht werden, dass das EKT in Zukunft nicht mehr einziger Stromlieferant im Kanton sein wird. Wille des Gesetzgebers war es demnach, dem EKT vor dem Hintergrund der Umwandlung in eine privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft einen Grundauftrag zu übertragen, nicht aber das EKT mit besonderen Rechten auszustatten.

53. In Kanton Thurgau sind keine weiteren Rechtsvorschriften ersichtlich, welche eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG darstellen könnten. Weitere Rechtsvorschriften, welche eine vorbehaltene Vorschrift darstellen könnten, wurden auch nicht geltend gemacht.

54. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die rechtlichen Bestimmungen des Kantons Thurgau keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen.

B.2.2.5 Kantone St. Gallen und Appenzell Inner- und Ausserrhoden

55. Im Vertrag zwischen den Kantonen St. Gallen und Appenzell A.Rh. (Ausserrhoden) betreffend die Gründung einer Gesellschaft "St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG" vom 28./29. August 1914 (SAK-Grün-

dungsvertrag; Ausserrhodische Gesetzessammlung 751.212) finden sich keine Bestimmungen, welche eine vorbehaltene Vorschrift begründen könnten. Dieser Vertrag regelt in erster Linie die Übernahme von bestehenden Unternehmen und die Übertragung von Wasserrechtskonzessionen, die Beteiligungs- und Kontrollrechte der beiden Kantone am neuen Unternehmen sowie Grundsätze der Bilanzierung und Gewinnverwendung.

56. In Artikel 6 SAK-Gründungsvertrag verpflichten sich die Kantone St. Gallen und Appenzell Ausserrhoden, selbstständig keine Elektrizitätswerke zu bauen oder zu erwerben und sich an keinem Unternehmen zu beteiligen, welche den Zweck haben könnte, im Stromabsatzgebiet der SAK Elektrizität zu verteilen, sowie selbstständig keine Strombezugsverträge mit fremden Werken abzuschliessen. Diese Bestimmung verpflichtet ausschliesslich die beteiligten Kantone selbst, Dritte werden nicht gebunden. Die Bestimmung vermag deshalb keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen.

57. In Artikel 9 SAK-Gründungsvertrag wird eine diskriminierungsfreie Preissetzung der SAK vereinbart. Diese vereinbarten Preissetzungsgrundsätze beziehen sich nur auf die SAK und binden Dritte nicht. Sie vermögen daher keine staatliche Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen.

58. Artikel 8 SAK-Gründungsvertrag regelt die Verteilung der Verwaltungsratssitze und der Sitze des Verwaltungsratsausschusses unter den beteiligten Kantonen, wobei die jeweiligen Kantonsvertreter von ihren Regierungen vorgeschlagen werden. Diese Bestimmung regelt, wie die Kantone die Kontrolle über ihr Unternehmen ausüben wollen, eine vorbehaltene Vorschrift wird dadurch - entgegen der Meinung der SAK - weder direkt noch indirekt begründet.

59. Bezüglich vorbehaltener Vorschriften im Kanton Appenzell Innerrhoden ist der Vertrag zwischen den St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG in St. Gallen (SAK) und dem Kanton Appenzell Innerrhoden betreffend Beitritt des Kantons Appenzell Innerhoden zu den SAK vom 29. März/29. April/16. Mai/26. Mai 1951 (SAK-Vertrag Innerrhoden; Ausserrhodische Gesetzessammlung 751.213) zu prüfen. Dieser Vertrag wurde zwar zwischen dem Kanton Appenzell Innerhoden und der SAK - somit einem Unternehmen - abgeschlossen, da der Vertrag jedoch nur in Rechtskraft tritt, nachdem er von den zuständigen Organen der Kantone St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden ratifiziert wurde (Art. 6 SAK-Vertrag Innerrhoden),² ist er dennoch als interkantonale Vereinbarung aufzufassen.

60. In Artikel 5 SAK-Vertrag verpflichtet sich der Kanton Appenzell Innerrhoden, mittels Landsgemeindebeschluss dafür zu sorgen, dass weder er selbst noch die Bezirke oder andere öffentlich-rechtliche Körper-

² Der Vertrag wurde am 29. März 1951 vom Kantonsrat des Kantons Appenzell A.Rh., am 29. April 1951 von der Landsgemeinde des Kantons Appenzell I.Rh. und am 16. Mai 1951 vom Grossen Rat des Kantons St. Gallen genehmigt.

schaften eigene Energie-Erzeugungsanlagen ohne Zustimmung der SAK erstellen, erwerben oder sich an solchen beteiligen, sondern ihren Bedarf an elektrischer Energie ausschliesslich bei der SAK decken, wobei die Produktion und der Bezug aus den bestehenden eigenen Erzeugungsanlagen im bisherigen Rahmen vorbehalten bleibt. Diese Bestimmung betrifft ausschliesslich die öffentliche Hand, private Dritte werden dadurch nicht gebunden. Die Bestimmung bezieht sich entsprechend nicht auf den Elektrizitätsmarkt des Kantons Appenzell Ausserrhoden insgesamt und vermag deshalb keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen, welche auf einem *Markt* für bestimmte Waren und Leistungen Wettbewerb nicht zulässt.

61. In den Kantonen St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden sind keine weiteren Rechtsvorschriften ersichtlich, welche eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG darstellen könnten. Weitere Rechtsvorschriften, welche eine vorbehaltene Vorschrift darstellen könnten, wurden auch nicht geltend gemacht.

62. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die rechtlichen Bestimmungen der Kantone St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden keine vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen.

B.2.3 Ergebnis

63. Auf den vorliegend zu beurteilenden Märkten bestehen keine vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG.

B.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

65. 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).

66. Ein Unternehmen wird sich dabei von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Der relevante Markt

I. Sachlich relevanter Markt

67. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwen-

dungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog zu Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4]).

68. Die Wettbewerbskommission unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxismässig folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung, -übertragung, -verteilung, -versorgung, -handel (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 235, Ziff. 33; ewz/Enron, RPW 2001/4, S. 708, Ziff. 12; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 348, Rz. 23; Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 351, Ziff. 42 f.):

a) Der Markt für *Stromerzeugung* umfasst die Produktion von Strom in Kraftwerken. Die Anbieter auf dem Erzeugungsmarkt sind die Inhaber von Produktionskapazitäten (Kraftwerke, Bezugsrechte). Auf der Stufe Erzeugung werden Primärenergieträger (Laufwasser und gespeichertes Wasser, Kohle, Erdgas, nukleare Brennstoffe, Öl usw.) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt. Die produzierte Elektrizität wird an so genannte Verbundunternehmen verkauft respektive innerhalb vertikal integrierter Unternehmen weitergegeben (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 240, Ziff. 34).

b) Der Markt für *Stromübertragung* umfasst die Fortleitung von Elektrizität über Höchstspannungsleitungen. Die Anbieter auf dem Stromübertragungsmarkt sind die Betreiber von Übertragungsnetzen, das heisst Höchstspannungsleitungen zur Fortleitung elektrischer Energie über grössere Distanzen (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241, Ziff. 36; vgl. hierzu auch Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 347 ff.).

c) Der Markt für *Stromverteilung* umfasst die regionale Fortleitung von Elektrizität über Leitungen mittlerer und/oder niedrigerer Spannung sowie die überregionale Fortleitung von Elektrizität über Leitungen hoher Spannung. Die Anbieter auf dem Stromverteilungsmarkt sind Betreiber von Verteilnetzen, deren Dienstleistungen zwecks Belieferung von Stromabnehmern (Stromverbraucher, Weiterverteiler wie Stadt- oder Gemeindewerke) nachgefragt werden (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241, Ziff. 38).

d) Der Markt für *Stromversorgung* umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) mit Elektrizität (ewz/Enron, RPW 2001/4, S. 709, Ziff. 14 ff.). Die Anbieter auf dem Stromversorgungsmarkt sind Stromversorger, deren Leistungen von Stromabnehmern (Stromverbraucher, Weiterverteiler wie Stadt- oder Gemeindewerke) nachgefragt werden (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241, Ziff. 40).

e) Bezüglich des Marktes für *Stromhandel* hat die Wettbewerbskommission festgehalten, dass mit der Liberalisierung in Europa ein Handelsmarkt entsteht. Dieser Markt beinhaltet den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betreffenden Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind, sowie Termingeschäfte auf Strom (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 240, Ziff. 33; ewz/Enron, RPW 2001/4, S. 709, Ziff. 19).

69. Dabei sind innerhalb der erwähnten Märkte möglicherweise weitere Unterscheidungen vorzunehmen, so bei der Stromverteilung nach Spannungsstärken (Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF, RPW 2001/2, S. 273, Ziff. 106) bezüglich Stromproduktion nach Art der Produktion und bei der Stromversorgung nach Kundengruppen (NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 351, Ziff. 24).

70. Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit dem Wettbewerb bei der Belieferung der Endverteiler mit Elektrizität mittlerer Spannung. Als sachlich relevanter Markt gilt somit die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität mittlerer Spannung (Stromversorgung).

II. Räumlich relevanter Markt

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

72. Die Marktgegenseite fragt die Elektrizität in einem räumlich eng definierten geografischen Gebiet nach. Dies ergibt sich daraus, dass sowohl die Endverteiler als auch die -konsumenten, welche die Elektrizität von den Endverteilern beziehen, aufgrund der hohen spezifischen Kosten ortsgebunden sind. So benötigen industrielle Stromendverbraucher die Elektrizität in der Regel für investitionsintensive, immobile Produktionsanlagen. Diese Anlagen sind ortsgebunden, ein Wechsel des Produktionsstandortes wäre mit erheblichen Kosten verbunden (Switching Costs). Ausnahme hiervon bilden lediglich Neuansiedlungen. Haushaltskunden könnten zwar theoretisch, insbesondere unter Berücksichtigung des hohen Mieteranteils in der Schweiz, den Standort wechseln und so Strom in anderen Gebieten als dem aktuellen Wohnsitz nachfragen. In der Praxis ist jedoch davon auszugehen, dass auch dieser Wechsel mit hohen Kosten verbunden ist, in diesem Zusammenhang sind insbesondere die Verlängerung des Arbeitswegs und die immateriellen Kosten des Verlustes eines sozialen Beziehungsgeflechts zu berücksichtigen.

73. Als nächstes ist die räumliche Nachfrage der Endverteiler zu prüfen. Grundsätzlich können in Situationen, in denen die Endkonsumenten eine räumlich begrenzte Nachfrage aufweisen, Zwischenhändler Produkte in einem grösseren geografischen Gebiet nachfragen und so räumlich voneinander entfernte Hersteller miteinander in Konkurrenz setzen. Vorliegend benötigen Endverteiler die Elektrizität an den bestehenden oder zu errichtenden Einspeisepunkten ihres Verteilnetzes. Dieses Verteilnetz ist ortsgebunden. Dies legt eine enge räumliche Marktabgrenzung nahe. Eine enge räumliche Marktabgrenzung in der Stromversorgung entspricht auch der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 351). Allerdings wird in der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission darauf hingewiesen, dass sich mit einer effektiven Öffnung der Verteilnetze die lokal abzugrenzenden Stromversorgungsmärkte aus-

dehnen könnten (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 241 f., Ziff. 42).

74. Es stellt sich jedoch die Frage, ob durch eine solche Öffnung tatsächlich der räumliche Markt ausgedehnt würde, das heisst die Marktgegenseite die Elektrizität in einem grösseren geografischen Gebiet nachfragen würde, oder ob eine solche Öffnung nicht vielmehr als Ausweitung der aktuellen und/oder potenziellen Konkurrenz in gleichbleibenden räumlichen Märkten aufzufassen wäre. Diese Frage ist jedoch rein akademischer Natur, die materielle Beurteilung bleibt dieselbe, unabhängig davon ob eine Öffnung der Verteilnetze für Dritte bei der räumlichen Marktabgrenzung oder beim aktuellen beziehungsweise potenziellen Wettbewerb abgehandelt wird. Nachfolgend wird auf die Frage der Öffnung der Verteilnetze beim aktuellen beziehungsweise potenziellen Wettbewerb eingegangen und von räumlich regional begrenzten relevanten Märkten ausgegangen.

B.3.1.2 Aktueller und potenzieller Wettbewerb

75. Die Kantonswerke verfügen bei ihren jeweiligen Netzinfrastrukturen über Monopole. Dieser Umstand ist in erster Linie im Zusammenhang mit der **Stromverteilung** von Bedeutung. Wesentlich für das vorliegende Verfahren ist vielmehr die **Stromversorgung**. Wie den nachfolgenden Ausführungen zu entnehmen ist, hat sich die historisch gewachsene Marktstellung der Kantonswerke bei der Belieferung der Endverteiler, das heisst bei der **Stromversorgung**, aufgrund jüngster Entwicklungen verändert. Konkurrenz gegenüber den Kantonswerken bei der Belieferung von Endverteilern im Netzgebiet der betreffenden Kantonswerke mit Elektrizität kann grundsätzlich auf folgende Arten bestehen:

- a. Produktion vor Ort
- b. Belieferung über Elektrizitätsnetze Dritter
- c. Belieferung durch Dritte über das Elektrizitätsnetz des betreffenden Kantonswerks.

a) Produktion vor Ort

76. Die Elektrizitätserzeugung vor Ort, sei es durch den betreffenden Endverteiler selbst, unter Zuhilfenahme von Drittunternehmen oder durch Drittunternehmen, erscheint nicht geeignet, um das Verhalten des betreffenden Kantonswerks auf dem Markt für Stromversorgung von Endverteilern disziplinieren zu können.

77. Die Elektrizitätserzeugung findet in der Schweiz in der überwiegenden Mehrheit in zentralen Anlagen statt, der dezentralen Energieerzeugung vor Ort kommt lediglich marginale Bedeutung zu (vgl. Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros, RPW 2001/2, S. 103, Ziff. 103). Einer Elektrizitätserzeugung vor Ort im dicht besiedelten schweizerischen Mittelland, welche vorliegend zu diskutieren ist, stehen erhebliche Schwierigkeiten gegenüber. So fallen als Energieträger der dezentralen Elektrizitätserzeugung für eine Vollversorgung einzig Kohle, Gas oder Diesel in Betracht. Wasserkraft erfordert spezifische geografische Gegebenheiten, Kernkraft würde den

Umfang des dezentralen Bedarfs sprengen, Sonne und Windkraft eigenen sich aufgrund der temporalen Produktionsschwankungen dieser Erzeugungsart nicht für eine Vollversorgung. Aufgrund der Emissionen von Gas, Kohle und Diesel ist jedoch in einem dicht besiedelten Gebiet mit Problemen im Genehmigungsverfahren und erheblichem politischen Widerstand zu rechnen.

b) Belieferung über Elektrizitätsnetze Dritter

78. Hinsichtlich der allfälligen Belieferung von Endverteilern über Elektrizitätsnetze Dritter ist zwischen der Belieferung über bestehende Netze und der Belieferung über neu zu errichtende Netze zu unterscheiden.

79. Betreffend einer allfälligen Belieferung über bestehende Netze Dritter hat das Sekretariat die AEW, EKT, EKZ und SAK befragt, ob in deren Versorgungsgebiet ausser ihrem eigenen Elektrizitätsnetz andere Netze bestehen, welche die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität ermöglichen.

80. Gemäss eigenen Angaben ist die AEW in ihrem Versorgungsgebiet ein wichtiger Netzbetreiber auf der 16kV-Ebene. Es bestünde jedoch im ganzen Kanton kein Exklusivanspruch. Die AEW nennt als weitere Netzbetreiber die IBA Strom AG (über 20 Endverteiler) sowie die Kraftwerk Laufenburg AG (4 Endverteiler). In mehreren Grenzregionen könnten Mitbewerber einzelne Endverteiler direkt beliefern (Schreiben vom 26.10.2001, S. 4).

81. Die EKT führt aus, dass im Versorgungsgebiet des EKT ausser dem Netz des EKT keine anderen Netze zur Verfügung stehen, welche die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität ermöglichen. Es bestehen jedoch Verbindungsleitungen einzelner lokaler Produzenten zu Endverteilern (Schreiben vom 26.10.2001, S. 5).

82. Die EKZ führen aus, dass in ihrem Versorgungsgebiet ausser dem Elektrizitätsnetz der EKZ keine anderen Netze bestehen, welche die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität ermöglichen, solche Verteilernetze müssten zuerst gebaut werden. Die EKZ stehen gegenwärtig in Kontakt mit der Gemeinde Zollikon betreffend der Schaffung der notwendigen leitungs-technischen Voraussetzungen für einen allfälligen Strombezug beim ewz (Schreiben vom 26.10.2001, S. 5).

83. Die SAK führt aus, dass im Versorgungsgebiet des SAK punktuell Übertragungsnetze gleicher, höherer oder tieferer Spannung bestehen, namentlich jene der NOK, der SN Energie AG, der ewz sowie des Elektrizitätswerks der Stadt St. Gallen (Schreiben vom 26.10.2001, S. 4).

84. Aufgrund dieser Angaben besteht die Möglichkeit, Endverteiler über bestehende Elektrizitätsnetze Dritter und somit ohne Inanspruchnahme der Verteilernetze der erwähnten Kantonswerke zu beliefern, höchstens in einigen Situationen unter spezifischen räumlichen Gegebenheiten, etwa in Grenzgebieten zu anderen Netzen. Vorliegend kommen die Vertriebspartnerschaften jedoch gegenüber sämtlichen Endverteilern im Netzgebiet eines Kantonswerkes zur An-

wendung, somit auch gegenüber Endverteilern, welche sich nicht in einer speziellen räumlichen Situation befinden, welche unter Umständen ein Ausweichen auf andere bestehende Netze ermöglichen könnte. Dabei befinden sich die Endverteiler ohne Ausweichmöglichkeit auf andere Netze in der grossen Mehrheit. Weiter können die Endverteiler ohne allfällige Ausweichmöglichkeit vom jeweiligen Kantonswerk ohne weiteres identifiziert werden. Unter diesen Umständen (grossmehrheitlich Endverteiler ohne Ausweichmöglichkeit, Möglichkeit zur Identifizierung der Endverteiler ohne Ausweichmöglichkeit) bliebe eine allenfalls vorhandene disziplinierende Wirkung auf einige wenige Konstellationen beschränkt, während die Kantonswerke in ihrem Handlungsspielraum gegenüber den übrigen Endverteilern hierdurch nicht beschränkt würden.

85. Als nächstes ist die disziplinierende Wirkung des Baus neuer Leitungen beziehungsweise Netze auf die betreffenden Kantonswerke zu prüfen. Gemäss Artikel 16 Absatz 1 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0) wird zur Erstellung oder Änderung von Stark- oder Schwachstromanlagen eine Plangenehmigung benötigt. Die Genehmigungsbehörde ist in der Regel das Eidgenössische Starkstrominspektorat (Art. 16 Abs. 2 Bst. a EleG).

86. Eine Genehmigung für den Bau von konkurrierenden Netzen oder Leitungen, ohne dass diese aus Kapazitätsgründen erforderlich wären, ist nicht realistisch (siehe Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 354, Ziff. 74 f.; Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF, RPW 2001/2, S. 276, Ziff. 122). Auch bei Kapazitätsengpässen ist die Genehmigung für neue Leitungen sehr schwierig zu erlangen. Dabei ist es einfacher, eine bestehende Leitung zu verstärken als eine neue zu erstellen (Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 354, Ziff. 77). Es bestehen somit hohe regulatorische Marktzutrittsschranken, welche dazu führen, dass die potenzielle Konkurrenz durch den Bau neuer Leitungen beziehungsweise Netze keine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der betreffenden Kantonswerke auszuüben vermag.

c) Belieferung durch Dritte über das Elektrizitätsnetz des betreffenden Kantonswerks

87. Zurzeit besteht in der Schweiz keine spezialgesetzliche Regelung, welche Elektrizitätsnetzbetreiber dazu verpflichten würde, Strom von Dritten durch ihr Netz zu leiten.

88. Die Wettbewerbskommission hat mit Verfügung vom 5. März 2001 jedoch festgestellt, dass die Freiburger Elektrizitätswerke (EEF) durch die Weigerung, Elektrizität der Watt AG für die Versorgung der Produktionsstätten der Estavayer Lait SA (ELSA) in Estavayer und der Micarna SA in Courtepin über ihr Netz zu leiten, ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der Stromverteilung im Sinne von Artikel 7 KG missbrauchen (Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Watt/Migros - EEF, RPW 2001/2, S. 255 ff.). Diese

Verfügung wurde vom Bundesgericht mit Entscheid vom 17. Juni 2003 gestützt (BGE 129 II 497, RPW 2003/4, S. 925 ff.). Somit können unter gleichartigen Gegebenheiten Unternehmen die Durchleitung von Elektrizität über Netze Dritter kartellrechtlich erzwingen.

89. Die Gegebenheiten bezüglich der Elektrizitätsnetze der betreffenden Kantonswerke zur Belieferung von Endverteilern stellen sich gleichartig wie diejenigen im Falle der erwähnten Verfügung gegen die EEF dar. Dies ergibt sich daraus, dass vorliegend im kantonalen Recht ebenfalls keine vorbehaltenen Vorschriften betreffend Stromdurchleitung bestehen (ausführlich oben B.2.2) und bei einer Strombelieferung von Endverteilern keine genügende aktuelle oder potenzielle Ausweichmöglichkeit zur Benützung des Elektrizitätsnetzes des betreffenden Kantonswerkes besteht (ausführlich oben B.3.1.2. Bst. a und b). Somit besteht, ausser bei Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung, vorliegend die positive Pflicht der Netzbetreiber, Strom von Konkurrenzunternehmen zur Belieferung von Endverteilern durchzuleiten.

90. Aus der grundsätzlichen Möglichkeit für Drittanbieter, Elektrizität über das Netz des betreffenden Kantonswerks durchleiten zu können, ergibt sich jedoch nicht zwangsläufig, dass diese Drittanbieter auf dem Markt für Stromversorgung einen solch disziplinierenden Einfluss entfalten, welcher den betreffenden Kantonswerken verunmöglicht, sich in erheblichem Umfang unabhängig zu verhalten.

91. Zu prüfen sind die Rahmenbedingungen für die Durchleitung. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich in der Schweiz eine Durchleitungspraxis erst zu entwickeln beginnt (vgl. VSE-Durchleitungsmodell; dieses legt technische und kalkulatorische Kriterien der Durchleitung fest). So hält die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz (StromVG) vom 3. Dezember 2004 fest, dass der Anspruch auf Netzzugang gestützt auf das Kartellgesetz bei Streitigkeiten unter Umständen im Einzelfall gerichtlich erkämpft werden muss, womit eine allgemein anwendbare Regelung zum Netzzugang fehlt (Botschaft zum StromVG, S.6). Schwierigkeiten für die Stromdurchleitung für Drittanbieter ergeben sich auch auf der Stufe der Höchstspannung, auf welcher zurzeit kein einheitlicher Netzbetreiber besteht, welcher Durchleitungsbedingungen und -preise veröffentlicht und dessen Preise sich dank einer separaten Kostenrechnung wirkungsvoll auf ihre Angemessenheit überprüfen liesse (siehe Entscheid der Wettbewerbskommission i.S. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 354 ff., Ziff. 84 ff.).

B.3.1.3 Zwischenergebnis

92. Die Monopole der Kantonswerke bei ihren Netzwerkinfrastrukturen bestehen nach wie vor. Die einstige Monopolstellung bei der Belieferung der Endverteiler wird aufgrund der sich entwickelnden Durchleitungspraxis zunehmend erodieren. Die Kantonswerke AEW, EKT, EKZ und SAK sind auf dem sachlichen Markt für Stromversorgung von Endverteilern (lokale

Stromversorgungsunternehmen mit eigenem lokalem Verteilnetz mittlerer/niedriger Spannungsebene) mit Strom während der laufenden Übergangsphase vorläufig noch marktbeherrschend.

B.3.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

B.3.2.1 Änderung der Verhalten seit Untersuchungseröffnung

93. Seit der Untersuchungseröffnung haben die betreffenden Kantonswerke ihr Verhalten teilweise angepasst. Der in Ziffer 8 dargelegte Sachverhalt erfuhr aufgrund von Verhaltensanpassungen folgende Veränderungen:

94. Die **EKZ** machen in ihrem Schreiben vom 1. November 2004 folgende Ausführungen:

- Die Gemeindewerke X, Y und Z³ sind keine Vertriebspartnerschaften mit den EKZ eingegangen, weshalb sie auch keinen Vertriebspartnerrabatt erhielten. Mit diesen Werken wurden im Verlaufe der Jahre 2002 und 2003 neue Rabattstufen vereinbart. Die verbleibende Differenz gegenüber den Vertriebspartnerschaften dient als Entgelt der Vertriebspartner für Marketing-Leistungen zu Gunsten der Axpo.
- Per 1. Oktober 2003 wurden die Vertriebspartnerrabatte aufgehoben beziehungsweise durch eine Preisreduktion zu Gunsten aller Endverteiler von [...] Rp./KWh ersetzt. Marketingbeiträge für Vertriebsleistungen der Endverteiler im Rahmen der Vermarktung von Axpo-Produkten werden direkt von der Axpo bezahlt und über diese abgewickelt. Dabei wird auf die Vereinbarung zwischen der Axpo und der Interessengemeinschaft Glattalwerke verwiesen, wonach sich die Axpo verpflichtet, der Interessengemeinschaft Glattalwerke Marketing- und Förderbeiträge in Höhe von [...] % des Rechnungsbetrages zu zahlen.
- Auf 1. Oktober 2004 wurde der EKZ-Tarif neuerdings revidiert und dabei insbesondere der seit 1. Oktober 2003 gewährte Rabatt von [...] Rp./kWh eintarifiert und nicht mehr gesondert ausgewiesen.

95. Die **AEW** macht in ihrem Schreiben vom 4. Oktober 2004 folgende Ausführungen:

- Mit Wirkung auf den 1. Oktober 2004 wurde eine grundlegende Änderung der Tarifstruktur beschlossen. Für Endverteiler (Strombezug in 16-kV-Mittelspannung) gilt ab 1. Oktober 2004 folgendes Tarifregime (soweit bestehende vertragliche Vereinbarungen nicht die Beibehaltung der bisherigen Tarifstruktur notwendig machen):

³Namen sind der Wettbewerbskommission bekannt.

Tarif	Hochtarif Sommer/ Winter (Rp./ kWh)	Niedertarif Sommer/ Winter (Rp./ kWh)	Grundpreis (CHF)*	Leistung (CHF)
"Standard"	[...]	[...]	[...] p.a.	[...]/ KW/Q
"Sprint"	[...]	[...]	[...] p.a.	[...]/ KW/Mt.
"Marathon"	[...]	[...]	[...] p.a.	[...]/ KW/a

*Für jeden weiteren Anschluss an das AEW-Netz wird ein zusätzlicher Grundpreis von CHF [...] in Rechnung gestellt.

- Dabei sind die im Rahmen der Vertriebspartnerschaft gewährten Preisreduktionen (Partnerbonus von kurzerzeit [...] Rp./kWh und reduzierte Nachtmaxima-Anrechnung zu 90% bzw. 80%) in den neuen Preisen eingerechnet (Schreiben der Axpo AG an die Technische Betriebe Gränichen vom 16.3.2004).

96. Die *EKT* macht in ihrem Schreiben vom 30. September 2004 folgende Ausführungen:

- Auf den 1. Oktober 2004 hat die EKT ihre Tarife angepasst. Vertriebspartnerschaftsentschädigungen, welche bis zum 30. September 2004 ohnehin von Axpo AG ausgerichtet wurden, werden keine mehr bezahlt. Sämtliche Endverteiler (ungeachtet dessen, ob sie einen Vertriebspartnervertrag mit dem EKT abgeschlossen haben) werden nach Massgabe des neuen Blocktarifs 04 gleich behandelt.
- Die EKT hat den Endverteilern am Netz der EKT mit Schreiben vom 3. März 2004 mitgeteilt, dass in den neuen Preisen auch die bisherigen Ermässigungen gemäss den mit Axpo AG abgeschlossenen Nachträgen berücksichtigt sind. Die generellen Preisermässigungen der Axpo AG und der EKT aus den Vertriebs- und Lieferpartnerverträgen und deren zugehörigen Verträgen würden daher per 30. September 2004 dahinfallen.

97. Die *SAK* macht in ihrem Schreiben vom 29. Oktober 2004 folgende Ausführungen:

- Alle Vergünstigungen und Rabatte gegenüber Vertriebspartnern wurden in den ab 1. Oktober 2003 gültigen Wiederverkäufertarif HST 04EV eintarifiert. Gegenüber diesem Tarif werden keine weiteren Vergünstigungen oder Rabatte mehr gewährt. Diesbezüglich verweisen die *SAK* auf Ziffer 4 des genannten Tarifblattes, wonach "die Tarifreduktion anstelle von Mengenbonus und Poolrabatten" zur Anwendung kommt.

98. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Rahmen der Vertriebspartnerschaften ursprünglich beanstandeten Rabatte bis spätestens Oktober 2004 aufgehoben wurden. Das kartellrechtlich relevante Verhalten ist diesbezüglich somit weggefallen, die

Untersuchung ist in Bezug auf eine Diskriminierung von Endverteilern ohne Vertriebspartnerschaft gegenstandslos geworden.

99. Die langjährigen Exklusivvereinbarungen bleiben jedoch im Rahmen der Vertriebspartnerschaften in Kraft. Diese sind somit einer kartellrechtlichen Beurteilung zu unterziehen.

B.3.2.2 Kartellrechtliche Beurteilung der langfristigen Exklusivvereinbarungen

100. 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).

101. Zu unterscheiden ist zwischen dem Behinderungstatbestand zum einen und dem Benachteiligungstatbestand (Ausbeutungstatbestand) zum anderen.

B.3.2.2.1 Behinderungstatbestand

102. Als erstes ist zu prüfen, ob die betreffenden Kantonswerke mittels langfristiger Exklusivverträge mit Endverteilern und der ursprünglich damit verbundenen Rabattgewährung durch ihre Stellung andere Unternehmen, namentlich andere Stromlieferanten, in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern.

103. Liegt eine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs vor, ist weiter zu prüfen, ob diese durch sachliche Gründe (legitimate business reason) gerechtfertigt werden kann.

a) Keine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs

104. Der Wettbewerb im Markt für Elektrizitätsversorgung ist letztlich ein Wettbewerb um den Endverbraucher von Elektrizität. Die Endverteiler können dabei als Vertreiber angesehen werden, welche das Gut Elektrizität an den Endkonsumenten liefern.

105. Die vorliegend kartellrechtlich zu prüfenden Vertriebspartnerschaftsverträge wurden vor dem Hintergrund des erwarteten Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) abgeschlossen. Das EMG sah vor, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch je Verbrauchsstätte von mehr als 20 GWh und Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Umfang von 20 Prozent des direkten Jahresabsatzes an feste Kunden sowie für die Bezugsmenge, welche sie an durchleitungsberechtigte Dritte liefern, Anspruch auf Stromdurchleitung besitzen. Drei Jahre nach Inkrafttreten des EMG hätte zusätzlich Anspruch auf Durchleitung für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch je Verbrauchsstätte von mehr als zehn GWh und für Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Umfang von 40 Prozent des direkten Jahresabsatzes an feste Kunden bestanden. Sechs Jahre nach Inkrafttreten des EMG hätte unbeschränkter Anspruch auf Durchleitung bestanden (Art. 27 EMG).

106. Mit Inkrafttreten des EMG hätten demnach Endverbraucher existiert, um deren leitungsgebundene Strombelieferung in den ersten sechs Jahren kein direkter Wettbewerb bestanden hätte (mit Ausnahme eines allfälligen Infrastrukturwettbewerbs mittels zusätzlicher Leitungen). Der Wettbewerb um diese Endverbraucher hätte sich stattdessen bezüglich der Belieferung der entsprechenden Endverteiler abgepielt.

107. Das EMG wurde am 22. September 2002 in einer Referendumsabstimmung abgelehnt. Eine bundesgesetzlich bestimmte Gruppe von Elektrizitätsverbrauchern, welche temporär vom direkten Wettbewerb mittels Durchleitung ausgenommen ist, besteht daher nicht mehr.

108. Das Bundesgericht hat jedoch im Entscheid betreffend Freiburger Elektrizitätswerke festgestellt, dass die Verweigerung der Durchleitung von Elektrizität grundsätzlich kartellrechtswidrig ist, wobei ein gesetzlicher Versorgungsauftrag, welcher im kantonalen Recht verankert ist, keine vorbehaltene Vorschrift darstellt (siehe BGE 129 II 497, RPW 2003/4, S. 925 ff.; vorne Ziff. 88). Damit besteht für die Netzbetreiber die grundsätzliche Pflicht zur diskriminierungsfreien Durchleitung von Elektrizität. Dies hat zur Folge, dass Stromendverbraucher ohne einen Liefervertrag mit dem betreffenden Endverteiler versorgt werden können.

109. Aufgrund der diskriminierungsfreien Durchleitungspflicht kann ein Elektrizitätsunternehmen somit die Endkonsumenten, welche ans Stromnetz des Endverteilers angeschlossen sind, grundsätzlich ohne Liefervertrag mit dem Endverteiler direkt beliefern und entsprechend um einen solchen Vertragsabschluss buhlen. Somit unterscheidet sich der Elektrizitätsmarkt mit nicht diskriminierender Durchleitung von einem Markt für ein anderes Produkt, welches über einen Vertriebskanal vertrieben wird. Auf Letzterem vertreiben Zwischenhändler, welche einen Alleinbezugsvertrag mit einem Lieferanten abgeschlossen haben, in ihrem Vertriebskanal keine konkurrierenden Drittprodukte - dieser Vertriebskanal bleibt für die Konkurrenz verschlossen. Bei der Elektrizität hingegen bewirkt die nicht diskriminierende Durchleitungspflicht, dass der Vertriebskanal (das Stromnetz) trotz eines Alleinbezugsvertrages des Vertriebskanalvertreibers (in diesem Fall des Endverteilers) für Drittanbieter geöffnet wird. Ein marktbeherrschendes Unternehmen im Strombereich kann somit Konkurrenzangeboten den Zugang zu den Endverbrauchern nicht dadurch verschliessen, dass es mit dem Netzbetreiber auf der Endstufe Exklusivvereinbarungen eingeht. Der Abschluss von Exklusivverträgen bewirkt lediglich, dass die einzelnen Stromverteiler (nicht aber die Endverbraucher) während der Vertragsdauer nicht von anderen Stromlieferanten beliefert werden können. Ein Behinderungstatbestand liegt somit nicht vor.

110. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass - wie weiter oben ausgeführt - die Praxis der Durchleitung von Drittstrom über ein Elektrizitätsnetz sich erst zu entwickeln beginnt (Ziff. 91).

111. Aufgrund der obigen Ausführungen liegt im Falle einer etablierten Durchleitungspraxis bei Exklusivverträgen mit Endverteilern grundsätzlich keine Behinderung von anderen Unternehmen (Stromlieferanten) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 7 KG vor. Wo noch keine solche Praxis besteht, müssten sachliche Rechtfertigungsgründe für die Exklusivität der Lieferverträge vorliegen. Diese sind nachstehend zu prüfen, da während der Übergangsphase eine Durchleitungspraxis sich erst zu etablieren beginnt.

b) Sachliche Rechtfertigungsgründe

112. Die zentrale Stromerzeugung zeichnet sich dadurch aus, dass die Produktion von Elektrizität einen sehr hohen Anteil der Fix- an den Gesamtkosten ausweist und hohe spezifische Kosten bestehen, welche bei einem Marktaustritt verloren sind (Sunk Costs).

113. Vor diesem Hintergrund besitzt die Planungs- und Absatzsicherheit über eine längere Zeitspannung eine hohe Bedeutung. Bei einer dynamischen Betrachtungsweise erhöht die Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit des Absatzes den Anreiz, in Produktionsanlagen mit hohem Fixkostenanteil und hohen Sunk Costs zu investieren.

114. Im Elektrizitätsbereich erhöhen langfristige Verträge die beschriebene Planungssicherheit und Vorhersehbarkeit des Absatzes. Langfristige Verträge lassen sich deshalb in Bezug auf Elektrizitätslieferungen sachlich rechtfertigen.

115. Vorliegend sind jedoch nicht lediglich langfristige Verträge zu prüfen, sondern Verträge, welche neben dem Element der Langfristigkeit das Element der Exklusivität aufweisen. Nachfolgend ist demnach auf sachliche Gründe für Exklusivität einzugehen.

116. Der Konsum von Elektrizität unterliegt Schwankungen, welche nicht vollständig vorausgesagt werden können. Weiter ist Elektrizität nicht lagerfähig, die Elektrizität muss deshalb exakt in dem Moment geliefert werden, in welchem sie konsumiert wird. Entsprechend fragt der Endkonsument auf dem Markt nicht eine bestimmte, umfangmässig definierte Menge von Elektrizität nach, sondern die Versorgung mit Elektrizität in dem für die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommenen Aktivitäten erforderlichen Umfang. Die Nachfrage nach Elektrizität unterscheidet sich daher grundsätzlich von der nach anderen, lagerfähigen Produkten: Der Konsument wünscht nicht eine bestimmte Menge Elektrizität in kWh, sondern die von ihm jeweils exakt benötigte Energiemenge. Dieses Nachfragecharakteristikum findet seinen Niederschlag in den Stromlieferverträgen: Die Elektrizitätswerke verpflichten sich, den Endverbraucher mit der benötigten Elektrizität zu versorgen, wobei bei Grossverbrauchern oftmals gewisse Maxima gesetzt werden.

117. Vor diesem Hintergrund verlangen die Nachfrager oft nicht nur eine bestimmte Menge in kWh, sondern eine vertraglich vereinbarte Vollversorgung. Die kartellrechtlich zu beurteilenden Exklusivklauseln bilden dann das Gegenstück zu dieser Vollversorgung.

Durch die Verpflichtung zur Vollversorgung muss das liefernde Elektrizitätswerk stets die zu erwartende, vom Nachfrager benötigte Strommenge bereithalten. Ohne Exklusivverpflichtung könnte diese nachgefragte Menge jedoch unvermittelt wegbrechen. Die Fixkosten der Stromproduktion (oder des Einkaufs bei Dritten) würden hingegen unvermindert anhalten. Eine Vollversorgung der Nachfrage ohne Exklusivbezugsverpflichtung wäre deshalb mit hohen Risiken verbunden. Die Exklusivbezugs Klauseln lassen sich somit sachlich rechtfertigen, wenn der Stromlieferant sich verpflichtet, eine - nachfrageseitig gewünschte - Vollversorgung mit Elektrizität zu gewährleisten.

118. Im Elektrizitätsbereich lassen sich deshalb langjährige Exklusivbezugsvereinbarungen bei Vorliegen einer Verpflichtung des Lieferanten zur Vollversorgung über den gleichen Zeitraum sachlich rechtfertigen. Dies ist vorliegend der Fall.

c) Ergebnis

119. Die zu beurteilenden langjährigen Exklusivvereinbarungen der AEW, EKT, EKZ und SAK in Verbindung mit der Axpo AG sowie die darauf ursprünglich vorgenommene Rabattgewährung stellen aus den oben dargelegten Gründen keinen unzulässigen Behinderungstatbestand im Sinne von Artikel 7 KG dar.

B.3.2.2.2 Kein Benachteiligungstatbestand (Ausbeutungstatbestand)

120. Als nächstes ist zu prüfen, ob die erwähnten Kantonswerke durch die langfristigen Exklusivvereinbarungen die Marktgegenseite benachteiligen. Die Benachteiligung ist als Ausbeutung zu verstehen (Botschaft zum Kartellgesetz vom 23.11.1994, Sonderdruck, S. 102; ZÄCH, Schweizerisches Kartellgesetz, 2. Auflage, 2005, S. 303, Ziff. 619). Dieser Ausbeutungstatbestand bedingt im Falle eines anbieterseitigen marktbeherrschenden Unternehmens, dass dieses (im Vergleich zur Wettbewerbssituation) seine Produzenten- zulasten der Konsumentenrente erhöht.

121. Als Ausbeutungstatbestand fällt die Erzwingung unangemessener Preise und Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Unangemessen könnte in diesem Zusammenhang die langjährige Laufzeit der zu beurteilenden Verträge sein. Voraussetzung für eine kartellrechtliche Unzulässigkeit ist, dass die betreffende Geschäftsbedingung erzwungen wird. Dabei bedeutet Erzwingung von aussen betrachtet insbesondere Durchsetzung; das Einverständnis des Geschäftspartners ist indes Voraussetzung für das Zustandekommen unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen und schliesst nicht aus, dass diese erzwungen wurden (DALLAFIOR, In: HOMBURGER et al., Kommentar zum Kartellgesetz, 1997, Art. 7, Rz. 128 f.).

122. Im vorliegenden Fall boten die erwähnten Kantonswerke neben den langfristigen Exklusivverträgen rechtlich und tatsächlich auch Verträge mit kürzeren Laufzeiten (höchstens 1 Jahr) an und tun dies auch weiterhin (gemäss den in Ziff. 96 zitierten Schreiben vom 30.9.2004, 4.10.2004, 29.10.2004 und 1.11.2004). Die langfristige Laufzeit ist deshalb nicht erzwungen,

vielmehr steht der Marktgegenseite die Möglichkeit eines Vertrages mit kürzerer Laufzeit offen. Die lange Laufzeit stellt somit bereits aus diesem Grund keinen kartellrechtlich unzulässigen Ausbeutungstatbestand dar, in dem Sinne, dass es sich dabei um eine erzwungene unangemessene Geschäftsbedingung handeln würde.

123. Es besteht indes die Möglichkeit, dass bereits die Elektrizitätstarife mit kurzfristiger Laufzeit unangemessen hoch sein könnten. In diesem Fall würde die Unangemessenheit der Preise und Geschäftsbedingungen jedoch nicht durch die zusätzlichen langfristigen Exklusivverpflichtung in den Vertriebspartnerschaften begründet, sondern vielmehr auch bei Fehlen derselben weiter bestehen. Als unzulässige Verhaltensweise im Sinne der Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen wären deshalb nicht die hier zu beurteilenden Vertriebspartnerschaftsvereinbarungen einzustufen, sondern die Höhe der allgemeinen Tarife der betreffenden Elektrizitätsunternehmen. Dies wurde im vorliegenden Fall von keiner Partei geltend gemacht und bildet nicht Gegenstand der Untersuchung.

B.3.2.3 Ergebnis

124. Aus den oben dargelegten Gründen ergibt sich, dass die zu beurteilenden langjährigen Exklusivvereinbarungen der AEW, EKT, EKZ und SAK in Verbindung mit der Axpo AG keine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG darstellen.

C Kosten

125. 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.

126. 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).

127. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f., Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung). Dies ist vorliegend der Fall.

128. Es werden demnach keine Gebühren erhoben.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die vier Untersuchungen Vertriebspartnerschaften gegen die AEW Energie AG und die Axpo Vertrieb AG, die Elektrizitätswerk des Kantons Thurgau AG und die Axpo Vertrieb AG, die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich und die Axpo Vertrieb AG und die St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und die Axpo Vertrieb AG wegen (allenfalls) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG werden ohne Folgen eingestellt.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 2	3. <i>Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</i>
B 2.3	1. <i>BLS Lötschbergbahn AG (BLS) – Regionalverkehr Mittel- land AG (RM)</i>

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 22. Februar 2006

A Sachverhalt

1. Am 31. Januar 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein. Danach beabsichtigen die BLS Lötschbergbahn AG, Bern (nachfolgend BLS), und die Regionalverkehr Mittelland AG, Burgdorf (nachfolgend RM), sich zusammenzuschliessen.

2. Die BLS ist eine rechtlich selbstständige und privatwirtschaftlich ausgerichtete Unternehmensgruppe. Hauptgeschäfte der BLS sind Personen- und Güterverkehr. Im Bereich Personenverkehr betreibt die BLS die S-Bahn Bern, einige Regio- und Regio-Express-Linien. Zudem betreibt die BLS auf der Nord-Süd-Achse den Autoverlad durch den Lötschberg und durchgehende Verladeangebote Kandersteg - Lötschberg - Simplon - Iselle während der Ferienzeiten. Ausserdem betreibt die BLS den Schiffsverkehr auf dem Thuner- und Brienersee. Somit ist die BLS mit ihren Personenverkehrsdienstleistungen vorwiegend in der Grossregion Bern tätig. Im Gegensatz zum Bereich Personenverkehr positioniert sich die BLS mit ihrem alpenquerenden Cargogeschäft im Güterverkehr überregional. Ihre Güterverkehrsaktivitäten hat die BLS im Jahr 2001 in das Tochterunternehmen BLS Cargo AG ausgegliedert. Neben Verkehrsdienstleistungen erbringt die BLS weitere Dienstleistungen. Im Bereich Infrastruktur unterhält die BLS ein Streckennetz. Ferner plant und baut das Tochterunternehmen BLS Alptransit AG zurzeit den NEAT-Basistunnel am Lötschberg. Weiter verfügt die BLS über Werkstätten für Wartung und Umbau des eigenen Rollmaterials sowie für Durchführung von Aufträgen Dritter. Schliesslich betreibt die BLS rund 30 Reisezentren in den von ihr bedienten Bahnhöfen.

3. Mit ihren Profitcentern erbringt die RM verschiedene Dienstleistungen. Im Personenverkehr ist die RM Teil der S-Bahnen Bern und Luzern. Ebenso bietet die RM regionale Bahn- und Busverbindungen an. Ihre Personentransportdienstleistungen erbringt die RM in einer Region, welche sich vom Berner Jura bis in das Emmental erstreckt. Bis Dezember 2005 erbrachte die

RM auch Logistik- und Güterverkehrsdienstleistungen. Die Einstellung der Aktivitäten im Cargo-Bereich fand im Hinblick auf den Zusammenschluss statt. Wie die BLS unterhält auch die RM ein Normalspurnetz und betreibt eigene Werkstätten. Daneben bietet RM an rund 27 Standorten Reisedienstleistungen an. Schliesslich gehört zu RM noch ein Reisebüro in Form einer Tochtergesellschaft.

4. BLS und RM stellen ihr Streckennetz auch anderen Unternehmen zur Verfügung. Gemäss den gesetzlichen Vorgaben können andere Unternehmen das Streckennetz der BLS und RM diskriminierungsfrei nutzen.

5. Massgebliche Aktionäre der BLS und RM sind Bund und Kanton Bern. Bei der BLS hält der Kanton Bern, mit etwas mehr als 65% der Aktien, die Mehrheit. Die Bundesbeteiligung an der BLS beläuft sich auf leicht mehr als 17%. An der RM sind Bund und Kanton Bern ähnlich beteiligt. Der Bund hält 33% und der Kanton Bern 30% der Aktien. Für beide Unternehmen verteilen sich die restlichen Beteiligungen auf weitere Kantone und Gemeinden sowie weitere Aktionäre.

6. Nach dem Zusammenschluss werden sich die Beteiligungen ungefähr folgendermassen verteilen. Hauptaktionäre sind der Kanton Bern mit 55% und der Bund mit 22%. Weitere Kantone, Gemeinden und Aktionäre halten die restlichen Beteiligungen.

7. Hauptziel des Zusammenschlusses ist das Angebot von Regionalverkehr aus einer Hand. Ein Angebot aus einer Hand bewirke hauptsächlich zwei Effekte. Einerseits soll der Zusammenschluss Synergiegewinne im Umfang von ungefähr CHF 10 Mio. pro Jahr ermöglichen.¹ Andererseits soll eine weitere Normalspurbahn neben der SBB entstehen, welche sich im zukünftigen Wettbewerbsumfeld erfolgreich behaupten kann. Ein weiterer Effekt bei einem Angebot aus einer Hand ist die Reduktion der Ansprechpartner für die Besteller. Zusätzlich zu den Vorteilen durch das Angebot aus einer Hand, sollen strategisch wichtige Kompetenzen im Bereich Werkstätten und Infrastruktur (Bahnbetriebsanlagen Hoch- und Tiefbau) nachhaltig gesichert werden. Die Flottenpolitik und die Unterhaltsstandards von Rollmaterial sowie Infrastruktur könnten leichter vereinheitlicht werden. Die se erleichterte Vereinheitlichung erschliesse weitere Synergiepotenziale.

¹ Vgl. Regionalverkehr aus einer Hand, Neue Zürcher Zeitung, 22.12.2005; Information der RM zum Zusammenschluss unter http://www.regionalverkehr.ch/pv/php/aktuell/events_1-de.php?01060201.

8. Der geplante Zusammenschluss ist Teil der Bahnreform 2, welche zurzeit in der parlamentarischen Überprüfungsphase steht. Mit der Bahnreform 2 wollen Bund und Kantone den bereits laufenden Konsolidierungsprozess der Bahnlandschaft Schweiz unterstützen. Neben der SBB sollen zwei bis drei weitere Normalspurbahnen bestehen: Szenario "SBB + x". Dieser Konsolidierungsprozess soll zu tieferen Kosten führen und die betroffenen Unternehmen wettbewerbsfähig machen. Insbesondere sollen diese zwei bis drei Unternehmen in der Lage sein, bei Ausschreibungen gegen nationale und internationale Konkurrenz erfolgreich zu bestehen. Das neu geschaffene Unternehmen aus BLS und RM werde eines dieser Unternehmen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. BLS und RM streben eine Zielstruktur an, bei welcher beide Gesellschaften in einem einzigen Unternehmen zusammengeschlossen sind. Um die Zielstruktur zu erreichen, sehen BLS und RM zwei Möglichkeiten vor. Die erste Möglichkeit ist eine Absorptionsfusion. Bei dieser Absorptionsfusion übernimmt die BLS die RM. Als zweite Möglichkeit gilt die Gründung einer neuen Gesellschaft (Newco), mit voraussichtlichem Sitz in Bern. Nach der Gründung von Newco erfolgt ebenfalls eine Absorptionsfusion mit Übernahme der BLS und RM durch Newco.

12. Bei der ersten Möglichkeit handelt es sich um einen Erwerb der Kontrolle eines Unternehmens über ein bisher unabhängiges Unternehmen im Sinne von Artikel 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4). Demzufolge ist die erste Möglichkeit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG. In diesem Fall ist nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b VKU die BLS das meldende Unternehmen.

13. Die zweite Möglichkeit ist ebenfalls ein Kontrollenerwerb im Sinne von Artikel 1 VKU. Im Gegensatz zur ersten Möglichkeit erwirbt bei der zweiten Möglichkeit nicht mehr BLS die Kontrolle über RM. Sondern die noch zu gründende Newco erlangt die Kontrolle über beide Bahnen BLS und RM. Damit ist bei der

zweiten Möglichkeit nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b VKU Newco das meldende Unternehmen.

14. Grundsätzlich entschieden sich die meldenden Unternehmen für die zweite Möglichkeit. Allerdings stand zum Zeitpunkt der Meldung die formelle Beschlussfassung durch die Haupteigner und durch die Verwaltungsräte der Gesellschaften noch aus. Welche der zwei Möglichkeiten für den Unternehmenszusammenschluss letztlich gewählt wird, beeinflusst die Beurteilung des Zusammenschlusses nicht. Deshalb ist eine Betrachtung des Zusammenschlusses unter jeweils beiden Möglichkeiten nicht erforderlich. Stattdessen erfolgt eine Betrachtung des Zusammenschlusses für ein neu geschaffenes Unternehmen bestehend aus BLS und RM.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kommen keine Vorbehalte wettbewerbsausschliessender Vorschriften zur Anwendung.

B.3 Meldepflicht

16. Konzernbereinigt erreichte BLS in der Schweiz im Jahr 2004 einen Umsatz von rund CHF 549 Mio. Der Umsatz von RM betrug schweizweit im Jahr 2004 rund CHF 122 Mio. Vom Umsatz der RM ausgenommen sind ihre Güterverkehrsdienstleistungen, weil sie das Car-gogeschäft im Dezember 2005 veräussert hat.

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

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

C.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

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

19. Im vorliegenden Fall fragt die Marktgegenseite bei den Anbietern von Dienstleistungen des Schienenverkehrs verschiedene Leistungen nach. Diese Leistungen unterscheiden sich in ihren Eigenschaften und ihrem Verwendungszweck. Deshalb bietet sich eine Abgrenzung mehrerer unterschiedlicher Märkte an:

1. Markt für Gütertransportdienstleistungen
2. Markt für Personentransportdienstleistungen
3. Markt für Infrastrukturdienstleistungen
4. Markt für Werkstattdienstleistungen
5. Reisemarkt

20. Die Markt-abgrenzung für den vorliegenden Unternehmenszusammenschluss erfolgt aus der Optik der Nachfrageseite. Denn die Beschaffungsseiten für die fünf obgenannten Bereiche haben vorwiegend internationalen Charakter. Somit bestehen keine Anzeichen für eine Begründung oder Verstärkung einer

marktbeherrschenden Stellung auf der Beschaffungsseite durch den Zusammenschluss von BLS und RM.

1. Markt für Gütertransportdienstleistungen

21. BLS erbringt mit ihrem Tochterunternehmen BLS Cargo AG Gütertransportdienstleistungen auf der Schiene. Marktgegenseite ist insbesondere die verladende Wirtschaft. Für die verladende Wirtschaft besteht grundsätzlich Substituierbarkeit zwischen Gütertransport auf der Schiene und Gütertransport auf der Strasse (RPW 2004/2, S. 335, Rz. 19). Jedoch muss Gütertransport auf Schiene nicht immer ein gutes Substitut für Gütertransport auf Strasse sein et *vice versa*. Der Grad der Substituierbarkeit hängt von verschiedenen Eigenschaften der zu befördernden Güter ab. Solche Eigenschaften sind beispielsweise Transportvolumen, Transportdistanz oder Zeitrestriktionen. Je nach Eigenschaften der zu befördernden Güter können unterschiedliche Marktabgrenzungen angemessen sein.

22. Für den vorliegenden Fall genügt die Feststellung, dass für die verladende Wirtschaft Gütertransport auf Schiene und Gütertransport auf Strasse grundsätzlich substituierbar sind. Deshalb umfasst der sachlich relevante Markt Gütertransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse. Auch eine verfeinerte Marktabgrenzung führte zu keinem anderen Ergebnis.

2. Markt für Personentransportdienstleistungen

23. BLS und RM erbringen Personentransportdienstleistungen im Regionalverkehr. Während BLS Transportdienstleistungen überwiegend auf der Schiene anbietet, ist die RM Anbieterin von Transportleistungen auf Schiene und Strasse.

24. Im Regionalverkehr gilt für eine Personentransportdienstleistung das Bestellverfahren (Art. 10 der Verordnung über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz [ADFV]; SR 742.101.1). Gemäss Artikel 10 Absatz 1 ADFV wird das Bestellverfahren jedes Jahr durchgeführt. Dabei sind zwei Bestellverfahren möglich: das ordentliche und das einfache Verfahren. Bei beiden Verfahren bestellt die öffentliche Hand bei den jeweiligen Transportunternehmen eine Leistung, welche sich nach vorgängig ermittelten Transportbedürfnissen richtet (Art. 8 ADFV). Im Rahmen des ordentlichen Verfahrens kann der Bund oder ein Kanton ein Transportunternehmen auffordern, ihnen eine Offerte oder Offertvarianten zu unterbreiten. Im Gegensatz dazu unterbreiten die Transportunternehmen beim einfachen Verfahren (Art. 23 ADFV) den Bestellern unaufgefordert eine Offerte. Nehmen die Besteller eine Offerte an, so schliessen sie mit den entsprechenden Transportunternehmen eine Angebotsvereinbarung ab. Eine Angebotsvereinbarung regelt unter anderem auch den Abgeltungsbetrag für die ungedeckten Kosten (Art. 20 ADFV).

25. Aus obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Nachfrage nicht direkt durch den Leistungsempfänger (Kunde) erfolgt. Die Nachfrage erfolgt durch die öffentliche Hand. Deshalb ist die öffentliche Hand Marktgegenseite. Die öffentliche Hand fragt Perso-

nentransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse nach. Im vorliegenden Fall handelt es sich um Personentransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse im Regionalverkehr. Damit umfasst der sachlich relevante Markt Personentransportdienstleistungen auf Schiene und Strasse im Regionalverkehr.

3. Markt für Infrastrukturdienstleistungen

26. Nach Artikel 62 ADFV müssen die Infrastruktur betreibenden Unternehmen den Betrieb von Infrastruktur in ihrer Rechnung von anderen Tätigkeiten trennen. Folglich sind Verkehr und Infrastruktur voneinander getrennt.

27. Für den Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur benötigt ein Unternehmen eine Konzession (Art. 5 ADFV). Gleichsam benötigt ein Unternehmen die Bewilligung des Bundesamtes für Verkehr, wenn es die Infrastruktur eines anderen Eisenbahnunternehmens benützen will (Art. 9 ADFV). Konzessionierte Eisenbahnunternehmen gewähren den Unternehmen, denen der Netzzugang bewilligt wurde, den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur (Art. 9a ADFV, Art. 10 Abs. 1 NZV).

28. Weil Unternehmen mit Bewilligung diskriminierungsfreien Netzzugang haben, sind eigene Infrastruktur und Benutzung fremder Infrastruktur substituierbar. Damit umfasst der sachlich relevante Markt die Benutzung von Infrastruktur.

4. Markt für Werkstattdienstleistungen

29. Der sachlich relevante Markt für Werkstattdienstleistungen umfasst die verschiedensten Arbeiten für den Unterhalt, die Revision und den Umbau an Eisenbahnfahrzeugen sowie Dienstleistungen in den Bereichen Engineering, Elektrik und Elektronik.

5. Reisemarkt

30. Grob unterteilt sich der Reisemarkt in einen Veranstalter- (Tour Operating) und einen Vertriebsmarkt (Retailmarkt) (RPW 2000/3, S. 401, Rz. 13). Reiseveranstalter (Tour Operators) planen, bündeln und vermarkten verschiedenste Reiseelemente (z.B. Charterflug oder Transfer vom Flughafen zum Hotel). Auf dem Vertriebsmarkt verkaufen dann die Reisebüros (travel agencies) diese Leistungen der Reiseveranstalter an die Endkunden.

31. BLS und RM bieten BLS-eigene Produkte und solche des gesamten öffentlichen Verkehrs an. Zudem hat BLS auch Pauschalreisen, Ferien- und Reiseideen in Zusammenarbeit mit bekannten Reiseveranstaltern im Angebot. Ferner betreibt das RM-Tochterunternehmen Emmental Tours AG ein Reisebüro.

32. Damit umfasst der sachlich relevante Markt für Reisedienstleistungen den Verkauf und die Vermittlung von regionalen, schweiz- und weltweiten Reisen. Dazu gehören im vorliegenden Fall auch der Verkauf von Produkten des gesamten öffentlichen Verkehrs.

II. Räumlich relevante Märkte

33. 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).

1. Markt für Gütertransportdienstleistungen

34. Mit ihrem Cargogeschäft erbringt die BLS Gütertransportdienstleistungen im Transitgüterverkehr und im nationalen Güterverkehr (Binnenverkehr sowie Gütertransport mit Ausgangs- oder Zielort in der Schweiz). Weil die BLS ihre Dienstleistungen sowohl im Transitverkehr als auch im nationalen Güterverkehr anbietet, ist eine Aufteilung in verschiedene räumliche Märkte denkbar. Aber für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben genügt die Abgrenzung eines einzigen räumlichen Marktes. Ebenso genügt eine Abgrenzung, welche als räumlich relevanten Markt das Gebiet der Schweiz umfasst. Auch eine mehrfache und weitere räumliche Markt-Abgrenzung änderte am Ergebnis nichts.

2. Markt für Personentransportdienstleistungen

35. Die öffentliche Hand *kann* ihre Aufträge für Personentransportdienstleistungen national oder gar international nachfragen und ausschreiben. Als Folge dieser "Kann"-Regelung erfolgen im Bahnbereich kaum Ausschreibungen. Vielmehr fragt die öffentliche Hand die Leistungen für Personentransport bei Anbietern nach, welche bereits in der entsprechenden Region tätig sind. Deshalb kann für Personentransportdienstleistungen von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, der das Tätigkeitsgebiet der BLS und RM umfasst.

36. Eine räumlich regionale Abgrenzung steht auch in Einklang mit der Praxis der EU-Kommission. Die EU-Kommission fasst die Verbindung zwischen zwei bestimmten Städten oder Regionen als räumlich relevanten Markt auf (94/894/EC, IV/32.490 - Eurotunnel). Zudem führte das Bestellprinzip weg von einer Gestaltung des Angebots von öffentlichem Verkehr durch die Transportunternehmen. Mittlerweile gestalten die Regionen das Angebot an öffentlichem Verkehr.

37. In der Zukunft ist allerdings eine weitere räumliche Markt-Abgrenzung durchaus denkbar. Eine weiter gefasste Markt-Abgrenzung ist erwägenswert, falls die öffentliche Hand Aufträge für Personentransportdienstleistungen öffentlich ausschreibt. Insbesondere kann eine weitere Abgrenzung sinnvoll sein, wenn auch internationale und ausländische Anbieter an den öffentlich ausgeschriebenen Vergaben teilnehmen oder teilnehmen könnten.

3. Markt für Infrastrukturdienstleistungen

38. BLS und RM unterhalten je ein Normalspurnetz. Gemäss den gesetzlichen Vorgaben müssen die Infrastrukturbetreiberinnen das Streckennetz anderen Unternehmen diskriminierungsfrei zur Nutzung überlassen. Dabei scheint eine Benutzung der Infrastruktur im Grossraum Bern (z.B. Strecke Burgdorf - Steffisburg) durch eine Infrastrukturbenutzung im Thurgau (z.B. Strecke Frauenfeld - Weinfelden) schwer substituierbar. Deshalb scheint wie beim Markt für Infrastrukturdienstleistungen eine räumliche Abgrenzung, die sich auf das Tätigkeitsgebiet der BLS und RM beschränkt, als sinnvoll.

4. Markt für Werkstattdienstleistungen

39. BLS und RM erbringen Werkstattdienstleistungen an Kunden aus der gesamten Schweiz. BLS führt zudem noch vereinzelt Aufträge aus dem Ausland durch. Deshalb ist für Werkstattdienstleistungen eine schweizweite räumlich relevante Abgrenzung vernünftig.

5. Reisemarkt

40. BLS und RM sind mit ihren Reisedienstleistungen nicht in der ganzen Schweiz tätig. Beide Unternehmen bieten ihre Reisedienstleistungen in ihrem Tätigkeitsgebiet an. Das Reisebüro der RM befindet sich im Emmental. Weil BLS und RM mit ihren Reisedienstleistungen nicht in der ganzen Schweiz tätig sind, erscheint eine Aufteilung der Schweiz in engere räumliche Märkte sinnvoll. Deshalb geht diese Betrachtung für den Reisemarkt wie bei den Personentransportdienstleistungen von einem räumlich relevanten Markt aus, der das Tätigkeitsgebiet der BLS und RM umfasst.

41. Ebenso wie bei den Personentransportdienstleistungen ist in der Zukunft eine weitere räumliche Abgrenzung nicht auszuschliessen. Beispielsweise könnte die wachsende Bedeutung des Internets eine weitere räumliche Abgrenzung unter Umständen rechtfertigen.

C.2 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

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

43. Im Bereich Werkstattdienstleistungen sind die Marktanteile von BLS und RM eher gering. Insbesondere erreichen die Marktanteile von BLS und RM bei Werkstattdienstleistungen die kritischen Schwellen von 20% beziehungsweise 30% nicht. Deshalb handelt es sich bei Werkstattdienstleistungen um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt. Ebenso sind die Marktanteile im Bereich Reisedienstleistungen gering. Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich Reisedienstleistungen. Demnach liegen vom Zusammenschluss betroffene Märkte in den Bereichen Gütertransport, Personentransport und Infrastruktur vor.

1. Markt für Gütertransportdienstleistungen

44. Schätzungen weisen sowohl für BLS als auch für RM während der Jahre 2002 und 2003 Marktanteile von weniger als 15% aus. BLS und RM verfügen je-

weils über Marktanteile von weniger als 15% gemessen am totalen Güterverkehrsvolumen. Somit fallen die Marktanteile gemessen am Volumen im Schienenverkehr alleine noch niedriger aus. Für das Jahr 2004 liegen zu den Marktanteilen hingegen nur Schätzungen der BLS für den nationalen Güter- und den Transitverkehr (internationaler Gütertransport) vor. Nach ebendiesen Schätzungen verfügt die BLS im Güterverkehr über einen Marktanteil von etwa 21%. Der Marktanteil im Transitverkehr beträgt ungefähr 35%. Beide Marktanteile beziehen sich auf den Güterverkehr auf der Schiene. Somit dürfte der Marktanteil der BLS gemessen am gesamten Transportvolumen auf Schiene und Strasse deutlich geringer ausfallen.

45. Auf dem Markt für Güterverkehrsdienstleistungen scheint bereits starke Konkurrenz zu bestehen. Beispielsweise nimmt SBB Cargo im Schienengüterverkehr mit einem Marktanteil von über 50% eine starke Stellung ein. Zudem erfolgten im Gütertransportbereich auf der Schiene in den letzten fünf Jahren diverse Markteintritte: Crossrail AG, TXLogistik, Rail4Chem. Ebenso existiert auf der Strasse eine grosse Zahl an Wettbewerber. Künftig sind weitere Marktzutritte ausländischer Transportunternehmen möglich. Weitere Marktzutritte sind möglich, weil die bilateralen Verträge CH-EU in den Bereichen Strassen- und Schienengüterverkehr auf eine gegenseitige Marktöffnung abzielen.

46. Mit dem Zusammenschluss geht somit keine Verringerung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz einher. Auf dem schweizerischen Markt für Güterverkehrsdienstleistungen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

2. Markt für Personentransportdienstleistungen

47. Aufgrund gesetzlicher Bestimmungen (Konzessions- und Bestellverfahren) erbringt ein Unternehmen das gesamte Angebot auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Gebiet. Somit sind BLS und RM die einzigen Anbieterinnen von Personentransportdienstleistungen in ihrem Tätigkeitsgebiet. Dass BLS und RM im relevanten Gebiet einzige Anbieterinnen von Personentransportdienstleistungen sind, folgt jedoch aufgrund gesetzlicher Regelungen für Personentransportdienstleistungen (Rz. 24). Bei Annahme einer Offerte erteilt die Auftraggeberin einem einzigen Unternehmen den Personentransportauftrag für eine bestimmte Strecke oder ein bestimmtes Gebiet. Während der Dauer des Auftrages ist somit das beauftragte Transportunternehmen alleinige Anbieterin von Personentransport auf einer Strecke oder in einem Gebiet.

48. Den Auftrag des Personentransports vergibt aber der Bund oder ein Kanton. Marktgegenseite ist darum wie bereits erwähnt der Bund oder ein Kanton und nicht die beförderten Personen. Aus diesem Grund und wegen des Ausschreibungs- und Bestellprinzips ist für die Beurteilung, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, nicht der Zeitraum zwischen tatsächli-

chem Ausschreibungs- und Bestellverfahren entscheidend. Vielmehr erscheint für den hier vorliegenden Fall die Beurteilung zum aktuellen Ausschreibungs- und Bestellzeitraum sinnvoll.

49. Während des Ausschreibungs- und Bestellzeitraumes kommen beispielsweise die SBB, der Regionalverkehr Bern-Solothurn (RBS) oder die Verkehrsbetriebe Spiez - Thun - Interlaken (STI) sowie für gewisse Strecken die PostAuto in Frage. Ebenso haben ausländische Transportunternehmen die Möglichkeit, sich für einen Personentransportauftrag zu bewerben. Somit scheinen BLS und RM nicht die einzigen möglichen Anbieter von Personentransportdienstleistungen in ihren Tätigkeitsgebieten zu sein.

50. Möglicherweise erfolgen im Personentransportbereich ab ca. 2010 grössere Ausschreibungen durch Aufgabenträger. Als neue Marktteilnehmer kommen dabei sowohl private Transportunternehmen (z.B. Connex, Arriva oder Transdev) als auch staatliche beziehungsweise noch-staatliche Unternehmen (DB oder SNCF) in Betracht. Jedoch bestehen noch Unsicherheiten. Einerseits ist unklar, wann genau die öffentliche Hand Aufträge für Personentransportdienstleistungen tatsächlich ausschreibt. Andererseits ist auch unklar, ob die Ausschreibungen neue Marktteilnehmer ansprechen wird. In diesem Zusammenhang ist auch wichtig, dass nach Artikel 14 ADFV jedes Transportunternehmen berechtigt ist, unaufgefordert eine Offerte einzureichen. Wiederum ist eine Prognose schwierig, ob sich künftig ausländische Transportunternehmen für regionale Personentransportaufträge in der Schweiz bewerben werden. Aber für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann offen bleiben, ob sich in Zukunft eine Verstärkung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz einstellen könnte.

51. Auf dem Markt für regionale Personentransportdienstleistungen in den Tätigkeitsgebieten der BLS und RM bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Insbesondere bestehen keine Anzeichen, dass der Zusammenschluss BLS-RM eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a begründet oder verstärkt.

3. Markt für Infrastrukturdienstleistungen

52. Die Infrastruktur ist jeweils im Eigentum der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Aufgrund gesetzlicher Vorgaben sind Infrastrukturbetreiberinnen verpflichtet, ihre Infrastruktur anderen Bahnunternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. BLS und RM können deshalb die Benutzung ihrer Infrastruktur nicht verweigern. Vor allem können BLS und RM bei der Überlassung ihrer Infrastruktur nicht andere Zuteilungs- und Preisregeln verwenden, welche nicht auch für sie selber gelten.

53. Zurzeit organisieren und verkaufen BLS, RM und SBB die Benutzung von Trassen an einer dafür geschaffenen Koordinations- und Verkaufsstelle selber. Jedoch planen die drei Bahnunternehmen eine Ausgliederung der Koordinations- und Verkaufsstelle. Diese Ausgliederung ist eine Auswirkung des 1. Bahn-

pakets, welches die EU im März 2001 in Kraft setzte. Das 1. Bahnpaket der EU ist Bestandteil des Landverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der EU. Unter anderem schreibt das 1. Bahnpaket vor, dass die Trassenvergabe durch eine Stelle erfolgen muss, welche selbst keine Eisenbahnverkehrsleistungen erbringt. Zudem soll eine solche Stelle rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheiden unabhängig von Eisenbahnunternehmen sein. Deshalb gliedern BLS, RM und SBB ihre Trassenvergabestelle in eine rechtlich verselbstständigte und von den Bahnen unabhängige Aktiengesellschaft aus. Damit erfolgt selbst die Koordination und der Verkauf von Infrastrukturnutzung nicht mehr über die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

54. Wegen der Vorgabe des diskriminierungsfreien Netzzuganges bestehen im Bereich Infrastruktur keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

C.3 Ergebnis

55. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Daher sind die Voraussetzungen für die (vertiefte) Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG nicht gegeben.

B 2.3	2. Swisscom Fixnet AG - Cybernet (Schweiz) AG
-------	--

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 13. März 2006

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. März 2006

Inhaltsverzeichnis

A	Sachverhalt	248
A.1	Gegenstand	248
A.2	Verfahren	249
B	Erwägungen	249
B.1	Geltungsbereich	249
B.1.1	Unternehmen	249
B.1.2	Unternehmenszusammenschluss	249
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	250
B.3	Meldepflicht	250
B.4	Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens	250
B.4.1	Relevante Märkte	250
B.4.1.1	Sachlich relevante Märkte	250
B.4.1.1.1	Breitbanddienste	250
B.4.1.1.1.1	Drahtgebundene Anschlüsse	250

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet) beabsichtigt, die Gesamtheit der Aktien von Cybernet (Schweiz) AG (Cybernet) zu erwerben. Veräusserer von Cybernet ist Viatel Holding (Europe) Ltd. (Viatel).

2. Swisscom AG ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Sie verfügt über fixe sowie mobile Datenübertragungsnetzwerke und bietet über ihre in der Regel zu 100% kontrollierten Gruppengesellschaften Dienstleistungen und Produkte für die mobile, die netzgebundene und die Internet Protokoll basierte Sprach- und Datenkommunikation an. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftet einen Jahresumsatz von rund CHF 10 Mia.

3. Zum Swisscom Konzern gehört insbesondere Swisscom Fixnet, welche das nationale und internationale Geschäft der Festnetztelefonie, die Netzinfrastruktur sowie den Wiederverkauf (Wholesale) von Netzleis-

B.4.1.1.1.2	Drahtlose Anschlüsse	251
B.4.1.1.2	Sprachtelefonie Festnetz	252
B.4.1.1.3	Mobiltelefonie	253
B.4.1.1.4	Internet-Zusatzdienste	253
B.4.1.1.5	Kein relevanter Markt für KMU-Kunden	253
B.4.1.2	Räumlich relevante Märkte	253
B.4.2	Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten	253
B.4.2.1	Breitbanddienste	254
B.4.2.1.1	Aktueller Wettbewerb	254
B.4.2.1.1.1	Infrastruktur	254
B.4.2.1.1.2	Geschaltete Breitbandanschlüsse	255
B.4.2.1.1.3	Entwicklungen nach Revision Fernmeldegesetz	256
B.4.2.1.1.4	Einfluss auf Innovationen	257
B.4.2.1.1.5	KMU-Segment	257
B.4.2.1.2	Potenzieller Wettbewerb	258
B.4.2.1.3	Zwischenergebnis	259
B.4.2.2	Sprachtelefonie Festnetz	259
B.4.2.3	Mobiltelefonie	259
B.4.2.4	Internet-Zusatzdienste	259
B.4.2.5	Vertikale und konglomerale Effekte	259
B.5	Ergebnis	260

tungen umfasst. Swisscom Fixnet bietet insbesondere Dienstleistungen und Produkte für Privat- und Geschäftskunden kleiner und mittlere Unternehmen (KMU) an. Innerhalb von Swisscom Fixnet ist der weitgehend selbstständig agierende Geschäftsbereich Bluewin als Internet Service Provider (ISP) tätig. Bluewin verkauft hauptsächlich Internetdienste und -produkte.

4. Innerhalb des Swisscom Konzerns bietet Swisscom Solutions AG (Swisscom Solutions) integrale Data-/Voice-Lösungen aus einer Hand für mittlere und grosse Geschäftskunden an. Swisscom Solutions ist per 1. Januar 2005 aus der Fusion der beiden Swisscom Gruppengesellschaften Swisscom Enterprise Solutions und Swisscom Systems entstanden.

5. Cybernet mit Sitz in Zürich bietet als ISP hauptsächlich Breitbanddienste, Internet Data-Center Dienste und E-Business Solutions an. Das Unternehmen betreut mehr als 20'000 Kunden, wobei es sich grösstenteils um Firmenkunden im KMU-Segment handelt. Das Unternehmen erzielte 2004 einen Umsatz von CHF 18,4 Mio. und beschäftigt 34 Mitarbeitende.

A.2 Verfahren

6. Am 17. November 2005 erhielt die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet - Cybernet.

7. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung wurden neben Swisscom und Cybernet rund 30 Marktteilnehmer (hauptsächlich ISP) bezüglich der Wettbewerbssituation im Zusammenhang mit dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben befragt. Befragt wurden insbesondere die beteiligten Unternehmen Swisscom und Cybernet, der Grossteil der in der Schweiz tätigen Internet Service Provider (u.a. sunrise, Tele2, Green, VTX) sowie Colt, MCI, Cablecom und Swisscable (Verband der Kabelnetzunternehmen). Im Rahmen der vorläufigen Prüfung antworteten 17 der befragten Unternehmen.

8. Am 19. Dezember 2005 entschied die Wettbewerbskommission, eine Prüfung gemäss Artikel 32 ff. des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) durchzuführen. Nach der Auffassung der Wettbewerbskommission bestanden Anhaltspunkte dafür, dass das Zusammenschlussvorhaben im Bereich der Breitbanddienste und bezogen auf das KMU-Kundensegment im Speziellen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärkt. Die Einleitung einer Prüfung wurde den Parteien mit Schreiben vom 19. Dezember 2005 mitgeteilt. Mit selbigem Schreiben wurde Swisscom als Begründung der Einleitung eines vertieften Prüfungsverfahrens der Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zugestellt, auf dessen Grundlage diese ihren Entscheid fällte, ein Prüfungsverfahren einzuleiten.

9. Die Durchführung einer Prüfung wurde durch Publikationen im Bundesblatt vom 28. Dezember 2005 (BBI 2005 7521) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 2 vom 4. Januar 2006 bekannt gegeben.

10. Am 11. Januar 2006 fand eine Besprechung mit Vertretern von Viatel und Cybernet statt. Die in dieser Besprechung von Viatel und Cybernet vertretenen Standpunkte wurden der Wettbewerbsbehörde mit Schreiben vom 20. Januar 2006 mitgeteilt. Viatel und Cybernet ersuchten, das Zusammenschlussvorhaben möglichst zeitnah freizugeben.

11. Im Rahmen ihres Rechts auf Akteneinsicht wurden Swisscom am 16. Januar 2005 ein Aktenverzeichnis und Kopien der Verfahrensakten zugesellt. Am 9. Februar 2006 wurden Swisscom zudem ein aktualisiertes Aktenverzeichnis sowie weitere Kopien der Akten zugesandt.

12. Im Rahmen des Prüfungsverfahrens wurden 85 KMU befragt, die über einen Breitbandinternetanschluss verfügen. Bei den befragten KMU handelte es sich mehrheitlich um Kunden von Cybernet und Swisscom sowie um Kunden von (xDSL-)Internet Service Providern und Kunden des Kabelnetzbetreibers Cablecom. Die Rücklaufquote aus der durchgeführten Befragung belief sich auf über 50%.

13. Mit Eingabe vom 22. Februar 2006 nahm Swisscom zum Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission, gestützt auf welchen ein Prüfungsverfahren eingeleitet wurde, Stellung. Swisscom folgerte, dass die geplante Übernahme von Cybernet durch Swisscom Fixnet unbedenklich sei.

14. Auf die Eingaben der Parteien sowie die Angaben aus den durchgeführten Befragungen ist in den Erwägungen zurückzukommen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

15. 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).

B.1.1 Unternehmen

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

17. Betreffend Swisscom Fixnet ist festzuhalten, dass diese als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG mit jener personell verflochten ist und strategische Geschäftsentscheide im Einklang mit der Swisscom AG getroffen werden. Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Selbstständigkeit ist grundsätzlich die Swisscom-Gruppe als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG anzusehen (Beschwerdeentscheid Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 30.6.2005 [Swisscom ADSL], RPW 2005/3, S. 505, E.3.2).

18. Im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gilt jedoch auch ein Unternehmensanteil als beteiligtes Unternehmen, der Gegenstand des Zusammenschlusses ist, was vorliegend für Swisscom Fixnet zutrifft (Art. 3 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4). Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen sind damit Swisscom Fixnet und Cybernet.

19. Im Übrigen werden nachfolgend sowohl Swisscom AG als auch deren Gruppengesellschaften grundsätzlich undifferenziert als Swisscom bezeichnet.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. Als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG gilt jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Im Sinne dieser Bestimmung erlangt ein Unternehmen die Kontrolle, wenn es über den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

21. Swisscom Fixnet beabsichtigt, in einem Zug 100% der Aktien der Cybernet vom Veräusserer, der Viatel Holding (Europe) Ltd., zu erwerben. Bei diesem Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Erwerb der Kontrolle eines Unternehmens über ein bisher unabhängiges Unternehmen im Sinne von Artikel 1 VKU und demzufolge um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, insbesondere grundsätzlich auch keine fernmelderechtlichen Vorschriften (RPW 2004/1, S. 204), die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

23. Eine Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens kann sich durch das Erreichen der Umsatzschwellen in Artikel 9 Absatz 1 KG ergeben. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG müssen unter anderem mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen. Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich dabei nach Massgabe von Artikel 3 VKU. Cybernet als kontrolliertes Unternehmen erreicht jedoch mit einem Umsatz von CHF 18,4 Mio. diese Umsatzschwelle nicht, womit gestützt auf Artikel 9 Absatz 1 KG keine Meldepflicht besteht.

24. Eine Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Artikel 9 Absätze 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

25. Die Wettbewerbskommission stellte rechtskräftig fest, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG gilt (RPW 1997/2, S. 174, Telecom PTT/Bluewin). Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich dabei gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste. Gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG wurde in der Folge in verschiedenen Fällen das Bestehen einer Meldepflicht bejaht (u.a. RPW 1998/3, S. 412; RPW 2003/1, S. 204; RPW 2005/2, S. 363; RPW 2005/2, S. 406). Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft unter anderem (ähnlich wie der erwähnte Fall Telecom PTT/Bluewin) über die Infrastruktur von Swisscom angebotene Internetdienste, mithin um nachgelagerte Märkte.

26. Der Zusammenschluss ist deshalb gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

27. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

28. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

29. Zur Prüfung der Frage der Marktbeherrschung sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem weiteren Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen sein.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

31. Marktgegenseite von Swisscom und Cybernet bilden vorliegend in erster Linie Endkunden, darunter Privathaushalte und Geschäftskunden, welche verschiedene Kommunikationsdienstleistungen nachfragen. Im Unterschied zur Untersuchung in Sachen Swisscom ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) sind damit vorliegend nicht die ISP, sondern die Endkunden als Marktgegenseite zu betrachten (RPW 2004/2, S. 407 ff.; RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2).

B.4.1.1.1 Breitbanddienste

B.4.1.1.1.1 Drahtgebundene Anschlüsse

32. Aus Sicht der Endkunden werden Internet-Zugänge nachgefragt, welche den Austausch von zunehmend grösseren Datenmengen ermöglichen. Charakteristisch für die Nachfrage ist der Bedarf an hoher Übertragungskapazität und die Möglichkeit der ununterbrochenen Verfügbarkeit ("always on") in der Regel zu Pauschalpreisen. Diese Eigenschaften sind typischerweise bei Breitbandanschlüssen vorhanden.

33. Die am weitesten verbreitete Breitbandzugangstechnologie ist die auf dem Kupferkabel von Swisscom basierende xDSL-Technologie. Diese Zugangstechnologie wird von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Swisscom und Cybernet am häufigsten eingesetzt. Im Rahmen der Abgrenzung des

relevanten Marktes ist vorliegend insbesondere abzuklären, welche Substitute aus Endkundensicht zu einem xDSL-Breitbandzugang in Frage kommen. Mit ähnlichen Fragestellungen setzte sich die Wettbewerbskommission insbesondere bereits in Sachen Swisscom ADSL (RPW 2004/2, S. 407 ff.; Entscheid aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2) sowie in den Gutachten nach Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (FMG) vom 27. September 2004 in Sachen Bitstream Access (RPW 2004/4, S. 1263) und vom 13. Juni 2005 betreffend Portierung von Einzelnummern (RPW 2005/3, S. 589) auseinander.

34. Nachfolgend werden in diesem Kapitel leitungsgebundene Breitbandzugangstechnologien und im nachfolgenden Kapitel anschliessend drahtlose Technologien auf deren Substituierbarkeit zu einem xDSL-basierten Breitbandinternetzugang überprüft.

35. Breitbandzugänge werden heute insbesondere auch von Kabelnetzbetreibern (z.B. Cablecom) angeboten, deren meist auf Koaxialkabeln beruhende Anschlussnetze ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen (CATV) erstellt wurden. Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann dabei im Gegensatz zur sternförmig konzipierten Infrastruktur des Anschlussnetzes von Swisscom bezüglich Kontrollierbarkeit der Signale sowie in gewissen Fällen bezüglich Belastung des Netzes gewisse Nachteile aufweisen. Mittlerweile wurde eine Mehrheit dieser Anschlüsse breitbandfähig ausgerüstet. Aus Endkundensicht können diese Breitbandzugänge grundsätzlich als Substitut zu einem auf dem Anschlussnetz von Swisscom basierenden Breitbandzugang angesehen werden.

36. Als mögliche breitbandfähige Zugangstechnologie kommt der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaser (Fibre to the home, FTTH) in Frage, wobei Glasfaserkabel im Gegensatz zum Anschlussnetz der Swisscom oder den CATV-Zugängen der Kabelnetzbetreiber neu verlegt werden müssen. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten (>10 Gbit/s), wobei die Datenübertragung meist auf dem SDH (Synchronous Digital Hierarchy)-Standard beruht. Der Anschluss eines Endkunden durch das Verlegen von Glasfaserkabeln kommt aufgrund der damit verbundenen hohen Kosten praktisch nur für grössere Geschäftskunden in Frage.

37. Als weitere leitungsgebundene Zugangstechnologie kommt aufgrund der Übertragungsraten auch ein Breitbandzugang via Stromnetz in Frage. Die so genannte Powerline Communications Technologie (PLC, "Internet aus der Steckdose") wird vor allem von den Freiburgerischen Elektrizitätswerken (FEW) in Zusammenarbeit mit sunrise im Raum Freiburg kommerziell angeboten. Das leistungsfähigste Geschäftskundenangebot umfasst symmetrische Bandbreiten von 2048 kbit/s. Hinsichtlich der verfügbaren Bandbreiten ist auch die Powerline Communications Technologie vorliegend als Substitut zu betrachten. Auf die eher geringe Bedeutung dieser Technologie aufgrund der nur beschränkten Verfügbarkeit ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zurückzukommen. Aufgrund der bisher sehr begrenzten praktischen Bedeutung

und möglicherweise durch Frequenzabstrahlung verursachte Störungen könnte im Übrigen überdacht werden, ob es sich rechtfertigt, PLC als Substitut zu betrachten.

B.4.1.1.1.2 Drahtlose Anschlüsse

38. Nachfolgend werden insbesondere drahtlose Technologien hinsichtlich ihrer Eigenschaften auf eine Substituierbarkeit mit einem xDSL-Breitbandzugang geprüft. Allgemein ist vorweg festzuhalten, dass drahtlose Zugangstechnologien in verschiedener Hinsicht (Bandbreiten, Preise, Verbindungsstabilität, Sicherheit, Ausrichtung auf mobile Anwendungen) andere Charakteristika aufweisen als drahtgebundene Zugänge. Darauf wird allgemein für die nachfolgend behandelten Technologien am Ende dieses Kapitels noch einzugehen sein.

39. Als Oberbegriff einer Reihe von drahtlosen Breitbandanschlüssen wird teilweise die Bezeichnung Broadband Wireless Access (BWA) verwendet. Darunter fallen beispielsweise WLL (Wireless Local Loop), WiMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) oder WLAN (Wireless Local Area Network). Hierzu ist anzumerken, dass diesbezüglich verwendete Terminologien nicht immer einheitlich benutzt werden. Zudem werden auch UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) und Sattelitenzugänge auf eine mögliche Substituierbarkeit mit drahtgebundenen Anschlüssen überprüft.

40. Mittels WLL können von einer Vermittlungszentrale Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) hat drei nationale und vier regionale WLL-Konzessionen vergeben. WLL setzte sich in der Schweiz aus verschiedenen Gründen nicht durch. Eine Studie kam zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur von sehr wenigen Anbietern vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat (Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation [BAKOM], WIK Consult, 30.4.2001, korrigierte Fassung vom 24.2.2003, S. 51). Allein im Jahr 2003 kam es zur Übertragung einer WLL-Konzession, zu zwei freiwilligen Konzessionsrückgaben und einem Entzug einer WLL-Konzession wegen fehlender Einhaltung der minimalen Betriebspflicht (Tätigkeitsbericht 2003 der ComCom, S. 24). WLL entwickelte sich damit nicht zu einer Alternative zu einem auf dem Anschlussnetz von Swisscom basierenden Breitbandinternetzugang und ist deshalb nicht als Substitut zu einem Breitbandzugang zu betrachten.

41. Die ComCom wird voraussichtlich im zweiten Quartal des Jahres 2006 drei BWA-Konzessionen per Auktion vergeben. Die BWA-Konzessionen werden WiMAX-Anwendungen in der Schweiz ermöglichen. Bei WiMAX handelt es sich um eine leistungsfähige Übertragungstechnik per Funk mit möglichen Übertragungsreichweiten von mehreren Kilometern und Übertragungsraten im zweistelligen Mbit/s-Bereich. Nach allfälligen Konzessionserteilungen durch die

ComCom wären beim Bau von WiMAX Basisstationen die Bestimmungen der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nicht ionisierender Strahlung (NISV) zu berücksichtigen. Im Rahmen der Analyse der Marktstellung werden allfällige disziplinierende Einflüsse von WiMAX noch unter der potenziellen Konkurrenz geprüft werden.

42. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptop oder PDA) erlauben. WLAN ist typischerweise an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sog. Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her auf mehrere hundert Meter begrenzt und nur punktuell verfügbar. In vielen Fällen beruht zudem der Anschluss der Sendeeinrichtung auf einer drahtgebundenen Technologie (z.B. xDSL oder CATV). Aufgrund der Konzeption und Ausrichtung von WLAN für mobile Dienste - und der dementsprechend höheren Preisstrukturen - ist diese Technologie hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut anzusehen. So ist beispielsweise WLAN schlecht geeignet, benachbarte Gebäude zu vernetzen und ausserdem darf keine Antenne ausserhalb eines Gebäudes montiert werden (WLAN - Frequently Asked Questions, BAKOM, erhältlich unter: www.bakom.ch). Diese Gründe sprechen gegenwärtig gegen eine Substituierbarkeit eines drahtgebundenen Breitbandzugangs über WLAN.

43. UMTS ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der dritten Generation (3G), das im Vergleich zu GSM (Global System for Mobile Communications) Übertragungsraten bis zu 2 Mbit/s erlaubt und die Nutzung von gewissen Breitbanddiensten zulässt. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte (u.a. Mobiltelefone) einen Breitbandzugriff zu ermöglichen. Insgesamt wurden vier UMTS-Konzessionen unter Durchführung eines Auktionsverfahrens vergeben. Die drei Mobilfunkanbieter Swisscom, sunrise und Orange verfügen über je eine Konzession und haben entsprechende Netze erstellt. Die vierte Konzessionärin 3G Mobile (Telefonica) hingegen erfüllte die Auflagen nicht. Gegen sie musste ein Aufsichtsverfahren wegen Verletzung der Konzession eingeleitet werden. Die Übertragungspreise für UMTS sind teilweise mengenabhängig und im Vergleich zu leitungsgebundenen Breitbanddiensten relativ hoch. UMTS ist aus den genannten Gründen aus heutiger Sicht nicht als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandanschluss anzusehen.

44. Im Weiteren kann geprüft werden, ob ein Breitbandzugang via Satellit als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang in Frage kommt. In der Schweiz können solche Angebote von verschiedenen Betreibern bezogen werden. Installations- und Abonnementskosten sind im Gegensatz zu drahtgebundenen Breitbandzugängen zum Teil signifikant höher, was gegen eine Substituierbarkeit sprechen kann. Die Mehrheit der Angebote erfordert zudem als Rückkanal (upstream) eine Telefonanschlussleitung, womit ein Teil des Datenverkehrs wiederum von einem leitungsgebundenen Zugang abhängt. Erhältlich sind auch zweiwegfähige Systeme, welche nicht auf

eine Rückleitung angewiesen sind. Solche Systeme sind jedoch in der Regel teurer, kommen beispielsweise für gewisse mobile Geschäftsanwendungen zum Einsatz und haben Schwierigkeiten, sich zu etablieren. Ein Breitbandzugang via Satellit ist deshalb nicht als Substitut zu einem leitungsgebundenen Breitbandzugang anzusehen.

45. Bezüglich der drahtlosen Zugangstechnologien UMTS, WLL, WiMAX, WLAN oder Satellitenzugang ist allgemein festzustellen, dass diese im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, keine Verbindungsstabilität sowie grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen, was das verfügbare Spektrum für Endanwendungen allgemein und insbesondere für geschäftliche Anwendungen beschränkt. Drahtlose Technologien kommen deshalb hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitute zu einem drahtgebundenen Breitbandzugang in Frage.

46. Aus Endkundensicht sind dabei im Wesentlichen die auf den folgenden Infrastrukturen beruhenden drahtgebundenen Anschlüsse untereinander substituierbar: Anschlüsse von Swisscom (in der Regel xDSL [Digital Subscriber Line] über Kupferkabel), Koaxialkabel von Kabelnetzunternehmen (z.B. Cablecom), der direkte Anschluss mittels Glasfaserkabel und PLC.

47. Der sachlich relevante Markt aus Endkundensicht umfasst deshalb den auf einer drahtgebundenen Technologie beruhenden Zugang zu Breitbanddiensten. Diese Marktabgrenzung entspricht der bestehenden Praxis der Weko, welche durch die REKO/WEF bestätigt wurde (u.a. RPW 2004/4, S. 1263; RPW 2005/3, S. 589; Beschwerdeentscheid REKO/WEF vom 30.6.2005) und kann auch als Retail (Endkunden)-Markt für Breitbanddienste bezeichnet werden. Diesem Retail-Markt für Breitbanddienste ist im Übrigen der Wholesale-Markt für Breitbanddienste vorgelagert (RPW 2004/4, S. 1263; Beschwerdeentscheid REKO/WEF vom 30.6.2005). Marktgegenseite in diesem Wholesale-Markt sind die ISP, welche die entsprechenden xDSL-Vorleistungsprodukte nachfragen (Broadband Connectivity Service, BBCS).

B.4.1.1.2 Sprachtelefonie Festnetz

48. Im Rahmen der Prüfung dieses Zusammenschlussvorhabens ist zudem von einem sachlich relevanten Markt für Sprachtelefonie im Festnetz (beinhaltend VoIP [Voice over Internet Protocol]-Anwendungen; vgl. RPW 2005/3, S. 589) auszugehen (RPW 2000/4, S. 673). Von einer Substituierbarkeit durch die Mobiltelefonie ist zurzeit nicht auszugehen, was beispielsweise eine kürzlich erschienene Studie veranschaulicht, wonach die Endkunden nicht bereit sind, auf einen Festnetz-Anschluss zu verzichten, da der alleinige Gebrauch des Mobiltelefons zu teuer wäre (Nutzung von Telekomdiensten auf dem Festnetz, M.I.S. Trend SA, realisiert für das Bundesamt für Kommunikation, Lausanne, 29.8.2005).

B.4.1.1.3 Mobiltelefonie

49. Aus Endkundensicht kann von einem Retail-Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste respektive für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste ausgegangen werden (RPW 2002/1, S. 97).

B.4.1.1.4 Internet-Zusatzdienste

50. Abgesehen von den bereits andiskutierten Kommunikationsdienstleistungen fragen Endkunden bei den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen weitere Dienstleistungen nach, welche unter dem Oberbegriff Internet-Zusatzdienste zusammengefasst werden können. Es handelt sich dabei um verschiedene Dienste, welche im Zusammenhang mit einem Internetzugang erbracht werden.

51. Bei den Internet-Zusatzdiensten handelt es sich im Wesentlichen um Mail Hosting, Web Hosting (Unterbringung von Webseiten auf einem an das Internet angeschlossenen Server), Rent-a-Server, Server Homing, Co-Location, Application Management (Kombination aus Betreiberdienstleistungen für Applikationen und der operativen Betreuung von Anwendungssystemen), Videoconferencing, ASP [Application Service Provider]-Solutions, E-Security, VoIP-Solutions und Virtual Private Networks (VPN; Verbindung mehrerer Standorte), wobei sich gewisse dieser Dienstleistungen auch überschneiden können. Bezüglich der Internet-Zusatzdienste ist nicht auszuschliessen, dass es sich um jeweils separate sachlich relevante Märkte handelt. Auf eine weitergehende Marktabgrenzung kann jedoch verzichtet werden, da beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben, wie nachfolgend gezeigt werden wird, hinsichtlich der Internet-Zusatzdienste keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen.

B.4.1.1.5 Kein relevanter Markt für KMU-Kunden

52. Im Weiteren ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens die Frage stellte, ob in Abhängigkeit der Eigenschaften der von den KMU nachgefragten Kommunikationsdienstleistungen nicht diesbezüglich ein eigener relevanter Markt abzugrenzen wäre. Dabei stellte sich heraus, dass abhängig von den Geschäftsaktivitäten der jeweiligen KMU eine sehr heterogene Nachfrage nach Kommunikationsdienstleistungen besteht. So bestehen beispielsweise bei den von den KMU nachgefragten Bandbreitenprofilen erhebliche Unterschiede. Gewisse KMU sehen ihre Bedürfnisse mit einem 600/100 Kbit/s Internetzugang (und damit einem typischen Privatkundenprodukt) völlig abgedeckt, während andere KMU symmetrische Bandbreiten im Mbit/s-Bereich benötigen. Die Umfrage bei den Service Providern ergab ebenfalls ein sehr uneinheitliches Bild bei der Frage nach der Abgrenzung von Geschäfts- und Privatkundenangeboten. Abgesehen von verschiedensten nachgefragten Dienstleistungen stellen die Service Provider unter anderem auf den Handelsregistereintrag, eine fixe IP-Adresse, Support-Dienstleistungen oder einen Mindestrechnungsbetrag zur Unterscheidung von Geschäfts- und Privatkunden ab. Mit Eingabe vom 22. Februar 2006 wies Swisscom im Übrigen darauf hin, dass [...] % der bei Swisscom

Fixnet einen Breitbandanschluss nachfragenden KMU [...] Bandbreitenprofile [...] nachfragten, welches typischerweise auch von Privatkunden benutzt werde, was gegen die Abgrenzung eines separaten KMU-Retailmarktes für Breitbanddienste spreche. Für die Definition des relevanten Marktes ist deshalb aufgrund der unscharfen Abgrenzung vorliegend keine Unterscheidung zwischen KMU und anderen Kundengruppen vorzunehmen. Diese Feststellungen beziehen sich ausschliesslich auf das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben und schliessen nicht aus, dass in anderem Zusammenhang einzelne Dienstleistungen oder ein Bündel von Produkten als relevanter Markt anzusehen ist.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

54. Bezüglich Breitbanddienste, Sprachtelefonie im Festnetz und Mobiltelefonie kann festgestellt werden, dass diese Dienstleistungen in der ganzen Schweiz nachgefragt und in der ganzen Schweiz zu einigermaßen homogenen Bedingungen angeboten werden. Auszugehen ist damit von einem nationalen räumlich relevanten Markt (RPW 2004/4, S. 1263; RPW 2002/1, S. 97).

55. Die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen Swisscom und Cybernet gehen für praktisch alle Internet-Zusatzdienste von einer internationalen Ausdehnung der räumlich relevanten Märkte aus. Im Rahmen der durchgeführten Marktbefragungen stimmten alle diejenigen Unternehmen, welche auf die Frage antworteten, ob Internet-Zusatzdienste auch im Ausland bezogen werden können, dieser Einschätzung grundsätzlich zu. Damit wird die Beurteilung des meldenden Unternehmens bestätigt, dass es sich tendenziell um internationale Märkte handelt. Bezüglich der Internet-Zusatzdienste ist somit von internationalen räumlich relevanten Märkten auszugehen. Eine Ausnahme dazu bilden VPN, bei welchen auch das meldende Unternehmen von einer nationalen Marktabgrenzung ausgeht.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

56. Grundsätzlich sehen sich Unternehmen in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien und die Beantwortung der Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren würden.

57. Zur Beurteilung der aktuellen Konkurrenz stehen dabei die Marktanteile der einzelnen Wettbewerber im Vordergrund (DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel 2000, S. 278). Mit Ver-

weis auf die Praxis des europäischen Wettbewerbsrechts, auf dessen Grundlagen das schweizerische Kartellrecht beruht und an dessen Praxis sich die schweizerische Rechtsprechung orientiert, wird ausgeführt, dass bei Marktanteilen von 50%, welche nicht durch andere Beurteilungskriterien relativiert werden können, von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist (BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 10, Rz. 17). Entscheidend ist jedoch nicht nur die absolute Höhe der Marktanteile, sondern insbesondere auch, wie hoch die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Verhältnis zu denjenigen der Konkurrenten sind (ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 385). Mit Verweis auf die Rechtsprechung der REKO/WEF wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass Marktanteile zwar ein wesentliches Kriterium zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung sind, jedoch auch andere Merkmale bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens zu berücksichtigen sind (VENTURI, in: Droit de la Concurrence, Commentaire Rommand, TERCIER/BOVET (Hrsg.), Basel 2002, Art. 10, Rz. 25). Als solches weiteres Kriterium kommt in der Praxis unter anderem die Finanzkraft der beteiligten Unternehmen in Frage. Grosse Finanzkraft bietet einem Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität (HOFFET, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX, GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH (Hrsg.), Basel 2005, S. 392).

58. Falls keine Marktanteilsadditionen respektive keine Überschneidungen der Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vorliegen, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden (mit weiteren Hinweisen: VENTURI, a.a.O., Art. 10, Rz. 67 f.). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, resultieren betreffend die Sprachtelefonie im Festnetz und die Mobiltelefonie praktisch keine Marktanteilsadditionen, weshalb sich diesbezüglich weitergehende Abklärungen erübrigen (vgl. Rz. 97).

59. Es werden diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Diese Märkte werden als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung. Vorliegend kann bezüglich der Internetzusatzdienste, wie nachfolgend aufgezeigt wird, grundsätzlich auf eine eingehendere Prüfung verzichtet werden.

B.4.2.1 Breitbanddienste

B.4.2.1.1 Aktueller Wettbewerb

60. Im Rahmen der Beurteilung der aktuellen Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Breitbanddienste

wird vorweg auf die bestehende Infrastruktur drahtgebundener, breitbandfähiger Anschlüsse eingegangen. Die Verfügbarkeit der Infrastruktur widerspiegelt einerseits mögliche Alternativen und gibt andererseits Auskunft über zukünftige Wachstumsmöglichkeiten. Anschliessend wird abstellend auf die geschalteten Breitbandanschlüsse das Kräfteverhältnis zwischen den verschiedenen Wettbewerbern und damit die aktuelle Konkurrenz im engeren Sinne analysiert. In weiteren Abschnitten werden ausserdem mögliche Auswirkungen des geplanten Zusammenschlussvorhabens im Zusammenhang mit der Revision des Fernmeldegesetzes, der Innovationstätigkeit und dem KMU-Segment diskutiert.

B.4.2.1.1.1 Infrastruktur

61. Hinsichtlich der Infrastruktur verfügt das Anschlussnetz von Swisscom über 3'900'000 Anschlüsse, welche praktisch vollständig und damit flächendeckend zur Breitbandfähigkeit (in der Regel xDSL) ausgerüstet wurden (Geschäftsbericht Swisscom 2004, S. 94). Damit verfügt Swisscom bei Weitem über die grösste mögliche Kundenbasis für Breitbandzugänge.

62. Die bedeutendsten anderen Betreiber von drahtgebundenen Breitbandzugängen sind die Kabelnetzunternehmen (KNU) und unter diesen insbesondere Cablecom. Die ursprünglich für die Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen konzipierten CATV-Netze (Koaxialkabel) sind mittlerweile mehrheitlich zweiweg- und damit zur Übertragung von Breitbanddiensten ausgerüstet (2'500'000 mögliche Anschlüsse). Diese KNU waren regelmässig in ihren jeweiligen Gebieten die einzigen, welche Rundfunksignale via Kabel übertragen. Bezüglich der flächenmässigen Abdeckung besteht in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil Kleinst-Kabelnetzunternehmen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen in ihrem Versorgungsgebiet regelmässig über eine monopolartige Stellung verfügen. Gegenwärtig existieren in der Schweiz mehr als 400 KNU. Abgesehen von Cablecom handelt es sich bei den meisten KNU um kleinere, regional zersplitterte Netzbetreiber. Von Belang ist vorliegend auch, dass KNU für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt wurden, weshalb KNU typischerweise Privathaushalte erschliessen. In Geschäftsliegenschaften sind Anschlüsse von KNU deshalb weniger verbreitet.

63. Eine Ausnahmestellung unter den KNU kommt Cablecom zu, welche aus einem Zusammenschluss von mehreren Kabelnetzunternehmen entstanden ist. Cablecom verfügt zusammen mit ihren Partnernetzen über rund 1'200'000 breitbandfähige Anschlüsse, das heisst rund die Hälfte aller KNU-Anschlüsse. Cablecom ist insbesondere in einigen Ballungsgebieten stark präsent. Cablecom ist dabei nicht nur der bei Weitem grösste Kabelnetzbetreiber, sondern auch erfolgreich mit einem eigenen Telefonieangebot und vermehrt auch im Geschäftskundensegment tätig. Die ringförmig aufgebaute Infrastruktur von Kabelnetzen kann sich dabei in gewissen Fällen bezüglich Kontrollierbarkeit und Netzbelastung als nachteilig erweisen (vgl. Rz. 35). Im Rahmen der in der vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführten Be-

fragung von KMU gaben 61% der antwortenden Unternehmen an, dass sie über einen Kabelnetzanschluss verfügen, wobei es sich mehrheitlich um CATV-Anschlüsse von Cablecom handelt. Bezüglich der von Cablecom eingesetzten Infrastruktur wies Cablecom in ihrer Antwort vom 8. Dezember 2005 im Übrigen darauf hin, dass für gewisse für Geschäftskunden konzipierte Produkte der Anschluss von Liegenschaften nicht über die Kabelnetzinfrastruktur, sondern über xDSL oder einen Glasfaseranschluss erfolge.

64. Die Erschliessung von Endkunden mit Glasfaser weist in der Schweiz eine geringe Bedeutung auf. Ein Breitbandanschluss mittels Glasfaser kommt faktisch nur für grössere Geschäftskunden in Frage. Anbieter von solchen Anschlüssen sind beispielsweise Colt, MCI, sunrise, Elektrizitätswerke oder Swisscom. Gemäss der amtlichen Fernmeldestatistik 2003 (Amtliche Fernmeldestatistik 2003, BAKOM, November 2005, S. 18) existierten in der Schweiz 27'277 Glasfaseranschlüsse, wobei diejenigen von Swisscom in dieser Anzahl enthalten sind. Gemäss der durchgeführten Befragung von KMU verfügen über 30% der befragten Unternehmen über einen Glasfaseranschluss, wobei in mehr als der Hälfte aller Fälle der Anschluss von Swisscom stammt. Damit liegt die Anzahl der Glasfaseranschlüsse alternativer Anbieter bedeutend niedriger. PLC-Anschlüsse existieren gemäss amtlicher Fernmeldestatistik 2003 (a.a.O.) in der Schweiz 2'190. Es ist insgesamt davon auszugehen, dass die Anzahl der gegenwärtig, unabhängig von Swisscom angebotenen vorhandenen Glasfaser- und PLC-Anschlüsse 20'000 nicht übersteigt.

65. Tabellarisch kann die Anzahl möglicher drahtgebundener Breitbandzugänge in folgender Grössenordnung zusammengefasst werden:

66. *Verfügbare drahtgebundene Breitbandanschlüsse*

Anbieter	Verfügbare Anschlüsse
Swisscom	3'900'000
Cablecom	1'200'000
Andere Kabelnetzbetreiber	1'300'000
Andere Anbieter (insb. Glasfaser, PLC)	<20'000
Cybernet	[...]

67. Hinsichtlich der drahtgebundenen Breitbandinfrastruktur führt das Zusammenschlussvorhaben zu einer geringen Addition verfügbarer Anschlüsse. Bezüglich der bestehenden Infrastruktur ist festzuhalten, dass Swisscom mit 60% über den grössten Anteil an leitungsgebundenen Breitbandanschlüssen verfügt. Das Anschlussnetz von Swisscom umfasst dabei quasi flächendeckend die ganze Schweiz. Aus der Befragung der KMU ging hervor, dass von den antwortenden Unternehmen 73% einen von Swisscom unabhängigen

gen Kabelnetz- oder Glasfaseranschluss (in der Regel von Cablecom) verfügen.

68. Als mögliche Alternative zur drahtgebundenen Breitbandinfrastruktur von Swisscom stehen damit neben Glasfaseranschlüssen in gewissen Gebäuden praktisch ausschliesslich die jeweiligen Versorgungsnetze von Kabelnetzunternehmen zur Verfügung, sofern ein solcher Anschluss vorhanden ist.

B.4.2.1.1.2 *Geschaltete Breitbandanschlüsse*

69. Als Grundlage für die Berechnung der aktuellen Marktanteile im Retail-Markt für Breitbanddienste ist auf die Anzahl der nachgefragten (geschalteten) Breitbandanschlüsse abzustellen, wobei als Bezugsgrössen die Anzahl der geschalteten Anschlüsse oder die generierten Umsätze in Frage kommen. In nachfolgender Tabelle findet sich (ohne Aufteilung nach Bandbreiten) die Anzahl der geschalteten Breitbandanschlüsse.

70. *Geschaltete Breitbandanschlüsse (August 2005)*

Anbieter	Geschaltete Anschlüsse	Anteil
Swisscom (insb. Bluewin)	639'332	41,7%
sunrise	[...]	[10-20]%
Tele2 (inkl. Econophone)	[...]	[0-10]%
Green.ch	[...]	[0-10]%
VTX	[...]	[0-10]%
Cybernet	[...]	[0-10]%
BSE Software	[...]	[0-10]%
IBBS	[...]	[0-10]%
Netstream	[...]	[0-10]%
Easynet	[...]	[0-10]%
TIC The Internet Company	[...]	[0-10]%
Weitere xDSL-Anbieter	[...]	[0-10]%
Cablecom	310'000	20,2%
Andere Kabelnetzbetreiber	230'000	15,0%
Total	1'532'924	100%

71. Innerhalb der geschalteten Breitbandanschlüsse beruhen die Breitbandzugänge einerseits auf dem Anschlussnetz von Swisscom und andererseits auf den Kabelfernsehtetzen der Kabelnetzunternehmen (*kursiv in den Tabellen*). Abgesehen von den Kabelnetzbetreibern beruhen die Breitbandangebote der ISP alle auf den entsprechenden, auf der Infrastruktur

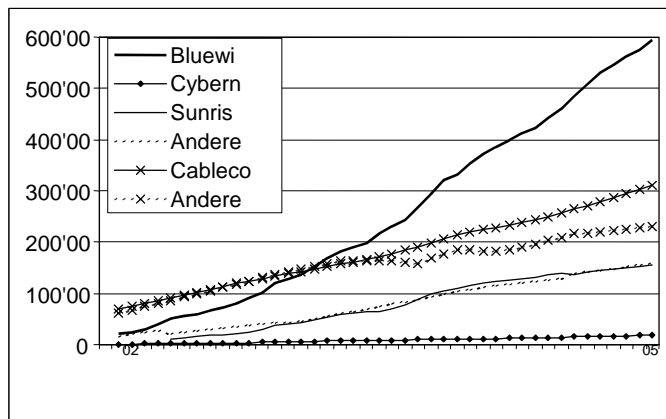
von Swisscom basierenden Vorleistungsangeboten. Werden die in vorstehender Tabelle nachgefragten Breitbandzugänge aufgeteilt nach der Infrastruktur, ergibt sich folgendes Bild:

72. Geschaltete Breitbandanschlüsse nach Infrastruktur (Aug. 2005)

Anbieter	Geschaltete Anschlüsse	Anteil
Swisscom	997'158	64,9%
Kabelnetzbetreiber (CATV)	540'000	35,1%
Total	1'537'158	100%

73. Bei der Analyse der vorstehenden Tabellen ist zu beachten, dass sich die Breitbandzugänge in einer starken Wachstumsphase befinden. Allein in den letzten zwei Jahren hat sich die Anzahl der nachgefragten Breitbandanschlüsse mehr als verdoppelt. Mit Abstand das stärkste Wachstum weist dabei der Swisscom eigene ISP Bluewin auf (vgl. nachstehende Grafik). Andere ISP und KNU weisen demgegenüber niedrigere Wachstumsraten auf. Auch in den nächsten Jahren wird im Übrigen weiter von einem erheblichen Wachstum der Breitbandanschlüsse auszugehen sein, bevor mittelfristig eine Sättigung des Marktes erreicht sein wird.

74. Marktentwicklung geschaltete Breitbandanschlüsse



75. Das Zusammenschlussvorhaben führt auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste zu einer Übernahme der [...] geschalteten Anschlüsse von Cybernet und damit zu einer Marktanteilsaddition (bezogen auf die Anzahl geschalteter Anschlüsse) von [0-10]%. Auch niedrige Marktanteilsadditionen können in der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nicht zwangsläufig als unproblematisch angesehen werden, falls das übernehmende Unternehmen bereits über eine starke Stellung verfügt (RPW 20003/3, S. 559). Jedoch können, wie nachfolgend aufgezeigt wird, auch weitere Elemente in der Analyse berücksichtigt werden. Zu beachten ist auch, dass nach wie vor ein starkes Wachstum für Breitbandinternetzugänge besteht. Der Zuwachs der geschalteten Breit-

bandinternetanschlüsse bei Swisscom beträgt dabei zurzeit über [...] pro Monat [...]. Dabei besteht eine nicht unerhebliche Wechselbereitschaft der Kunden, worauf nachfolgend zurückzukommen ist (vgl. Rz. 84).

76. Der klar führende Anbieter im Markt ist der zur Swisscom-Gruppe gehörende ISP Bluewin (Swisscom Fixnet), der neben Breitbandinternetzugang, Telefonie auch weitere Zusatzdienste sowie Fernsehen (Testbetriebe für Fernsehen via xDSL und das kabelnetz-basierte "BluewinTV300") anbietet. Die zwei anderen wesentlichen Akteure sind Cablecom, welche neben Breitbandinternetzugang und Fernsehen mit ihrem Angebot "digital phone" via ihr Kabelnetz auch Telefoniedienstleistungen anbietet, und sunrise. Vorstehende Grafik veranschaulicht, dass mit der geplanten Übernahme von Cybernet [...] eine nur unwesentliche Marktanteilsaddition stattfindet.

77. An dieser Stelle ist darauf zurückzukommen, dass für die Marktanteile auf die Anzahl der geschalteten Anschlüsse abgestellt wurde. Dies gibt insofern ein verfälschtes Kräfteverhältnis wieder, als dass mit Internetzugängen mit niedrigeren Bandbreiten tiefere Umsätze generiert werden als mit Internetzugängen mit höheren Bandbreiten, welche eher von Unternehmen nachgefragt werden. In einer Umrechnung, welche die Umsätze in Franken berücksichtigt, würden für Cybernet - im Gegensatz zu typischerweise Privatkunden bedienenden ISP - leicht höhere Marktanteile resultieren. Die auf den Umsatz abstellenden Marktanteile liegen ohnehin unter [...]% (anstatt wie in Tabelle Rz. 70: [0-10]%).

B.4.2.1.1.3 Entwicklungen nach Revision Fernmeldegesetz

78. Den bei alternativen xDSL-Anbietern bestehenden Breitbandanschlüssen könnte nach einer allfälligen Entbündelung der so genannten "letzten Meile" (des Anschlussnetzes von Swisscom) wie sie zurzeit vom Parlament diskutiert wird, eine Schlüsselrolle zukommen. Die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses würde anderen Anbietern die Möglichkeit geben, beispielsweise mittels des so genannten schnellen Bitstromzugangs Endkunden Breitbandzugänge mit variableren Bandbreiten anzubieten. Im Falle der Einführung einer Entbündelung des Teilnehmeranschlusses im revidierten Fernmeldegesetz könnte unter Umständen ein Teil der zurzeit bei alternativen Anbietern geschalteten Breitbandanschlüsse entbündelt werden, da in diesem Fall bereits eine ähnliche Vertragsbeziehung und ein Kundenkontakt vorhanden ist. Die [...] bei Cybernet geschalteten Anschlüsse kämen dementsprechend grundsätzlich für eine potenzielle Entbündelung in Frage. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird damit eine zu erwartende Marktstruktur nach einer allfälligen Entbündelung der letzten Meile im Fernmeldegesetz möglicherweise zu Gunsten von Swisscom beeinflusst, indem die Wahrscheinlichkeit von allenfalls zu entbündelnden Teilnehmeranschlüssen verringert wird.

79. Diese Argumentation wurde von Viatel und Cybernet mit Eingabe vom 20. Januar 2006 insofern rela-

tiviert, als dass eine Entbündelung insbesondere für Kunden mit höheren Bandbreiten (z.B. 300/300, 600/500, 1200/500 oder 2400/500 Kbit/s) in Frage käme. Nur ca. [...] % der Kunden von Cybernet fragten aber diese Bandbreiten nach, wobei das höchste Bandbreitenprofil 2400/500 Kbit/s nur gerade von [...] Cybernet-Kunden nachgefragt werde. Damit erhalte Swisscom nach dem Zusammenschluss im Vergleich zu den theoretisch zu entbündelnden Anschlüssen nur einen nicht signifikanten Zuwachs an potenziell zu entbündelnden Anschlüssen, womit diesbezüglich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestünden.

B.4.2.1.1.4 Einfluss auf Innovationen

80. Die Rolle derjenigen Internet Service Provider, die basierend auf der Swisscom Infrastruktur xDSL-Dienstleistungen verkaufen, beschränkt sich dabei nicht auf den Wiederverkauf von xDSL-Dienstleistungen. Diese ISP haben die Möglichkeit mittels Bündelung verschiedener Dienstleistungen eigene Angebotspakete zusammenzustellen. Zudem können diese ISP basierend auf dem xDSL eigene Lösungen entwickeln. Symptomatisch sei an dieser Stelle der ISP Cyberlink erwähnt, welcher mittels Konfigurationsänderungen basierend auf xDSL ein WAN (Wide Area Network) vergleichbar mit einem in sich abgeschlossenen Firmennetzwerk entwickelte, womit eine mögliche Alternative zu von Swisscom und Cablecom angebotenen Virtual Private Networks entstand.

81. In ähnlichen Bereichen ist auch das zu übernehmende Unternehmen Cybernet aktiv. Gemäss Pressemitteilung von Cybernet vom 24. Mai 2004 bietet Cybernet als führender xDSL-Anbieter für KMU und Gewinner des Telekom-Rating Awards 2003 mit VPN Connect für die Vernetzung von Aussenstellen eine echte und kostengünstige Alternative zum Angebot IPSS (Vernetzung von Standorten) von Swisscom Enterprise Solutions an. Gemäss Pressemitteilung konnte Cybernet schon in der abgeschlossenen Pilotphase namhafte Kunden wie Banken, Versicherungen und auch Hotelketten, die bis anhin alle bei Swisscom unter Vertrag waren, für diese kostengünstige und attraktive Dienstleistung gewinnen.

82. Mit Schreiben vom 20. Januar 2006 wiesen Viatel und Cybernet darauf hin, dass Cybernets konkurrierender VPN Connect Service auf einer gewöhnlichen, weit verbreiteten Standard Technologie basiere. Ähnliche Lösungen würden von einer Vielzahl von Unternehmen (u.a. Cablecom, sunrise, TIC, Solnet, VTX, Easynet oder Equant) angeboten. Dabei seien die von einem ISP aufzuwendenden Kosten eines ISP für ein entsprechendes Angebot mit insgesamt rund CHF 50'000.- Franken sehr niedrig.

B.4.2.1.1.5 KMU-Segment

83. Da die vorliegende Übernahme insbesondere zur Verstärkung des KMU-Kundensegments, in welchem Cybernet schwergewichtig tätig ist, dient, ist überdies ein Blick auf die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Sektor zu werfen. Allgemein lässt sich feststellen, dass die Anbieter für das KMU-Kundensegment aufgrund der erfolgenden technologischen Entwicklungen und der steigenden Bedürfnisse der Nachfrager von erheb-

lichen Wachstumsmöglichkeiten ausgehen. Auch in diesem Bereich ist Swisscom klar als Marktführer anzusehen. Hingegen haben beispielsweise Cablecom mit ihrem Produkt "Centerprise", einem in Zusammenarbeit mit Cisco, Microsoft und RedIT im Januar 2006 lancierten Angebotspaket zur Abdeckung der Kommunikationsbedürfnisse von KMU, eine weitere Initiative zur Bearbeitung dieses Segments gestartet. Ihre Bearbeitung des KMU-Segments verstärken wollen ebenfalls sunrise, welche im 2005 den Geschäftskundenbereich der Ascom zukaufte, und Orange, welche diesbezüglich mit verschiedenen Partnern aus den Bereichen Telekommunikation (insbesondere Festnetztelefonie und Internet) und Informationstechnologie zusammenarbeitet.

84. Dabei ist ebenfalls festzustellen, dass die KMU-Firmenkunden verstärkt preissensibel reagieren und bei Preisdifferenzen einen Wechsel in Erwägung ziehen (Handelszeitung vom 15.2.2006, S. 10). Zu ähnlichen Ergebnissen kommt die von vom Sekretariat der Wettbewerbskommission bei KMU durchgeführten Befragung, welche ergab, dass 58% der KMU in den letzten zwei Jahren Anbieter wechselten oder einen Anbieterwechsel in Betracht ziehen. Für Cybernet konnte bezüglich deren gekündigter Anschlüsse zwischen Januar 2003 und November 2005 eine durchschnittliche monatliche Wechselquote von [...] % errechnet werden. Würde diese Entwicklung auf vier Jahre hochgerechnet, ergäbe sich, dass [...] % aller Kunden wechseln würden. Dies spricht allgemein für eine eher hohe Wechselbereitschaft, was tendenziell zu einer Disziplinierung von eventuellen Verhaltensspielräumen nach dem Zusammenschluss führt.

85. Durch die geplante Übernahme von Cybernet durch Swisscom würde die Wettbewerbsposition von Swisscom unter diesem Blickwinkel kaum gestärkt und der Wettbewerb zwischen verschiedenen ISP, auch hinsichtlich technologischer Innovationen, aufgrund der weiteren bestehenden Konkurrenten nicht wesentlich geschwächt.

86. Mit Schreiben vom 20. Januar 2006 haben Viatel und Cybernet zudem darauf hingewiesen, dass Cybernet aufgrund von durch die Durchführung einer vertieften Prüfung entstandene Unsicherheiten und Zeitverzögerungen in den letzten zwei Monaten verschiedene Kunden verloren habe. [...].

87. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Übernahme von Cybernet durch Swisscom infrastrukturseitig zu einer geringen Addition führt. Bezogen auf die effektiv nachgefragten Breitbandanschlüsse erfolgt eine Marktanteilsaddition im niedrigen einstelligen Prozentbereich. Diese Marktanteilsaddition erfolgt zwar zu Gunsten des bisher stärksten Akteurs, was jedoch durch weitere Elemente zu relativieren ist. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass mit insbesondere Cablecom und sunrise zwei relativ starke Anbieter von Breitbandinternetzugängen als Wettbewerber mit einem umfassenden Dienstleistungsangebot vorhanden sind. Cablecom und sunrise waren dabei auch diejenigen Akteure, die im Rahmen der Befragung der Anbieter am meisten als Konkurrenten genannt wurden. Zudem bestehen weitere kleinere

Anbieter, welche auch bis zu einem gewissen Grad für Wettbewerbsdruck sorgen können. Auch unter dem Blickwinkel der weiteren geprüften Gesichtspunkte, insbesondere hinsichtlich der Wettbewerbsverhältnisse im KMU-Kundensegment, ist nach einem Zusammenschluss nicht von einer wesentlichen Veränderung der Wettbewerbssituation auszugehen.

B.4.2.1.2 Potenzieller Wettbewerb

88. Grundsätzlich ist wie im vorstehenden Kapitel begründet bereits die aktuelle Konkurrenz genügend, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden auszuschliessen. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle jedoch auch eine Analyse der potenziellen Konkurrenz vorgenommen.

89. Potenzielle Konkurrenz existiert nach der Praxis der Wettbewerbskommission nur, wenn Marktzutritte wahrscheinlich sind, sofern sich die Zusammenschlussparteien missbräuchlich verhalten würden, solche Marktzutritte innerhalb von zwei Jahren erfolgen können, und die Zutritte in einem Ausmass beziehungsweise durch Unternehmen erfolgen, welche die Stellung der im Markt bereits tätigen Unternehmen gefährden und damit zu einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse führen können. Potenzielle Konkurrenz könnte sich dabei insbesondere durch die Aufrüstung oder den Ausbau von drahtgebundenen Anschlüssen ergeben.

90. Potenzielle Konkurrenz könnte unter anderem durch eine Entbündelung des Teilnehmeranschlusses (sog. Öffnung der letzten Meile) entstehen, welche als Kernstück der Revision des Fernmeldegesetzes zurzeit im Parlament diskutiert wird. Im jetzigen Zeitpunkt bestehen hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung des so genannten schnellen Bitstrom-Zugangs noch Differenzen zwischen National- und Ständerat, welche voraussichtlich in einer Einigungskonferenz zwischen den beiden Kammern des Parlaments bereinigt werden müssen. Sowohl Abschluss der Revision des Fernmeldegesetzes als auch dessen allfälliges Inkrafttreten sind damit ungewiss. Zudem wäre nach einem eventuellen Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes nicht auszuschliessen, dass Streitigkeiten bei der Umsetzung einer Entbündelung vor den Rechtsmittelinstanzen ausgetragen würden. Angesichts dieser grundsätzlichen Unsicherheiten wirkt eine allfällige Entbündelung im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz nicht disziplinierend.

91. Bezüglich CATV bestehen rund 2'500'000 Breitband-Anschlüsse. Die Kabelnetzbetreiber in der Schweiz verfügen über rund 2'800'000 Haushalte. Es ist davon auszugehen, dass die in den letzten Jahren stark aufgekommene Tendenz, dass Kabelnetzbetreiber ihre Netze zur Breitbandtauglichkeit aufrüsten, weiter bestehen bleibt. In den nächsten Jahren ist deshalb mit einem weiteren leichten Anstieg der Verfügbarkeit solcher Anschlüsse zu rechnen.

92. Auch die direkte Erschliessung mittels Glasfaser wird punktuell weiter zunehmen. Da eine solche Erschliessung in der Regel nur für grössere Geschäftskunden in Frage kommt und mit hohen Anfangsinvestitionen (insbesondere zum Verlegen der Leitungen)

verbunden ist und es sich mithin nur um punktuelle Lösungen im Einzelfall handelt, wird dies kaum zu potenziellem Wettbewerbsdruck im Bereich der drahtgebundenen Anschlüsse führen (RPW 2004/4, S. 1248, Rz. 68).

93. Betreffend die Datenübertragung über das Stromnetz ist davon auszugehen, dass aus verschiedenen Gründen ein Durchbruch in grösserem Ausmass kaum erfolgen wird und diese Technologie in Zukunft eher eine Nischenstellung haben wird (BAKOM, Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standortbestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, Biel, März 2005, S. 3). Die Freiburgischen Elektrizitätswerke bieten zusammen mit sunrise Breitbandzugänge zum Internet via Stromnetz an. Zurzeit scheinen jedoch kaum andere Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf diese Technologie zu setzen, weshalb die Bedeutung der Powerline Technologie in Zukunft vermutlich marginal bleiben wird.

94. An dieser Stelle wird überdies die Frage geprüft, inwiefern BWA (insbesondere WiMAX) - sollte es nach dessen Lancierung als Substitut für einen drahtgebundenen Breitbandanschluss in Frage kommen - einen disziplinierenden Einfluss im relevanten Markt haben kann. Im Rahmen einer öffentlichen Konsultation des BAKOM zur Frage der Vergabe von BWA-Konzessionen gaben interessierte Unternehmen in einer summarischen Auflistung der Erfolgs- und Misserfolgskriterien an, dass die BWA-Technologie erfolgreich sein könne, wenn die Versprechungen bezüglich Übertragungsraten, Mobilität und Kosteneffizienz eingehalten werde. Die Angst der Bevölkerung, dass die nicht ionisierende Strahlung gesundheitsschädigend sei oder sein könnte, sowie die daraus folgenden Schwierigkeiten beim Netzaufbau könnten aber - neben zu hohen Preisen für Endgeräte und Dienste - auch zu einem Scheitern am Markt führen (BWA, Vergabe von Konzessionen für den drahtlosen Breitbandanschluss, Öffentliche Konsultation, Auswertungsbericht, BAKOM). In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass mit WLL bereits Konzessionen in ähnlichen Frequenzbereichen existieren, dass sich WLL jedoch nach anfänglichem Hype nicht durchsetzte. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist jedoch vorliegend entscheidend, dass die ComCom im zweiten Quartal des Jahres 2006 drei BWA-Konzessionen per Auktion vergeben wird. Damit werden disziplinierende Markteintritte durch potenzielle Konkurrenten in zeitlicher Hinsicht, nämlich innerhalb von zwei Jahren, nicht in genügendem Ausmass erfolgen können. Dies gilt insbesondere, da beim Aufbau eines BWA-Netzwerkes aufgrund der zu berücksichtigten Grenzwerte in der NiSV unter Umständen mit erheblichen Verzögerungen zu rechnen ist.

95. Aus den genannten Gründen ist davon auszugehen, dass der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht genügend disziplinierend wirkt, insbesondere da das Ausmass zu erwartender Marktzutritte nicht genügend gross ist, dass sich Swisscom im relevanten Markt nicht unabhängig verhalten könnte.

B.4.2.1.3 Zwischenergebnis

96. Zusammenfassend ergibt sich, dass Swisscom zwar Marktführerin im Bereich der Breitbandinternetdienste ist, sich jedoch mit der Übernahme von Cybernet keine bedeutenden Marktveränderungen ergeben, welche diesbezüglich zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

B.4.2.2 Sprachtelefonie Festnetz

97. Verschiedene Regulierungen im Fernmelderecht ermöglichen alternativen Anbietern, Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz anzubieten. Bei diesen Regulierungen handelt es sich insbesondere um die Interkonnektionsverpflichtungen in Artikel 11 Fernmeldegesetz (FMG) sowie die Möglichkeit der freien Wahl des Fernmeldediensteanbieters in Artikel 28 Absatz 4 FMG (u.a. mittels Carrier Preselection).

98. Mit abhängig von den Berechnungsweisen geschätzten Marktanteilen von 60%-70% ist Swisscom der führende Anbieter von Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz. Swisscom schätzt die entsprechenden Marktanteile ihrer Konkurrenz auf [0-20]% für sunrise, [0-20]% für Tele2 und [0-20]% für Cablecom. Cybernet verfügt über [...] Sprachtelefoniekunden im KMU-Segment. Die Übernahme von Cybernet würde deshalb in diesem Bereich zu einer vernachlässigbaren Marktanteilsaddition in der Gröszenordnung von [...]% führen.

B.4.2.3 Mobiltelefonie

99. Hauptakteure im Bereich der Mobiltelefonie sind die drei Netzbetreiber von GSM-Netzen (Global System for Mobile Communications) Orange, sunrise und Swisscom Mobile. Zwei weitere Anbieter, Tele2 und In&Phone, verfügen ebenfalls über GSM-Konzessionen.

100. Mit Marktanteilen von mehr als 60% ist Swisscom der stärkste Akteur in der Mobiltelefonie. Den Rest des Marktes teilen sich Orange und sunrise. Mangels Aktivitäten von Cybernet in diesem Bereich resultieren aus dem geplanten Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen.

B.4.2.4 Internet-Zusatzdienste

101. Ausgehend von internationalen Märkten bei Internet-Zusatzdiensten ist bezüglich der Marktanteile von Swisscom und Cybernet von Marktanteilen im Promillebereich oder maximal im niedrigen Prozentbereich auszugehen.

102. Keine Marktanteilsadditionen ergeben sich bei den folgenden Internet-Zusatzdiensten, da diese zwar von Cybernet, nicht aber von Swisscom angeboten werden: Rent-a-Server, Homing, Co-Location, Application Management, ASP-Solutions und Videoconferencing. Selbst wenn von einer nationalen Dimension der räumlich relevanten Märkte ausgegangen würde, bewegten sich die entsprechenden Marktanteile von Cybernet im einstelligen Prozentbereich.

103. Ebenfalls keine Marktanteilsadditionen ergeben sich für VoIP-Solutions, da solche zwar von Swisscom, nicht aber von Cybernet angeboten werden: Das An-

gebot von Bluewin richtet sich dabei vorwiegend an Privatkunden, wohingegen die VoIP-Lösungen von Swisscom Solutions sich an grössere Geschäftskunden richten. Für Privatkunden ist der wichtigste Anbieter Skype und für Geschäftskunden werden nicht nur von anderen Fernmeldediensteanbietern, sondern auch von Software- und Hardwareunternehmen verschiedene VoIP-Lösungen angeboten.

104. In den folgenden Bereichen sind Swisscom und Cybernet tätig: Mail- und Web-Hosting, welche ohne weiteres im Ausland nachgefragt werden können, wobei von kumulierten Marktanteilen im Promillebereich auszugehen ist. Im Bereich E-Security, unter anderem umfassend Viren- und Spamfilter, verfügen ebenfalls Cybernet und Swisscom über Angebote, respektive vertreiben entsprechende Produkte. In der Regel handelt es sich dabei um Standardprodukte von international tätigen Software-Unternehmen.

105. Swisscom und Cybernet bieten Virtual Private Networks (VPN) an. In der Meldung vom 17. November 2005 stellte Swisscom auf ein Marktvolumen von [...] KMU-Kunden ab, wobei Cybernet über rund [...] Kunden verfügt. Für VPN geht das meldende Unternehmen von einem kumulierten Marktanteil von unter [...]% aus. Zudem wiesen Viatel und Cybernet in ihrer Eingabe vom 20. Januar 2006 darauf hin, dass es sich bei Cybernets VPN Connect Service um einen Standard Service handle, der aufgrund von relativ niedrigeren Marktzutrittsschranken ohne weiteres von anderen Anbietern angeboten werde.

106. Zusammenfassend ergeben sich betreffend Internet-Zusatzdienste keine im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vom Zusammenschluss betroffenen Märkte, weshalb sich diesbezüglich eine nähere Prüfung grundsätzlich erübrigt.

B.4.2.5 Vertikale und konglomerale Effekte

107. Im Weiteren ist zu fragen, welche im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle zu berücksichtigenden vertikalen oder konglomerale Effekte aus dem geplanten Zusammenschlussvorhaben resultieren (RPW 2005/2, S. 363, Rz. 162 ff.). Vertikale oder konglomerale Effekte können dabei sowohl pro- wie antikompetitive Wirkungen aufweisen.

108. Einerseits können vertikale Effekte von Zusammenschlüssen zu Effizienzsteigerungen führen und für die Endverbraucher förderlich sein. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass vertikale Zusammenschlüsse unter gewissen Umständen zu wettbewerbs-schädigenden Wirkungen führen können. Beispielsweise kann eine Abschottung von Vorleistungen erfolgen, falls ein vertikal integriertes Unternehmen Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten nicht mehr oder nur zu höheren Preisen beliefert. In beiden Fällen kann dies im Ergebnis zu einem Anstieg der Vorleistungspreise nach dem Zusammenschluss führen, womit die Vorleistungskosten für Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten angehoben werden (Church, The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition, Report for Directorate General for Competition, European Commission, September 2004, S. IV f.). Dabei wird auch darauf hinge-

wiesen, dass selbst das Vorliegen vertikaler Marktausschlusseffekte (vertical foreclosure) nicht zwangsläufig zu einem Anstieg der Endkundenpreise führt (MOTTA, Competition Policy, United Kingdom 2004, S. 372 ff.). Die Europäische Kommission hegte in verschiedenen Fällen Bedenken bezüglich vertikaler Marktausschlusseffekte bei Zusammenschlüssen in Telekommunikations- und Medienindustrien, insbesondere in Fällen, in denen sich die Technologie schnell entwickelt und die Möglichkeit existiert, dass eine oder mehrere Unternehmen den Zugang zu Märkten in ihrer Rolle als so genannte Gatekeeper kontrollieren (mit weiteren Hinweisen: WHISH, Competition Law, Fifth Edition, United Kingdom 2003, S. 840; ALBERS/HACKER, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, SCHRÖTER/JACOB/MEDERER (Hrsg.), Baden-Baden 2003, Art. 2 FKVO, Rz. 285 ff.).

109. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die in der vorläufigen Prüfung befragten Anbieter, das heisst die Konkurrenten von Swisscom und Cybernet, sich bezüglich der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse einer Übernahme von Cybernet durch Swisscom mehrheitlich negativ geäußert haben. Unter anderem wird befürchtet, dass Cybernet beim Einkauf von Vorleistungsprodukten für xDSL-Produkte als zur Swisscom gehörende Gesellschaft bevorzugt würde. Ebenfalls erwähnt wurde, dass der Preisdruck von Swisscom nach der geplanten Übernahme steigen und dass Swisscom eine Verdrängungsstrategie verfolgen würde, welche auch die Übernahme weiterer kleiner Anbieter beinhalten könnte. Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 wiederholte sunrise im Wesentlichen die im Rahmen der vorläufigen Prüfung geäußerten Bedenken.

110. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen zu vertikalen Effekten von Zusammenschlüssen ist hierzu insbesondere zu bemerken, dass Swisscom grundsätzlich allen lizenzierten Internet Service Providern auf Vorleistungsstufe mittels des Produkts Broadband Connectivity Service (BBCS) im jetzigen Zeitpunkt zu generell gleichen Bedingungen Breitbandinternetzugänge zum Wiederverkauf anbietet. Das geplante Zusammenschlussvorhaben führt diesbezüglich zu keinen grundlegenden Änderungen, womit bezüglich einer vertikalen Abschottung auch keine Bedenken bestehen.

111. Konglomerale Effekte könnten sich vorliegend insbesondere dadurch ergeben, dass Endkunden neben einem Breitbandinternetzugang andere oder alle Kommunikationsdienstleistungen "aus einer Hand", also beim selben Unternehmen, nachfragen. Es stellt

sich mithin die Frage, ob eine Art Portfolioeffekt mit möglichen pro- und antikompensativen Wirkungen resultiert, welcher sich bei Zusammenschlüssen von Marktteilnehmern mit komplementären Produkten ergeben kann (RPW 2001/4, S. 701, Rz. 704; RPW 2003/2, S. 314, Rz. 117). Von der Möglichkeit der Nachfrage "aus einer Hand" machen insbesondere auch Geschäftskunden Gebrauch. Dementsprechend führte Swisscom ein KMU-Rabattsystem ein, welches für die Rabattmessung Loyalität sowie Umsätze auf dem Festnetz, dem Mobilfunknetz von Swisscom Mobile sowie dem Datenverkehr berücksichtigt (Geschäftsbericht Swisscom 2004, S. 31). Die bei den KMU durchgeführten Umfragen haben bezüglich der Frage, ob Breitbandinternetzugang, Festnetz- und Mobiltelefonie beim selben Anbieter nachgefragt werden, ein differenziertes Bild ergeben. Es gibt zwar KMU, die offenbar versuchen, ihre Nachfrage nach Kommunikationsdienstleistungen zu bündeln und bei einem oder möglichst wenigen Unternehmen nachzufragen. Andererseits fragen KMU die Dienstleistungen Breitbandinternetzugang, Festnetz- und Mobiltelefonie regelmässig auch bei mehr als einem Anbieter nach. Zudem bieten beispielsweise auch Cablecom mit ihrem im Januar 2006 lancierten Produkt Centerprise (in Zusammenarbeit mit Cisco, Microsoft, Green und RedIT; Kooperation in der Mobiltelefonie von Cablecom mit sunrise), Orange (in Zusammenarbeit mit verschiedenen ISP und Informationstechnologieanbietern) und sunrise Gesamtlösungen für die Abdeckung von Kommunikationsbedürfnissen von KMU an. Auch nach einem Zusammenschluss dürfte damit Swisscom nicht über zusätzliche Vorteile verfügen, da die nachfragenden Unternehmen einerseits bereit sind, für einzelne Dienstleistungen auf einen anderen Anbieter auszuweichen, und andererseits weitere Anbieter vergleichbare Produktbündel anbieten.

112. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass durch die Übernahme von Cybernet durch Swisscom keine wettbewerbsrechtlich problematischen konglomerale oder vertikale Effekte resultieren.

B.5 Ergebnis

113. Durch den geplanten Zusammenschluss wird aus diesen Gründen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Der Zusammenschluss wird damit für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

B 2.3

3. Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM

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

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. März 2006

A Sachverhalt**A.1 Gegenstand**

1. Das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben umfasst die Gründung der *Mittelland Molkerei AG* durch die *Emmi AG*, Luzern (nachfolgend Emmi), und durch die *AZM Aargauer Zentralmolkerei AG*, Suhr (nachfolgend AZM).

2. Emmi ist die Konzern-Holdinggesellschaft der Emmi-Gruppe. Sie befasst sich mit der Produktion von Milchprodukten, der Affinage von Käse und der Vermarktung eines breiten Sortiments von Milchprodukten. Die Emmi-Gruppe, zu der auch die Emmi Butterzentrale AG, Luzern (nachfolgend Emmi Butterzentrale), gehört, ist das umsatzstärkste Molkereiunternehmen der Schweiz.

3. AZM ist eine 100%ige Tochtergesellschaft des Aargauer Milchverbandes (nachfolgend AMV) und ist als solche eng mit den Milchproduzenten aus dem Aargau und den umliegenden Kantonen verbunden. AZM ist in der Produktion von Milch, Rahm, Jogurt, Butter und Magermilchpulver tätig.

4. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erhoffen sich vom Zusammenschlussvorhaben einen Abbau von Überkapazitäten und Effizienzsteigerungen in der Produktion. AZM verfügt über moderne Produktionsanlagen an guter Verkehrslage, die nicht voll ausgelastet sind. Währenddessen produziert die Emmi Butterzentrale mitten im Stadtgebiet, was aus logistischen Gründen nicht optimal ist. In den Bereichen, in denen Emmi über leistungsfähigere Anlagen als AZM verfügt, werden diese nach Suhr transferiert. Die veralteten Anlagen der beiden Unternehmen sollen hingegen stillgelegt werden.

A.2 Verfahren

5. Am 14. September 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ein. Grundlage der Meldung bildete ein Letter of Intent vom 4. Juli 2005. Die Grundvereinbarung sowie die Statuten und das Organisationsreglement der Mittelland Molkerei AG wurden am 23. Dezember 2005 nachgereicht.

6. Mit Schreiben vom 19. September 2005 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

7. Im Rahmen der Meldung beantragten die Parteien, Hearings mit Herrn Prof. Dr. BERNHARD LEHMANN, Institut für Agrarwirtschaft ETH, sowie mit Herrn STEFAN HAGENBACH, Schweizer Milchproduzenten SMP (nachfolgend SMP), durchzuführen. Der Meldung lag die von Prof. LEHMANN gemeinsam mit CLAUDE GERWIG erstellte Studie "Die Schweizer Milchwirtschaft und die Strukturentwicklung der Milchverarbeitung in Europa im Zusammenhang mit der Gründung der Molkerei Mittelland AG" vom 15. August 2005 bei. Von Seiten der SMP liegt eine im Laufe der vorläufigen Prüfung abgegebene schriftliche Stellungnahme vor. Auf die Durchführung der beiden Hearings konnte deshalb verzichtet werden.

8. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung befragte das Sekretariat mehrere Abnehmer von Molkereiprodukten aus dem Detailhandel und der Verarbeitungsindustrie sowie Milchverarbeitungsbetriebe. Zudem holte das Sekretariat bei den Parteien zusätzliche Informationen ein (Stellungnahme vom 29.9.2005). Am 14. Oktober 2005 ging zudem eine Stellungnahme von Fromarte, Die Schweizer Käsespezialisten, Bern, ein. Ausserdem wurden vom Bundesamt für Statistik und vom Bundesamt für Landwirtschaft (nachfolgend BLW) erhobene Preisdaten verwendet.

9. Am 17. Oktober 2005 entschied die Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission, eine Prüfung gemäss Artikel 32 ff. KG durchzuführen. Die Einleitung einer Prüfung wurde den Parteien mit Schreiben vom 17. Oktober 2005 mitgeteilt. Mit selbigem Schreiben stellte das Sekretariat den Parteien die Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Oktober 2005 zu.

10. Die Durchführung einer Prüfung wurde durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB, Nr. 209, vom 27. Oktober 2005, und im Bundesblatt, Nr. 43, vom 1. November 2005, bekannt gegeben.

11. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 teilten die Parteien mit, dass Emmi und AZM unter der Firma Mittelland Molkerei AG am 24. Oktober 2005 eine mit dem gesetzlichen Minimalkapital von CHF 100'000.- ausgestattete Aktiengesellschaft gegründet habe. Mit diesem Schritt ging es den Parteien in erster Linie darum, den Namen der geplanten Gesellschaft firmenrechtlich zu sichern. Geschäftsaktivitäten werde diese Gesellschaft bis zum Abschluss des Meldeverfahrens keine entfalten.

12. Am 2. Dezember 2005, am 22. Dezember 2005, am 23. Dezember 2005, am 4. und 25. Januar 2006 und am 6. Februar 2006 reichten die Parteien im Rahmen des Prüfungsverfahrens Stellungnahmen ein.

13. Am 20. Januar 2006 fand am Sitz der Behörde eine Besprechung mit Vertretern der Parteien, dem Präsidenten der Wettbewerbskommission und Vertretern des Sekretariats statt.

14. Im Rahmen des Prüfungsverfahrens befragte das Sekretariat zahlreiche weitere Abnehmer von Molke- reiprodukten sowie Molkereien und Käsereien und holte bei den Parteien zusätzliche Auskünfte ein. Ergänzende Informationen wurden ebenfalls von Fromarte eingeholt. Diese reichte nebst der Antwort auf den zugestellten Fragebogen eine weitere Stellungnahme ein. Zudem reichten das Staatssekretariat für Wirtschaft seco (nachfolgend seco) eine Stellungnahme und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (nachfolgend EVD) und das BLW je zwei Stellungnahmen ein.

15. An ihrer ausserordentlichen Plenarsitzung vom 13. Februar 2006 kam die Weko zum Schluss, dass die Parteien zur an der Sitzung vom 20. Januar 2006 und in ihrer Stellungnahme vom 25. Januar 2006 erstmals vorgebrachte Failing Company Defence - auch auf Nachfrage hin - nur ungenügende Belege vorgelegt haben. Mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2006 entschied die Weko, dass die Prüfungsfrist bis 10. März 2006 verlängert wird und dass den Parteien mit Frist bis 27. Februar 2006 die Möglichkeit eingeräumt wird, Beweismittel zu diesem Punkt beizubringen. Die Parteien machten in ihren beiden zusätzlichen Stellungnahmen vom 27. Februar 2006 von dieser Möglichkeit Gebrauch. Am 28. Februar 2006 reichte zudem die Hausbank der AZM ein an den Präsidenten der Wettbewerbskommission gerichtetes Schreiben zur wirtschaftlichen Situation der AZM ein.

16. Die Parteien machten am 20. Oktober 2005, am 22. und 23. November 2005, am 12. Dezember 2005, 12., 18. und 30. Januar 2006 sowie am 1. und 2. März 2006 von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch.

17. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. ROGER ZÄCH (Vizepräsident der Wettbewerbskommission) im Ausstand.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

20. Das meldepflichtige Unternehmen ist Emmi. Der erste Schritt des Zusammenschlussvorhabens umfasst die Gründung der Mittelland Molkerei AG, an der Emmi mit 60% und der AMV mit 40% beteiligt sein soll. Kontrollierendes Unternehmen nach dem Zusammenschluss ist somit Emmi. Anschliessend soll

unter Wahrung der genannten Beteiligungsquoten eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden. Diese soll durch Sacheinlagen liberiert werden. Diese Sacheinlagen bestehen einerseits in den Produktionsanlagen und Geschäftsaktivitäten der AZM, andererseits in den Aktien der Emmi Butterzentrale. Zwar stellt die Mittelland Molkerei AG ein gemeinsames Projekt dar, und AZM wird in gewissen Fragen, welche für den AMV aus verbandspolitischen Gründen wichtig sind, eine Sperrminorität verbleiben. Eine solche ist im Falle einer Sitzverlegung, kompletten Strategieänderungen, der Gründung von Tochtergesellschaften, denen wesentliche operative Aufgaben übertragen werden, sowie der Bezugsrechtsregelung bei Kapitalerhöhungen vorgesehen. Allerdings wird die Mittelland Molkerei AG in die Konzernstrategie von Emmi integriert und somit keine eigenständige Unternehmenspolitik entwickeln können.

21. Beim vorliegenden Sachverhalt handelt es sich um einen Erwerb der Kontrolle eines Unternehmens über ein bisher unabhängiges Unternehmen im Sinne von Artikel 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) und demzufolge um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

23. Der Umsatz von Emmi im Jahr 2004 betrug weltweit rund CHF 1,926 Mia., derjenige in der Schweiz rund CHF 1,458 Mia. Der Umsatz der AZM, der ausschliesslich in der Schweiz erzielt wird, betrug im Jahr 2004 rund CHF 406 Mio.

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

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

25. Die Wettbewerbskommission kann gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG einen Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss

- a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

B.4.1 Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

26. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, sind zunächst die relevanten

Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen.

B.4.1.1 Relevante Märkte

B.4.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

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 VKU).

I. Absatzmärkte

28. Marktgegenseite von Emmi respektive der AZM auf der Absatzseite sind Industrieunternehmen, Grossisten (inkl. Gastronomieverteiler) und Detailhändler, welche Konsummilch, Konsumrahm, Jogurt, Butter, Magermilchpulver und - ausschliesslich im Fall von Emmi - Käse nachfragen. Es handelt sich hierbei um eine abgeleitete Endverbrauchernachfrage (vgl. Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 102, Rz. 16). Die nachfolgend betrachteten Märkte können nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind in einem Gesamtkontext zu sehen, da produktionsseitig zum Teil erhebliche Interdependenzen zwischen den verschiedenen Milchprodukten bestehen. Einerseits fallen bei der Produktion einiger Milchprodukte Nebenprodukte an, die als Inputfaktor bei der Produktion anderer Milchprodukte dienen (Kuppelproduktion). Andererseits besteht in bestimmtem Umfang die Möglichkeit, die Produktion eines Milchprodukts zulasten eines anderen Milchprodukts zu erhöhen (Angebotsumstellungsflexibilität).

a) Konsummilch

29. Im Fall Toni/Säntis wurde ausgeführt, dass Milch aufgrund seiner besonderen Produkteigenschaften nicht mit anderen Tafelgetränken substituierbar sei (RPW 1999/1, S. 102, Rz. 17). Bei Konsummilch besteht eine Produktdifferenzierung hinsichtlich des Fettgehaltes (fettangereicherte Milch, Vollmilch, teilentrahmte Milch und Trinkmagermilch), hinsichtlich der Label-Bestimmungen (Biomilch, konventionelle Milch) sowie hinsichtlich der Verarbeitungsmethode (Frischmilch, Past-Milch, UHT-Milch und neuerdings Hochpast-Milch). Auf teilentrahmte Milch UHT und Past sowie Vollmilch UHT und Past entfielen im Durchschnitt der Jahre 2003 bis 2005 zusammen ca. 93% des Milchkonsums (Quelle: www.milchstatistik.ch). Die restlichen Milchsorten können aufgrund ihrer geringen mengenmässigen Bedeutung für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens vernachlässigt werden. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Markt für Konsummilch in verschiedene Teilmärkte zu unterteilen ist.

30. Eine Unterteilung in eigene sachlich relevante Märkte anhand des Fettgehaltes ist aufgrund der hohen Angebotsumstellungsflexibilität nicht angebracht (vgl. Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 102 f., Rz. 19). Grafik 1 verdeutlicht die über lange Zeit enge preisliche Beziehung zwischen Vollmilch und teilentrahmter Milch (Drink). Obwohl in jüngster Vergangenheit eine

gewisse Divergenz in den Preisentwicklungen zu beobachten war, erscheint es angebracht, an der bisherigen Praxis festzuhalten.

31. In der Vorabklärung in Sachen Reorganisation des Biomilchmarktes (RPW 2005/3, S. 458 ff.) wurde nicht ausgeschlossen, dass die Produktion von Biomilch als eigener sachlich relevanter Markt zu betrachten ist. Auf Stufe Verarbeitung dürfte eine separate Betrachtung der Biomilch aufgrund der bestehenden Angebotsumstellungsflexibilität hingegen nicht angebracht sein. Biomilch wird traditionell pasteurisiert. Das UHT-Verfahren wird bei Biomilch erst seit verhältnismässig kurzer Zeit angewandt (Pressemitteilung von Biosuisse vom 10.4.2002). Die biologisch produzierte Konsummilch findet ihren Niederschlag in den Märkten für UHT-Milch und vor allem für Past-Milch und ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht separat zu betrachten.

32. In Toni/Säntis wurde der Markt für Konsummilch in die beiden Teilmärkte Past-Milch und UHT-Milch unterteilt. Ein wichtiger Grund hierfür bestand in den unterschiedlichen Produkteigenschaften. Past-Milch wird pasteurisiert und homogenisiert. Dadurch können die geschmacklichen Einbussen vermieden werden, die das UHT-Verfahren ("Ultra-High-Temperature") mit sich bringt. Der Nachteil der Past-Milch besteht in der relativ kurzen Haltbarkeitsdauer. Dieser Nachteil schlägt sowohl vor dem Kauf in Form eines grösseren Logistikaufwandes des Handels als auch nach dem Kauf in Form einer kürzeren Haltbarkeit nieder. Past-Milch und UHT-Milch stellen hinsichtlich ihrer Eigenschaften somit eindeutig differenzierte Produkte dar.

33. Der Angebotsumstellungsflexibilität zwischen Past-Milch und UHT-Milch sind Grenzen gesetzt (vgl. Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 102, Rz. 18). Past-Milch und UHT-Milch können aus Gründen der Sterilität nicht auf denselben Anlagen hergestellt werden. Eine Produktionsumstellung von UHT-Milch auf Hochpast-Milch und von UHT-Milch respektive Hochpast-Milch auf Past-Milch kann ohne grössere Probleme durchgeführt werden. Hingegen ist die Produktionsumstellung von Past-Milch auf Hochpast-Milch respektive UHT-Milch und von Hochpast-Milch auf UHT-Milch mit zusätzlichen Investitionen verbunden und daher relativ kostenintensiv. Zu analogen Schlüssen kam im Übrigen auch die EU-Kommission im Fall Arla Foods/Express Dairies (10.6.2003, COMP/M.3130). Die nachfrage- und angebotsseitigen Unterschiede zwischen Past-Milch und UHT-Milch schlagen sich in einem unterschiedlichen Preissetzungsverhalten nieder. Der Grund für die in Grafik 1 ersichtliche höhere Preisvolatilität von UHT-Milch dürfte in der längeren Verweildauer in den Verkaufsregalen und damit der grösseren Möglichkeit von Aktionsverkäufen liegen. Diese Feststellung wurde durch die befragten Detailhändler im Wesentlichen bestätigt. Demnach stehen Preis und Convenience bei der UHT-Milch im Vordergrund, während Past-Milchkonsumenten die Natürlichkeit und die Frische höher gewichten.

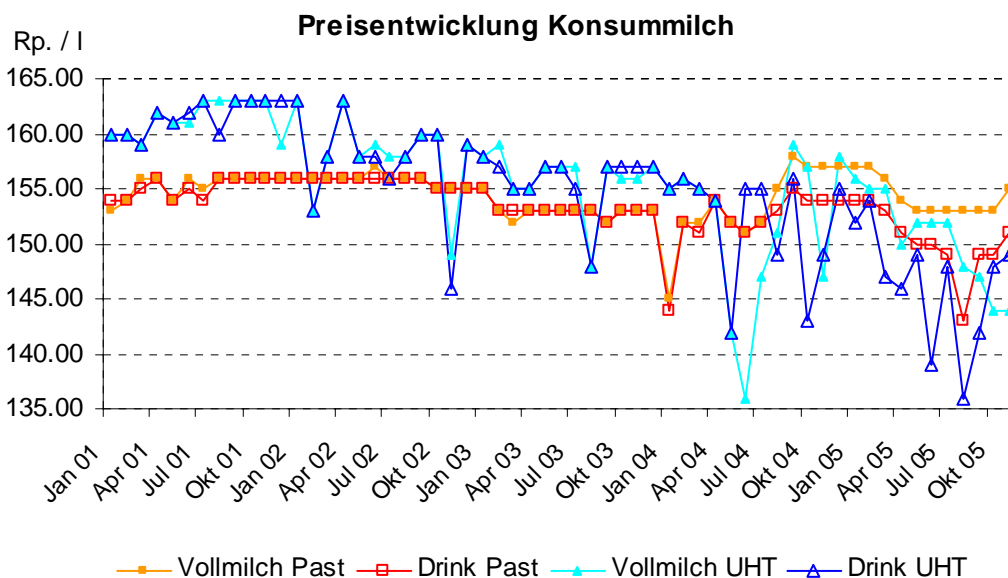
34. Die Parteien argumentieren, dass die Unterteilung des Marktes für Konsummilch in zwei Teilmärkte auf-

grund der Einführung der hochpasteurisierten Milch (sog. Hochpast-Milch) nicht mehr sinnvoll sei. Diese werde in der Zwischenzeit von allen Grossmolkereien angeboten und stelle einen erfolgsversprechenden Mittelweg dar. Hochpast-Milch wird stärker erhitzt als Past-Milch, weshalb eine gute Haltbarkeit und die damit verbundenen logistischen Vorteile gewährleistet bleiben. Im Gegensatz zu UHT-Milch resultiere praktisch kein Nachgeschmack.

35. Es ist nicht auszuschliessen, dass durch die Einführung von Hochpast-Milch die bei Konsummilch bestehenden Qualitätsunterschiede nivelliert werden, woraus sich eine Tendenz zu einem einheitlichen Konsummilchmarkt ergeben könnte. Allerdings ist Hochpast-Milch ein neu in den Markt eingeführtes Produkt, dessen Entwicklung sich noch nicht zuverlässig abschätzen lässt. Im Jahr 2004 entfielen rund 2% der Konsummilchproduktion auf Hochpast-Milch, im Jahr 2005 gemäss Schätzungen von Emmi rund 6,4%. Ob, wie von den Parteien vorgebracht wurde, die Markteinführung von Hochpast-Milch effektiv zu einer Verdrängung der Past-Milch führt, kann aus heutiger Sicht nicht zuverlässig beurteilt werden.

36. Im Fall Toni/Säntis wurde die Veränderung des Nachfrageverhaltens, das heisst die teilweise Verdrängung von Past-Milch durch UHT-Milch als Argument für die Abgrenzung separater Märkte angeführt (RPW 1999/1, S. 102, Rz. 18). Der Rückgang des Anteils der Past-Milch am Milchkonsum setzte seit dem Zusammenschluss Toni/Säntis fort. Zwischen 2000 und 2004 ging der Anteil der Past-Milch am gesamten

Konsummilchmarkt von rund 41% auf rund 36% zurück, während der Anteil der UHT-Milch im selben Zeitraum von rund 54% auf rund 61% angestiegen ist (Quelle: TSM Treuhand GmbH, Jahresstatistik Milchmarkt 2004). Aus der Verdrängung eines Produkts durch ein anderes kann nicht generell geschlossen werden, dass die Produkte verschiedenen relevanten Märkten zuzuordnen sind. Im Fall des Zusammenschlussvorhabens Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG wurde ausgeführt, dass ein Indiz für die Substituierbarkeit von Pendlerzeitungen mit anderen Tageszeitungen darin besteht, dass mit der Markteinführung von "20 Minuten" ein Verdrängungsprozess zulasten der im Einzugsgebiet von "20 Minuten" ansässigen Tageszeitungen eingesetzt hätte (RPW 2004/2, S. 538, Rz. 58). Anders als im Fall Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG erfolgte die teilweise Verdrängung der Past-Milch nicht durch ein neues Produkt, das zu einem wesentlich günstigeren Preis angeboten wurde. Im Fall der teilweisen Verdrängung der Past- durch UHT-Milch dürfte das überwiegende Element in einer Veränderung der Konsumentenpräferenzen in Form eines Trends hin zu Convenienceprodukten liegen. Massgebend für die Marktabgrenzung ist letztlich, ob die Produkte während des Beobachtungszeitraums substituierbar sind. Die Berücksichtigung von Verdrängungsprozessen kann hierfür allenfalls gewisse Anhaltspunkte geben.



Grafik 1: Preisentwicklung Konsummilch (Quelle: Marktberichte Milch BLW)

37. Die statistische Analyse der Preisentwicklung ergibt, dass die Konsummilchpreise in den Jahren 2001 bis 2005 tendenziell eine sinkende Tendenz aufweisen und dass die Varianz ca. seit Sommer 2004 zugenommen hat. Inwieweit diese Tendenzen auf Entwicklungen in der Milchbranche oder auf Entwick-

lungen im Detailhandel zurückzuführen sind, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Korrelationen zwischen den Preisen der verschiedenen Milchsorten - trotz Verwendung des gleichen Rohstoffs und gleicher saisonaler Effekte - zum Teil relativ gering.

	<i>Drink Past</i>	<i>Drink UHT</i>	<i>Vollmilch Past</i>	<i>Vollmilch UHT</i>
<i>Drink Past</i>	1.00	0.65	0.73	0.59
<i>Drink UHT</i>	0.65	1.00	0.22	0.74
<i>Vollmilch Past</i>	0.73	0.22	1.00	0.40
<i>Vollmilch UHT</i>	0.59	0.74	0.40	1.00

Tabelle 1: Korrelationsmatrix Preise Konsummilch
(Datenquelle: Marktberichte Milch BLW)

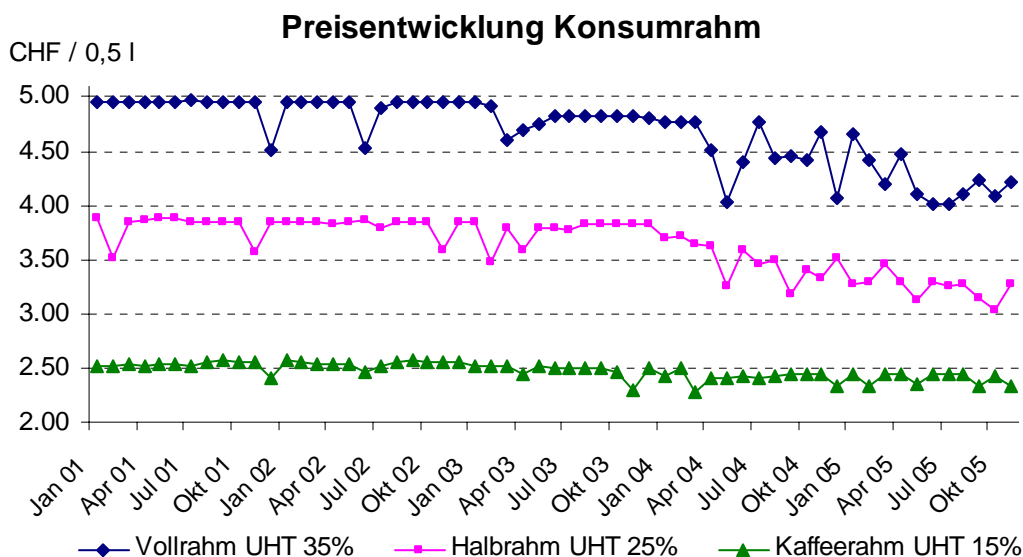
38. Da die Aussagekraft von Korrelationskoeffizienten beschränkt ist, wurde zudem geprüft, ob die zugrunde liegenden Zeitreihen cointegriert sind. Eine langfristige Gleichgewichtsbeziehung der Preise von zwei oder mehr Produkten, die nur von temporären Schocks unterbrochen wird (Cointegration), deutet darauf hin, dass eine wettbewerbliche Interaktion zwischen diesen Produkten besteht und dass diese Produkte deshalb demselben relevanten Markt zuzuordnen sind. Die Durchführung eines Johansen-Tests ergab, dass keine stabile Cointegrationsbeziehung zwischen den Preisen der verschiedenen Milchsorten besteht (vgl. hierzu Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 690, Rz. 47, sowie S. 753 ff.; sowie Reorganisation des Biomilchmarktes, RPW 2005/3, S. 466, Rz. 58.). Die abweichenden Preisverläufe zwischen UHT- und Past-Milch dürften demnach nicht nur aufgrund kurzfristiger Abweichungen durch Aktionsverkäufe bei UHT-Milch zustande kommen. Insgesamt bestätigt die statistische Analyse, dass bei Konsummilch ein beträchtliches Mass an Produktdifferenzierung besteht.

39. Die Frage, ob Past- und UHT-Milch separate sachlich relevante Märkte bilden, muss im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens nicht abschliessend geklärt werden. Eine separate Betrachtung erscheint insofern aufschlussreich, als sich die Marktstrukturen in den Bereichen Past- und UHT-Milch deutlich voneinander unterscheiden. Im Folgenden werden die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens sowohl unter dem Blickwinkel einer engen als auch einer weiteren sachlichen Marktabgrenzung betrachtet.

b) Konsumrahm

40. In Toni-Säntis (RPW 1999/1, S. 103 ff., Rz. 24 ff.) wurde ein relevanter Markt für Konsumrahm abgegrenzt. Im Fall Emmi/SDF Standort Ostermündigen (RPW 2003/4, S. 786 ff.) war von einem Markt für Kaffeerahm die Rede. Eine Unterscheidung von verschiedenen Rahmsorten, die sich lediglich im Fettgehalt - und dementsprechend im Preisniveau - unterscheiden, ist aufgrund der hohen Angebotsumstellungsflexibilität indes nicht angebracht. Ein Indiz hierfür stellt auch die in Grafik 2 ersichtliche über lange Zeit weit gehend parallele Preisentwicklung der verschiedenen Rahmsorten dar. Allenfalls könnten analog zum Markt für Konsummilch separate Märkte für

UHT- und Past-Rahm abgegrenzt werden, was die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf dem Markt für Konsumrahm allerdings nicht wesentlich beeinflussen dürfte. Generell kann gesagt werden, dass ein Trend zu fettarmen Produkten besteht. Dies ist ein Grund dafür, weshalb in zunehmendem Ausmass Milchrahm nicht als Konsumrahm abgesetzt, sondern zu Butter verarbeitet wird. Aus Sicht der Marktgegenseite ist diese alternative Verwendung des Rahms indes nicht wesentlich. Als sachlich relevanter Markt gilt somit der Markt für Konsumrahm.



Grafik 2: Preisentwicklung Konsumrahm
(Datenquelle: Marktberichte Milch Bundesamt für Statistik)

c) Jogurt

41. In Toni/Santis (RPW 1999/1, S. 103, Rz. 21) und Emmi/SDF (RPW 2003/4, S. 789, Rz. 16 ff.) wurde ein sachlich relevanter Markt für Jogurt abgegrenzt. Jogurt ist ein hinsichtlich Zusatzstoffen, Aromen und Konsistenz differenziertes Produkt, das mit anderen Frischmilchprodukten aufgrund seiner Eigenschaften und seines Verwendungszwecks nicht substituierbar ist. Auch für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist von einem sachlich relevanten Markt für Jogurt auszugehen.

d) Butter

42. Inputfaktoren bei der Produktion von Butter sind Milchrahm (gewonnen durch Milchzentrifugation), Sirtenrahm (als Kuppelprodukt aus der Käseproduktion), gesammelte Butter aus Käsereien und Alpbetrieben sowie frische Butter, Lager- und Importbutter. Butter wird in verschiedenen Qualitäten hergestellt, die unterschiedlichen Verwendungszwecken dienen (Quelle: Branchenorganisation Butter GmbH, Bern, nachfolgend, BO Butter):

43. **Vorzugsbutter** ist hauptsächlich für die kalte Küche, namentlich als Brotaufstrich, bestimmt und ist vor allem unter der Marke Floralp bekannt. Vorzugsbutter wird ausschliesslich aus Milchrahm hergestellt. Vorzugsbutter ist ebenfalls in gesalzener Form (Rosalp) und als Lightbutter erhältlich.

44. **Kochbutter** ("Die Butter") besteht zu 90% aus Vorzugsbutter und zu 10% aus Sirtenrahmbutter. Sie kann aus Frischrahm oder "Lagerbutter" hergestellt werden und kann auch, je nach Inlandproduktion, Importbutter enthalten. Die Anteile an Frisch-, Lager- und Importbutter variieren im Laufe des Jahres. Kochbutter ist geeignet für alle Anwendungen in der kalten und warmen Küche, speziell zum Dünsten, Dämpfen, Abschmecken und Backen.

45. **Entwässerte Butter** (Bratbutter, eingesottene Butter, Butterreinfett, Bratcreme) hat einen Fettgehalt von über 99,8%. Entwässerte Butter eignet sich gut zum Braten, aber auch zum Dünsten und Dämpfen. Für die Lebensmittelindustrie wird entwässerte Butter in flüssiger oder fester Form angeboten.

46. **Käsereibutter** (Milchsirtenrahmbutter) wird aus einer Mischung von Vorzugsbutter und Sirtenrahmbutter hergestellt. Die Herstellung aus den entsprechenden Rahmqualitäten ist ebenfalls möglich. Sie wird sowohl für die warme als auch für die kalte Küche verwendet.

47. Zu den **Butterspezialitäten** zählen Produkte wie Kräuter-, Senf- oder Honigbutter. Butterspezialitäten werden je nach Produkt aus Vorzugs- oder Kochbutter und anderen Zutaten wie Kräuter oder Honig gemischt.

48. Im Durchschnitt der Jahre 2002 bis 2005 entfiel ca. 17% des Butterverkaufs auf Vorzugsbutter, ca. 62% auf Kochbutter, ca. 11% auf entwässerte Butter, ca. 1% auf Käsereibutter und ca. 9% auf übrige (Quelle: www.Milchstatistik.ch).

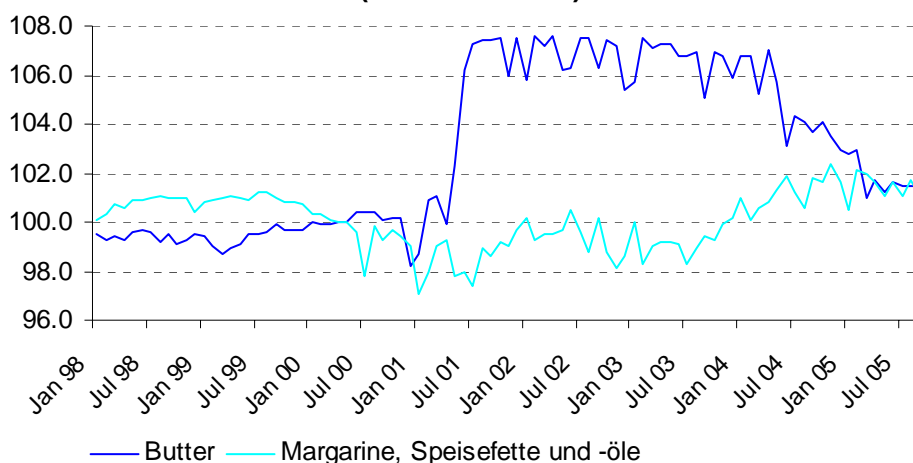
49. Zudem wird Butter in verschiedenen Packungsgrößen angeboten, die an die Bedürfnisse der verschiedenen Abnehmergruppen angepasst sind, wobei die Grenzen zum Teil unscharf sind, da sich beispielsweise gewerbliche Abnehmer zum Teil im Detailhandel mit Butter eindecken. Zum Teil sind dennoch an die spezifischen Bedürfnisse der Butterabnehmer angepasste Abfüllanlagen erforderlich. Während Butter für den Direktverbrauch als relativ homogenes Gut vermarktet wird, ist die Beschaffenheit der Butter im industriellen Bereich auf die individuellen Kundenbedürfnisse ausgerichtet. Dies stellt erhöhte Anforderungen an die Produktionsanlagen, so dass der Angebotsumstellungsflexibilität in diesem Bereich gewisse Grenzen gesetzt sind. In ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2005 weisen die Parteien darauf

hin, dass - wenn man den Buttermarkt in verschiedene Marktsegmente unterteilt - das Zusammenschlussvorhaben über weite Strecken zu gar keiner Konzentration führe. Keiner der heutigen drei grossen Butterproduzenten führe alle wichtigen Buttersorten im Sortiment. Bei vielen Angeboten besitze nur ein einziger Anbieter die entsprechende Maschine. Weiter führen die Parteien aus, dass abgesehen vom Grundsortiment die Angebotsumstellungsflexibilität relativ klein sei. So besässe AZM als einzige Produzentin die erforderliche Maschine, um entwässerte Butter in Haushaltspackungen abzufüllen. Der entsprechende Markt sei zu klein, als dass eine solche Investition für einen weiteren Anbieter in Frage käme. Indes ergibt sich hier einerseits ein gewisser Widerspruch zu den Angaben in der Meldung vom 14. September 2005, in der von geringen Investitionskosten beim Einstieg in die Butterproduktion ausgegangen wurde. Andererseits ist unbestritten, dass die Butterproduzenten in den wichtigen Bereichen Koch- und Vorzugsbutter direkt miteinander im Wettbewerb stehen. Allenfalls wäre es denkbar, separate Märkte beispielsweise für Bratcreme abzugrenzen. Dies würde an der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens

indes nichts ändern. Insgesamt gesehen ist es nicht angebracht, verschiedene Buttermärkte abzugrenzen, weshalb an der Marktabgrenzung im Fall Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 104 f., Rz. 25 ff.) festgehalten werden kann. Um ein vollständiges Bild über die Marktverhältnisse und die Substituierbarkeit mit anderen Produkten zu erhalten, erscheint es im Folgenden dennoch angebracht, die verschiedenen Marktsegmente separat zu betrachten.

50. Zu klären ist, inwieweit Butter durch pflanzliche Fette substituierbar ist. In Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 104 f., Rz. 25 ff.) wurde offen gelassen, ob Butter und Margarine demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Grafik 3 verdeutlicht den unterschiedlichen Preisverlauf von Butter einerseits und pflanzlichen Fetten und Ölen andererseits. Die unterschiedlichen Preisverläufe deuten nicht auf eine ausgesprochen enge wettbewerbliche Beziehung hin. Diese aggregierte Betrachtungsweise klammert indes mögliche wettbewerbliche Interaktionen in bestimmten Teilbereichen aus. Auf diesen Punkt wird nachfolgend eingegangen.

**Preisentwicklung Butter und Margarine
(Mai 2000 = 100)**



Grafik 3: Preisentwicklung Butter und Margarine
(Datenquelle: Bundesamt für Statistik)

51. Zu unterscheiden ist zwischen dem Konsum von Butter und Margarine durch Endverbraucher und der Verwendung in Verarbeitungsprodukten. Ungefähr die Hälfte der Butter wird in Industrie und Gewerbe verwertet (Quelle: Situationsbericht über die "Entwässerte Butter" in Bezug zum Fettstoffmarkt in der Schweiz). Im Folgenden wird geprüft, in welchen Bereichen Margarine und andere pflanzliche Fette und Öle mit Butter am ehesten funktional austauschbar sind.

52. Die EU-Kommission kam - ohne eine definitive Marktabgrenzung vorzunehmen - zur Beurteilung, dass Butter und Margarine aus Sicht der Endverbraucher aufgrund der unterschiedlichen Verwendungs-

zwecke und der bedeutenden Preisunterschiede separate sachlich relevante Märkte darstellen. Zudem sei der Herstellungsprozess der beiden Produkte stark unterschiedlich. Ausserdem bezweifelte die EU-Kommission, dass Butter und Margarine als Verarbeitungsprodukte demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen seien (Arla Food/Express Dairies, 10.6.2003, COMP/M.3130; vgl. hierzu auch United States of America vs. Dairy Farmers of America et. al., United States District Court Eastern District of Pennsylvania, Civil Action No. 00-1663, Juni 2000).

d1) Butter in Verarbeitungsprodukten

53. Bei Verarbeitungsprodukten kann Butter je nach Anwendungsgebiet teils durch Margarine substituiert

werden, teils nicht. Wichtige Butterabnehmer sind die Backwaren- und Biskuitindustrie, die Schokoladenindustrie, gewerbliche Abnehmer (Bäckereien, Restaurants usw.), die Speiseeis-, die Schmelzkäse- und die Margarineindustrie. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass Butter als Rohstoff für Verarbeitungsprodukte mit staatlichen Mitteln gefördert wird. Diese Förderung wird per 2007 reduziert und soll im Zuge der Agrarpolitik 2011 gestrichen werden. Wie bei Butter besteht auch bei Margarine ein Grenzschutz, so dass lediglich ca. 5% der in der Lebensmittelbranche verwendeten Margarine aus Importen stammt (vgl. Zusammenschluss Centravo, RPW 2005/4, S. 633, Rz. 27).

54. Im erwähnten Bericht der BO Butter (Seite 22 f.) wird darauf aufmerksam gemacht, dass gerade im Industriebereich die Gefahr der Substitution der entwässerten Butter durch billigere Produkte auf Pflanzenfettbasis bestehe. Umgekehrt wird das Eindringen von Produkten auf Butterbasis in die angestammten Verwendungsgebiete der Produkte aus Pflanzenfett als schwieriger erachtet. Die hohe Erhitzbarkeit von entwässertem Butter gebe ihr nicht zuletzt Substitutionscharakter für Suppen und Saucen. Ein wesentlicher Vorteil des Butterfettes gegenüber den Pflanzenfetten sei der Geruch und der Geschmack. Vorwiegend für Produkte wie Backwaren, wie zum Beispiel für Croissants, bei denen Geruch und Geschmack wichtig für das Endprodukt sind, werde Butterfett eingesetzt. Pflanzenfette seien dagegen prädestiniert für den Einsatz im Bereich der Frittier- und Schwimbackprodukte, Suppen und Saucen. Die Parteien führten zudem aus, dass namentlich bei Speiseeis zum Teil die Substitution von Butter durch pflanzliche Fette bereits stattgefunden habe.

55. Aus den Antworten der hierzu befragten Unternehmen ging hervor, dass Butter nur beschränkt durch Margarine oder andere Pflanzenfette und -öle substituierbar ist. Massgebende Kriterien bei der Wahl des Rohstoffes sind die physischen Produkteigenschaften, der Geschmack und der Rohstoffpreis. Bei einigen Produkten werden ausschliesslich pflanzliche Fette und Öle, bei anderen wird ausschliesslich Butter eingesetzt. Daneben bestehen auch Produkte, bei denen wahlweise Butter oder pflanzliche Fette und Öle verwendet werden. Bei diesen Produkten kann der Einsatz von Butter dazu führen, dass sich das Produkt von Konkurrenzprodukten abhebt und in einem höheren Preissegment vermarktet werden kann. Der Einsatz von Margarine kommt unter anderem dort in Frage, wo gesundheitliche Aspekte gegenüber dem Geschmack dominieren.

56. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Butter in vielen Bereichen grundsätzlich durch pflanzliche Fette substituierbar ist, wobei diese Substitution in vielen Bereichen zu einer Veränderung und Neupositionierung des betreffenden Produkts führt. Insbesondere im Premiumbereich, respektive dort wo der typische Buttergeschmack im Zentrum steht, dürfte die Substituierbarkeit eher gering sein.

d2) Konsumbutter

57. Im Bereich des Privatkonsums wasserhaltiger Fettstoffe beträgt der mengenmässige Anteil der Butter (exkl. Bratbutter) ca. 70%, derjenige der Margarine ca. 30%. (Quelle: Situationsbericht über die "Entwässerte Butter" in Bezug zum Fettstoffmarkt in der Schweiz). Im Bereich Konsumbutter ist zwischen dem "warmen Segment" (Kochen und Backen) und dem "kalten Segment" (Brotaufstrich) zu unterscheiden. Butter findet ebenso wie Margarine (und andere Speisefette und -öle) in beiden Segmenten Verwendung. Gemäss den Ausführungen der Parteien macht das warme Segment etwas mehr als die Hälfte des Privatkonsums aus. Wie für die Verarbeitungsindustrie sind auch für den Endverbraucher die unterschiedlichen Eigenschaften (Geschmack, Streichfähigkeit), der Preis und das Produktimage relevant. Eine von den SMP durchgeführte Befragung ergab, dass Margarine vor allem als Brotaufstrich verwendet (78%) oder zum Backen eingesetzt wird (17%). Im warmen Segment sei die Substituierbarkeit mit Margarine hoch, im kalten Segment wahrscheinlich kleiner. Die Parteien zitieren eine Studie der SMP, wonach 53% der Haushalte nur Butter, 5% nur Margarine und 43% beide Produkte verwenden. Gemäss den Ausführungen der Parteien differenziert der Konsument auch im kalten Segment nach Verwendungszweck. Der Umstand, dass ein grosser Teil der Konsumenten (gemäss oben zitierter Befragung 43%) zwei Produkte parallel verwendet, sagt nichts über deren Substituierbarkeit aus. Hingegen deutet der Umstand, dass Butter und Margarine teilweise anderen Verwendungszwecken dienen, darauf hin, dass Butter und Margarine aus Sicht der Endverbraucher separate Märkte darstellen.

58. Diese Einschätzung wurde durch die hierzu befragten Unternehmen zumindest teilweise bestätigt. Ein Grossverteiler führte aus, dass die Austauschbarkeit von Butter und Margarine im Detailhandel gering sei und selbst über Aktionen Butterkonsumenten kaum zum Margarinekonsum animiert werden könnten. Aus Sicht anderer Detailhändler sind die Produkte grundsätzlich austauschbar. Die Substituierbarkeit bei der Verwendung als Brotaufstrich sei geringer als bei der Verwendung als Zutat in Kochrezepten.

59. Gewisse Aufschlüsse über die Austauschbarkeit von Butter und Margarine respektive anderen pflanzlichen Fetten und Ölen aus Sicht der Endverbraucher kann die Betrachtung der Eigen- und Kreuzpreiselastizitäten bieten, obwohl die Schätzung von Kreuzpreiselastizitäten und deren Interpretation im Hinblick auf die Marktabgrenzung generell mit verschiedenen Unwägbarkeiten verbunden ist (Cellophane Fallacy). Ein im Auftrag der BO Butter im Jahre 2000 erstellter Bericht (Situationsbericht über die "Entwässerte Butter" in Bezug zum Fettstoffmarkt in der Schweiz) enthält auf Seite 50 (ohne Angabe von Konfidenzintervallen) Schätzungen der Preiselastizitäten der Nachfrage nach verschiedener Buttersorten, nach Margarine und Speisefett und -öl sowie die Kreuzpreiselastizitäten zwischen den genannten Produkten. Demnach beträgt die Preiselastizität der Nach-

frage bei Kochbutter -1,47, bei Vorzugsbutter -1,91, bei Margarine -1,52 und bei Speisefett und -öl -1,06. Relativ hohe Kreuzpreiselastizitäten wurden zwischen Light- und Mischbutter sowie Bratbutter einerseits und Margarine andererseits geschätzt. Gemäss den vorgenommenen Schätzungen bestehen hingegen zwischen Margarine und den anderen Buttersorten und zwischen Butter und Speisefetten und -ölen nur geringe Wechselwirkungen. Einschränkend gilt zu sagen, dass diese Schätzungen auf veralteten Daten basieren.

d3) Zwischenergebnis

60. Auch wenn Butter und Margarine nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, ist unbestritten, dass Margarine zumindest in einigen Teilbereichen als Substitut zu Butter in Frage kommt. Die disziplinierende Wirkung des Margarinemarktes ist somit angemessen zu berücksichtigen. Insgesamt erscheint es gerechtfertigt, Butter als eigenen sachlich relevanten Markt zu betrachten.

e) Magermilchpulver

61. Magermilchpulver wird aus dem verbleibenden Milchanteil, der bei der Verarbeitung von Milch- und Sirtenrahm zu Butter übrig bleibt, hergestellt (vgl. Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 105, Rz. 28). Die produzierten Mengen Magermilchpulver sind abhängig von der produzierten Milchmenge und der Art ihrer Verwertung. Magermilchpulver findet im Inland Absatz im Fütterungsbereich und in der Nahrungsmittelindustrie. Ein Teil des in der Schweiz produzierten Magermilchpulvers wird mit Hilfe von Exportbeiträgen im Ausland abgesetzt. Im Zuge der AP 2011 soll diese Förderung wegfallen, was zu Veränderungen auf diesem Markt führen könnte.

62. In Toni/Säntis wurde ausgeführt, dass Magermilchpulver aus Sicht der Nachfrager nicht mit Vollmilchpulver substituierbar sei, wobei aber auf eine exakte Marktabgrenzung verzichtet wurde. Die EU-Kommission hielt fest, dass bei der Produktion von Milchersatzprodukten für Kälber Substitute zu Magermilchpulver bestünden, liess im konkreten Fall die definitive Marktabgrenzung aber letztlich offen (VAN DRIE/SCHILS, 8.12.2004, COMP/M.3535). Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird von einem Markt für Magermilchpulver ausgegangen, wobei auch hier keine definitive Marktabgrenzung vorgenommen werden muss.

f) Käsemärkte

63. In der bisherigen Praxis wurde der Käsemarkt in die Teilmärkte Hart-, Halbhart- und Schmelzkäse unterteilt, wobei zusätzlich zwischen den Produktionsstufen Affinage, Konfektionierung und Vertrieb unterschieden wurde (Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 93 ff.; Emmi/SDF Sortengeschäft, RPW 2003/3, S. 529 ff.; Emmi/SDF Raclettekäsegeschäft, RPW 2003/4, S. 778 ff.). Es sind für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens keine Gründe ersichtlich, die es angebracht erscheinen lassen, von dieser Praxis abzuweichen.

II. Beschaffungsmärkte

a) Beschaffung von Rohmilch

64. Marktgegenseite bei der Beschaffung von Rohmilch bilden die Milchproduzenten. Diese verkaufen ihre Milch - zum Teil über Milchhandelsorganisationen - an Verarbeitungsbetriebe wie Käsereien und Molkereien und treten auf diese Weise als Nachfrager von Absatzkanälen auf. Zu unterscheiden ist dabei zwischen silofreier Käserei- und Industriemilch, was für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens indes nicht von Bedeutung ist. Von staatlicher Seite wird dabei die Verarbeitung von Rohmilch zu Käse mit den Zulagen für verkäste Milch und für Fütterung ohne Silage gezielt gefördert. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird analog dem Entscheid i.S. Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 105 f., Rz. 30 ff.) von einem sachlich relevanten Markt "Absatzmöglichkeiten für Milch" ausgegangen.

b) Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm

65. Milchrahm entsteht durch Milchzentrifugation. Sirtenrahm fällt als Kuppelprodukt bei der Käseproduktion an. Hersteller von Milchprodukten, die in ihrer Verarbeitung eine Fettfraktionierung vornehmen und dadurch die Kuppelprodukte Milch- und Sirtenrahm erhalten, fragen die Absatzmöglichkeiten der Butterproduzenten nach. Butterproduzenten sind somit Anbieter von Absatzkanälen für Milch- und Sirtenrahm. Sirtenrahm wird ausschliesslich als Rohstoff in der Butterproduktion verwendet. Als sachlich relevanter Markt gelten somit die Absatzmöglichkeiten für Milch- und Sirtenrahm (vgl. Toni/Säntis, RPW 1999/1, S. 106, Rz. 33).

B.4.1.1.2 Räumlich relevante Märkte

66. 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).

I. Absatzmärkte

67. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, besteht bei den vorliegend betrachteten Milchprodukten ein bedeutender Grenzschutz (Ausnahmen: Jogurt kakaohaltig und aromatisiert oder mit Früchten sowie Käse gegenüber der EU). Beispielsweise liegt der normale Ausserkontingentszollansatz für Butter über dem schweizerischen Ladenpreis. Für die in der Entwicklung am wenigsten fortgeschrittenen Länder bestehen reduzierte Tarife. Nach Angaben des seco erfolgten bis anhin jedoch keine nennenswerten Einfuhren von Milchprodukten aus diesen Ländern. Alle Fakten deuten darauf hin, dass die Marktgegenseite die für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben relevanten Produkte im Inland beschaffen. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang ebenfalls der in der Stellungnahme vom 22. Dezember 2005 geäusserte Hinweis auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Nestlé und die französische Lactalis-Gruppe, da nicht ersichtlich ist, wie hieraus ein unmittelbarer Einfluss auf die das Angebot von Milchprodukten in der Schweiz erwachsen soll. Wie nachfolgend ausgeführt wird, sind die vom Zusammenschluss betref-

nen Märkte aufgrund des Grenzschutzes national abzugrenzen. Umgekehrt bedeutet ein Wegfallen des Grenzschutzes nicht zwingend, dass die Märkte international (europäisch oder weltweit) abzugrenzen sind. Tatsächlich werden in der Praxis der Wettbewerbsbehörden regelmässig Märkte auch in Abwesenheit von staatlichen Markteintrittsbarrieren national oder regional abgegrenzt. Massgebend für die Beurteilung ist das effektive Nachfrageverhalten der Marktgegenseite. Es bestehen verschiedene Faktoren,

die auf den Märkten für die verschiedenen Milchprodukte für eine nationale Marktabgrenzung sprechen könnten. Neben dem tarifären Grenzschutz kommen hierfür namentlich technische Handelshemmnisse, Transportkosten, Logistikaufwand sowie eine emotionale Verbundenheit der Konsumenten mit der einheimischen Landwirtschaft in Frage. Ob diese Faktoren tatsächlich für eine nationale Marktabgrenzung sprechen würden, kann aufgrund des bestehenden Grenzschutzes zurzeit nicht beantwortet werden.

<i>Produkt</i>	<i>Tarif Nr.</i>	<i>EU</i>	<i>Normal</i>	<i>Reduziert</i>
<i>Milch</i>				
Maximal 1% Fett	0401.1090		CHF 40.00	CHF 14.00
Zwischen 1 und 6% Fett	0401.2090		CHF 76.00	CHF 26.60
Mehr als 6% Fett	0401.3010		CHF 765.00	CHF 267.75
<i>Jogurt</i>				
Kakaohaltig	0403.1010	CHF 20.30	CHF 54.80	CHF 19.18
Aromatisiert oder mit Früchten	0403.1020	CHF 27.35	CHF 64.40	CHF 22.54
Andere	0403.1099		CHF 686.00	CHF 240.10
<i>Rahm</i>	0403.3020		CHF 1'340.00	CHF 469.00
<i>Butter</i>	0405.1019		CHF 1'642.00	CHF 574.70

Tabelle 2: Ausserkontingentzollansätze pro 100 kg, Dezember 2005
(Quelle: www.tares.ch)

a) Konsummilch

68. In Toni/Säntis wurde festgehalten, dass aufgrund des bestehenden Grenzschutzes die Märkte für Konsummilch (Past und UHT) national abzugrenzen sind (RPW 1999/1, S. 108, Rz. 38). Es sind keine Gründe ersichtlich, die eine andere räumliche Marktabgrenzung nahe legen würden, zumal der Anteil der vermarkteten Milch ausländischer Herkunft in den Jahren 2001 bis 2005 jeweils unter 1% lag (Quelle: www.milchstatistik.ch). Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für Konsummilch somit national abgegrenzt.

b) Konsumrahm

69. Aus denselben Erwägungen wie im Bereich Konsummilch ist der Markt für Konsumrahm ebenfalls national abzugrenzen.

c) Jogurt

70. Der Jogurtmarkt wurde in Toni/Säntis ebenfalls national abgegrenzt (RPW 1999/1, S. 108, Rz. 38). Der Jogurtmarkt ist - abgesehen von den Käsemärkten - der einzige vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffene Markt, in welchem seither ein nen-

nenswerter Abbau des Grenzschutzes stattgefunden hat. Die Parteien vertreten die Auffassung, dass es sich daher bei Jogurt um einen internationalen Markt handelt.

71. Der Abbau des Grenzschutzes bei Jogurts gegenüber der EU ergab sich aus der Umsetzung des "Abkommens vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der europäischen Gemeinschaft zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 in Bezug auf die Bestimmung über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse" (SR 0.632.401.23). Dieses Abkommen wird seit 1. Februar 2005 provisorisch angewandt und ist seit 1. März 2005 definitiv in Kraft. Der Zoll beträgt bei kakaohaltigen Jogurts CHF 20.30 pro 100 kg (vorher CHF 59.90) und bei aromatisierten oder mit Zusatz von Früchten versehenen Jogurts CHF 27.35 pro 100 kg (vorher CHF 100.00). Das heisst die Zollbelastung auf einem Becher Jogurt von 180 Gramm beträgt weniger als CHF 0.05. Anders als bei den anderen vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkten besteht bei Jogurts (kakaohaltig, aromatisiert oder

mit Zusatz von Früchten) somit kein nennenswerter tarifärer Grenzschutz gegenüber Importen aus der EU mehr. Ein solcher besteht bei anderen Jogurts (Nature-Jogurts) auch gegenüber der EU nach wie vor (vgl. Tabelle 2).

72. Trotz des vorgenommenen Abbaus des Grenzschutzes bestehen im Jogurtbereich zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass importierte Jogurts nennenswerte Marktanteile erobert hätten. Ein mittelgrosses Detailhandelsunternehmen führte aus, dass ein Import zwar möglich, aufgrund der mit Zollabwicklung verbundenen Umtriebe und des entstehenden Logistikaufwandes aber nicht lohnend sei. Einzig von den schweizerischen Filialen von Aldi ist bekannt, dass diese im Ausland hergestellte Jogurts im Sortiment führen. Bezogen auf den Gesamtmarkt ist die Bedeutung des Jogurtimports nach wie vor gering. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die blossе Möglichkeit, Jogurt ohne grosse Zollbelastung zu importieren, bei den Preisverhandlungen zwischen den Jogurtlieferanten und den Detailhändlern dennoch eine Rolle spielt. Gemäss Emmi ist das Unternehmen [...] gerade wegen des Abbaus des Grenzschutzes aus der Jogurtproduktion ausgestiegen.

73. Auch wenn der Jogurtmarkt aufgrund der effektiven Warenströme nach heutigem Stand als nationaler Markt zu betrachten ist, sind die Ausweichmöglichkeiten zu ausländischen Jogurtlieferanten im vorliegenden Fall dennoch zu berücksichtigen.

d) Butter

74. In Toni/Säntis wurde der Buttermarkt national abgegrenzt (RPW 1999/1, S. 109, Rz. 47). Diese Beurteilung bleibt auch unter den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen gültig. In der Botschaft zur Agrarpolitik 2002 wurde festgehalten, dass Butter nur dann eingeführt werden kann, wenn die Inlandproduktion zur Deckung der Nachfrage nicht ausreichend ist (BBI 1996 IV 1 ff.). Der Butterimport ist auf 1'100 Tonnen pro Jahr beschränkt. Der Selbstversorgungsgrad mit Butter beträgt ca. 97,5%, so dass die importierte Butter kaum einen wesentlichen Einfluss auf den inländischen Butterpreis auszuüben vermag. Importierte Butter kann (mit Ausnahme von Bio-Butter) nicht als eigenständiges Produkt vermarktet werden, sondern ist der inländischen Butter beizumischen. Die Rechtsgrundlage für die Beschränkung des Butterimports besteht in Art. 17 ff. LwG sowie in Artikel 42 LwG. Die Zollkontingentsanteile werden aufgrund einer erbrachten Inlandleistung verteilt (Art. 1 Abs. 3 und 4 der Verordnung des BLW über die Buttereinfuhr). Im Zuge der Agrarpolitik 2011 sollen die Importkontingente für Butter versteigert und dadurch einem weiteren Abnehmerkreis zugänglich gemacht werden. Dies ändert nichts daran, dass der räumlich relevante Markt nach heutigem Stand national abzugrenzen ist.

e) Magermilchpulver

75. Im Fall Toni/Säntis hielt die Weko fest, dass der Markt für Magermilchpulver aufgrund des bestehenden Grenzschutzes einen nationalen Markt darstellt (RPW 1999/1, S. 108, Rz. 39). Die Vernehmlassungsun-

terlage zur Agrarpolitik 2011 enthält auf Seite 139 diesbezüglich folgende Ausführungen: "Freie Importe von Mager- und Vollmilchpulver als so genannte Commodityprodukte, die an den günstigsten Produktionsstandorten weltweit hergestellt werden, würden den inländischen Pulvermarkt stark konkurrenzieren und indirekt die Produzentenmilchpreise beeinträchtigen. Entsprechend ist der Grenzschutz für Mager- und Vollmilchpulver seit je vergleichsweise hoch. (...) Beim Magermilchpulver ist der Grenzschutz heute so geregelt, dass Importe vollumfänglich zum Normalzollansatz (323 Fr./dt) verzollt werden müssen. Daran soll nichts geändert werden." Auf dem Markt für Magermilchpulver ist folglich weiterhin von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen.

f) Käsemärkte

76. In Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft wurden alle Käsemärkte national abgegrenzt (RPW 2003/3, S. 541 f., Rz. 66 ff.). Das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen zwischen der Schweiz und der EU vom 21. Juni 1999 (SR 0.916.026.81, nachfolgend Agrarabkommen) sieht bis ins Jahr 2007 den schrittweisen Übergang zu einer vollständigen Liberalisierung des Käsehandels vor. Ob diese Marktöffnung zum heutigen Zeitpunkt eine weitere räumliche Marktabgrenzung impliziert, kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offen gelassen werden.

II. Beschaffungsmärkte

a) Beschaffung von Rohmilch

77. Im Entscheid Toni/Säntis grenzte die Weko den Markt "Absatzmöglichkeiten für Milch" durch die Molkereien national ab (RPW 1999/1, S. 108, Rz. 40). Eine weitere geografische Marktabgrenzung kommt aufgrund der regulatorischen Rahmenbedingungen zurzeit nicht in Betracht. Eine engere geografische Marktabgrenzung erscheint aufgrund der realen Marktgegebenheiten ebenfalls nicht sachgemäss. Dies entspricht im Übrigen auch der Praxis ausländischer Wettbewerbsbehörden, die von räumlich relevanten Märkten ausgehen, die in etwa der Grösse der Schweiz entsprechen. Das Bundeskartellamt ging in seinem Entscheid vom 29. Juli 1999 in Sachen MZO Oldenburger Milch eG - Milch-Erfassung-Nordmilch eG - Nordmilch eG - Bremerland-Nordheide eG - Hansano Milchhof Niedersachsen eG davon aus, dass sich das Absatzgebiet der Erzeuger von Rohmilch an Gebieten mit einem Radius von 150km um den jeweiligen Standort orientiert. Das Office of Fair Trading ging in seinem Entscheid vom 8. September 2005 in Sachen Dairy Crest Group plc - Midlands Cooperative Society Limited von einem durchschnittlichen Radius von 100 Meilen aus, in welchem die Belieferung von Verarbeitungsbetrieben durch Milchproduzenten wirtschaftlich ist, wobei sich diese Absatzgebiete überlappen. Die EU-Kommission grenzte den britischen Milchmarkt denn auch national ab (Arla Foods/Express Dairies, 10.6.2003, COMP/M.3130). Der

Markt für die Beschaffung von Rohmilch ist somit national abzugrenzen.

b) Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm

78. Aus denselben Gründen ist der Markt "Absatzmöglichkeiten für Milch- und Sirtenrahm" national abzugrenzen.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

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

I. Absatzmärkte

a) Bisherige Entwicklung und Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkte generell

80. In den vergangenen Jahren waren im Milchsektor wesentliche Veränderungen der staatlichen Rahmenbedingungen zu verzeichnen. Zu nennen sind hierbei die Aufhebung des staatlich garantierten Milchpreises im Zuge der Agrarpolitik 2002, die Aufhebung der Milchkontingentierung im Zuge der Agrarpolitik 2007, die geplante Abschaffung von Exportsubventionen im Zuge der Agrarpolitik 2011 sowie die schrittweise Öffnung der Käsemärkte gegenüber der EU. Der Grenzschutz für Milchprodukte besteht hingegen mit einigen Ausnahmen nach wie vor (vgl. Abschnitt B.4.1.1.2.I).

81. Wie aus Tabelle 3 ersichtlich ist, ist die Produktion von Konsummilch, Rahm und Butter stagnierend bis rückläufig, während die Käseproduktion in den vergangenen Jahren gesteigert wurde. Erhöht wurde ebenfalls die Verwertung in Form von Milchpulver.

	1990/92	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Konsummilch	549'810	488'486	438'000	508'918	505'048	503'325	494'635	497'021
Rahm	68'133	66'400	70'400	67'770	67'997	68'873	63'997	63'927
Butter	38'766	40'800	37'238	36'611	41'904	42'226	40'857	40'664
Milchpulver	35'844	34'468	35'534	42'361	44'527	54'569	55'536	51'048
Käse	134'400	136'800	134'306	167'382	172'218	160'403	160'165	162'397

Tabelle 3: Produktion in t
(Quelle: Agrarberichte BLW 2001-2005 Anhang A5)

82. Wie aus den Antworten der hierzu befragten Unternehmen hervorgeht, bestehen bei der Produktion von Konsummilch, Rahm, Jogurt und Butter Überkapazitäten in der Produktion.

83. Mit den oben genannten Entwicklungen ging in der Milchbranche ein Konzentrationsprozess einher. Im Jahre 1999 erfolgte der Zusammenschluss zwischen Toni und Säntis zur Swiss Dairy Food AG (RPW 1999/1, S. 93 ff.). Nach dem Zusammenbruch von Swiss Dairy Food wurden dessen Produktionsstätten teils von Emmi (RPW 2003/3, S. 529 ff.; RPW 2003/4, S. 778 ff.; RPW 2003/4, S. 786 ff.), teils von Cremo (RPW 2003/1, S. 212) übernommen. Auch auf gewerblicher Ebene erfolgten Strukturbereinigungen. Beispielsweise verringerte sich die Zahl der Emmentaler-Käsereien zwischen 1999 und 2005 von über 500 auf rund 200 Betriebe.

84. Aus diesen Strukturveränderungen ging Emmi als mit Abstand grösster schweizerischer Milchverarbeiter mit teilweise internationaler Ausrichtung hervor. Dies zeigt sich auch aus der in den folgenden Abschnitten

dargelegten Entwicklung der Marktanteile auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten. Bei Emmi handelt es sich um ein finanzstarkes Unternehmen, das als einziger schweizerischer Milchverarbeitungsbetrieb an der Börse kotiert ist. Emmi verfügt von allen verbleibenden Milchverarbeitungsbetrieben über das breiteste Sortiment. Einige der befragten kleineren Molkereien nannten die Breite des Sortiments als wichtigen Wettbewerbsparameter bei der Belieferung des Detailhandels. In dieser Hinsicht verfügt Emmi zweifellos über Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt nur in beschränktem Umfang (z.B. bei Hochpast-Milch) zu einer Erweiterung der Produktpalette von Emmi. Die Möglichkeit des Angebots von Produktbündeln kann - insbesondere im Rahmen der Fusionskontrolle - ohnehin nicht generell als wettbewerbsbehindernd taxiert werden (vgl. hierzu Court of First Instance, T-209/01 und T-210/01, Honeywell v Commission und General Electric v Commission, 14.12.2005). Vielmehr steht ausser Frage, dass die Realisierung von Grössen- und Ver-

bundvorteilen für die in ihrer Entwicklung durch die regulatorischen Hürden lange Zeit behinderten schweizerischen Milchverarbeitungsbetriebe essenziell ist. Dies ändert nichts daran, dass die Wettbewerbskommission zu beurteilen hat, ob unter den heute und in absehbarer Zukunft geltenden regulatorischen Rahmenbedingungen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

85. Bei den Abnehmern von Molkereiprodukten im Detailhandel und in der Verarbeitungsindustrie handelt es sich zumindest teilweise um starke Unternehmen. Gibt es keine ausreichende aktuelle und potenzielle Konkurrenz, stehen auch einer mächtigen Marktgegenseite keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung. Das bedeutet, dass eine starke Marktgegenseite die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung nicht verhindern kann. Das Gegenmachtargument ist somit im Rahmen von Zusammenschlussverfahren bei der Frage, ob eine *alleinige* marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, nicht gesondert zu berücksichtigen. Eine starke Marktgegenseite kann hingegen eine *kollektiv* marktbeherrschende Stellung destabilisieren, indem sie die Unternehmen gegeneinander ausspielt. Die destabilisierende Wirkung ist gross, wenn auf der Marktgegenseite Unternehmen mit grossem Drohpotenzial anzutreffen sind.

b) Zukünftige Entwicklung der betroffenen Märkte generell

86. Bis anhin kam auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten dem Import nur eine geringe Bedeutung zu. Wichtig für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist das Ausmass der aktuellen und der künftig zu erwartenden Marktöffnung gegenüber dem Ausland.

87. Bei Produkten wie Konsummilch, Rahm und Butter sind die Möglichkeiten für Produktinnovationen beschränkt. Entscheidend ist auf diesen Märkten die Kostenführerschaft. Die Senkung der Verarbeitungskosten ist entscheidend im Hinblick auf eine mögliche Marktöffnung namentlich im Rahmen der WTO-Verhandlungen und den bilateralen Verhandlungen mit der EU. Auf dem europäischen Markt wären die schweizerische Milchproduktion und -verarbeitung unter dem aktuellen Kostenumfeld kaum wettbewerbsfähig. Andererseits erhoffen sich verschiedenen Zeitungsberichten zufolge (vgl. z.B. "Bauernzeitung" vom 8.7.2005 und 7.10.2005, "Der Bund" vom 8.7.2005) bäuerliche Kreise, zu denen die Inhaber von Molkereien wie Emmi und AZM gehören, vom Zusammenschluss ein Ende der Preiskämpfe zwischen den Molkereien. Daraus kann gefolgert werden, dass dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sowohl Effizienz fördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Motive zugrunde liegen.

88. Aus den Antworten der zum Zusammenschluss befragten Unternehmen lassen sich schwerlich einheitliche Schlüsse ziehen. So betrachten einige Abnehmer von Milchprodukten in der Verarbeitungsindustrie und im Detailhandel den Zusammenschluss als

unproblematisch, während andere durch den Zusammenschluss negative Auswirkungen auf den Wettbewerb erwarten. Aus den Antworten der Unternehmen geht hervor, dass die Unsicherheit bezüglich der Aufhebung des Grenzschutzes den (potenziellen) Wettbewerb im Milchsektor massgebend beeinflusst. In ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2005 monieren die Parteien denn auch die angebliche Asymmetrie der Blickwinkel der Wettbewerbskommission und der befragten Parteien. Während die Wettbewerbskommission von nationalen Märkten ausgeht, würden die befragten Unternehmen in ihrer strategischen Beurteilung die unmittelbar bevorstehende Grenzöffnung antizipieren. Es erscheint selbstverständlich, dass die Unternehmen die Möglichkeit eines Abbaus des Grenzschutzes in ihr Kalkül miteinbeziehen. Die Wettbewerbskommission hat sich bei der räumlichen Marktabgrenzung und bei der Beurteilung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz an die Fakten zu halten.

89. Die in Randziffer 7 erwähnte Studie von LEHMANN und GERWIG enthält folgende Schlussfolgerungen: "Die internationalen Verträge der Schweiz, die Agrarpolitik und die sich im Gang befindenden Verhandlungen führen zu einer Öffnung des Marktes für Agrarprodukte generell und für Milchprodukte im Besonderen. Diese Öffnung erlaubt einen Marktzutritt für Schweizer Firmen mit ihren Produkten in die EU, aber auch den Marktzutritt für EU Firmen in die Schweiz. Dadurch besteht ein Preisanpassungsbedarf in zahlreichen Produktkategorien. Die Unternehmen werden ihre Wettbewerbsfähigkeit soweit möglich durch Produktdifferenzierung suchen. Dies ist bei Produkten, welche über längere Zeiträume weitgehend unverändert geblieben sind und weiterhin bleiben werden, wie Trinkmilch, Butter und Rahm, nur sehr begrenzt oder kaum möglich. Die einzige Möglichkeit, um in einem sich öffnenden Markt wettbewerbsfähig zu bleiben, ist die Kosten zu senken. Dies kann und muss auf allen Positionen geschehen wie der Rohstoffbeschaffung, der Verarbeitung, der Logistik usw. Dies kann nur durch Verbesserungen der Produktivität erreicht werden. Spezialisierung und mengenmässiges Wachstum der verarbeiteten Mengen (Milch) sind hierfür - neben einer besseren Kapazitätsauslastung - der einzige Weg. Ein Distanzschutz im Zusammenhang mit der Haltbarkeit (Frischmilch, Rahm) ist in Anbetracht der geringen Transportkosten und der Nähe der grossen Verarbeitungsunternehmen nicht wirklich gegeben. Mit der Mittelland Molkerei AG (MMAG) wird ein Unternehmen gegründet, das sich darauf spezialisiert, Frischmilch für den täglichen Konsum herzustellen sowie Milchfett zu Rahm und Butter zu verarbeiten. Der Spezialisierungsgrad ist damit recht hoch und durch die zusammengeführten Mengen (Emmi Molkerei und AZM) können Grössen- und Skaleneffekte erzielt werden. Die neue Firma vereinigt somit Voraussetzungen, um sich in einem sich öffnenden Schweizer Milchmarkt besser zu behaupten. Die Schweizer Milchverarbeitungsunternehmen müssen sich laufend weiterentwickeln, um nur schon ihre heutige Marktposition zu halten, da die europäischen Unternehmen stetig Pro-

duktivitätssteigerungen realisieren. Dabei werden diese laufend neue Marktsegmente erschliessen müssen, die Produktivität der bestehenden Produktion verbessern, neue Produkte kreieren und auf die Nachfrage abstimmen. So können die Schweizerischen Unternehmen versuchen, mit den Grossen mitzuhalten und dazu beitragen, am Standort Schweiz eine wettbewerbsfähige Milchverarbeitung aufrechtzuerhalten."

90. In der Studie von LEHMANN und GERWIG wird davon ausgegangen, dass der weit gehende Abbau des Grenzschutzes unmittelbar bevorsteht. Unter der Prämisse offener Märkte kann der Analyse von LEHMANN und GERWIG im Wesentlichen zugestimmt werden. Die Wettbewerbskommission stützt ihren Entscheid auf die realen aktuellen und in Zukunft zu erwartenden Gegebenheiten. Die Wettbewerbskommission berücksichtigt in der Zusammenschlusskontrolle zukünftige Entwicklungen, die innerhalb eines absehbaren Planungshorizonts, das heisst in vielen Fällen in einer Zeitspanne von ca. zwei bis drei Jahren, liegen. Inwiefern sich diese Zeitspanne in einem konkreten Fall verlängern oder verkürzen kann, hängt von verschiedenen Faktoren ab (namentlich der Wahrscheinlichkeit mit der die zukünftigen Entwicklungen eintreten, dem Planungshorizont und der Dauerhaftigkeit der angebotenen Güter in Verbindung mit der Häufigkeit, mit welcher die Güter von der Marktgegenseite nachgefragt werden). Wie aus den nachfolgenden Ausführungen hervorgeht, bestehen zurzeit keine genügend gesicherten Anhaltspunkte für einen raschen und wirksamen Abbau des Grenzschutzes. Die in der erwähnten Studie verwendete Prämisse offener Märkte kann für das vorliegende Verfahren deshalb keine Anwendung finden.

91. Gegenüber anderen Staaten besteht der Grenzschutz nach wie vor. Die Vernehmlassungsunterlage zur AP 2011 enthält auf Seite 139 f. hierzu folgende Ausführungen: "Der Inlandmarkt für Milch und Molkereiprodukte wird heute aus einheimischer Produktion versorgt. Neben dem Distanzschutz verhindern auch hohe Einfuhrzölle ins Gewicht fallende Importe. Allerdings können im Rahmen des Teilzollkontingents Nr. 7.3 jährlich bis zu 200 Tonnen verschiedene Milchprodukte (z.B. Jogurt) eingeführt werden.¹ (...) Der Grenzschutz in diesem Bereich ist besonders für das Verhältnis zur EU bedeutungsvoll. Eine grundsätzlich erwünschte weitergehende Marktöffnung setzt voraus, dass ein für beide Seiten ausgewogener Zollabbau zwischen der Schweiz und der EU gefunden werden kann. (...) Im gegebenen Umfeld ist der Grenzschutz für Teile der Milchwirtschaft nach wie vor wichtig. Zusätzliche Marktöffnungen sind weiterhin im Rahmen von bilateralen und multilateralen Handelsvereinbarungen zu suchen. Die für die AP 2011 vorgeschlagenen Änderungen sind deshalb nicht in erster Linie eine Folge eingegangener internationaler Verpflichtungen. Vielmehr zielen sie als autonome Massnahmen darauf ab, auch im Importbereich vermehrt den Wettbewerb spielen zu lassen. Die Produktion im Inland wird nicht betroffen. Eine allgemeine Überprüfung der Grenzmassnahmen drängt

sich bei der Umsetzung der Ergebnisse der Doha-Runde auf."

92. Die folgenden Ausführungen zur Wahrscheinlichkeit, zum Zeitpunkt und zum Ausmass einer Marktöffnung basieren im Wesentlichen auf den Stellungnahmen der Parteien, des EVD, des seco und des BLW.

b1) Agrarpolitik 2011

93. Die Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011 wurde am 14. September 2005 eröffnet. Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis 16. Dezember 2005. Die Agrarpolitik beinhaltet einen Umbau der Milchmarktstützung bis 2009. Mit Ausnahme der Zulage für verkäste Milch sollen bis zu diesem Zeitpunkt alle Beihilfen und Zulagen gestrichen werden. Die Agrarpolitik 2011 beinhaltet indes keinen Abbau des Grenzschutzes. Von der Agrarpolitik 2011, deren Behandlung durch das Parlament noch bevorsteht, sind keine für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens entscheidenden Veränderungen zu erwarten. Sofern die im Zuge der Agrarpolitik 2011 vorgesehenen Veränderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen effektiv umgesetzt werden, ist davon auszugehen, dass dadurch die Voraussetzungen für eine eventuelle Marktöffnung verbessert werden. Insgesamt gesehen sind die im Zuge der Agrarpolitik 2011 zu erwartenden Veränderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens jedoch nicht relevant.

b2) Bilaterale Verhandlungen mit der EU (Evolutivklausel und Freihandelsabkommen)

94. Bei Molkereiprodukten spielt der Distanzschutz eine grössere Rolle als bei vielen anderen Agrarprodukten wie beispielsweise bei Früchten und bei Fleisch. Entscheidend für den Wettbewerb auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten ist somit die Offenheit der Märkte gegenüber der EU. Im Falle einer vollständigen Öffnung des Agrarsektors gegenüber der EU wäre das Zusammenschlussvorhaben aufgrund der Konkurrenz grosser europäischer Molkereien wahrscheinlich als unproblematisch zu beurteilen.

95. Der Käsemarkt, der vom vorliegenden Zusammenschluss nur indirekt betroffen ist, wird gegenüber der EU bis 1. Juni 2007 vollständig geöffnet. Auch bei Jogurt wurde der Grenzschutz gegenüber der EU abgebaut. Artikel 13 des Agrarabkommens enthält eine Evolutivklausel. Diese erlaubt eine einvernehmliche Weiterentwicklung des Abkommens beziehungsweise eine Erweiterung der Anwendungsbereiche durch den Gemischten Ausschuss, ohne erneute formelle Verhandlungen. Mit dem Agrarabkommen haben sich die Parteien verpflichtet, "im Rahmen ihrer Agrarpolitik und unter Berücksichtigung der

¹ Diese Importmöglichkeit fällt mengenmässig kaum ins Gewicht. Allein der schweizerische Jogurtmarkt weist ein Marktvolumen von rund 135'000 Tonnen auf (Quelle: Meldung vom 14.9.2005).

Empfindlichkeit der Agrarmärkte ihre Bemühungen fortzusetzen, um den Handel mit Agrarerzeugnissen schrittweise weiter zu liberalisieren" und "um auf der Grundlage gegenseitiger und beiderseits vorteilhafter Präferenzregelungen den weiteren Abbau von Handelshemmnissen im Agrarbereich zu beschliessen". Die EU hat basierend auf der Evolutivklausel ein Verhandlungsmandat verabschiedet, welches der Kommission erlaubt, mit Forderungen an die Schweiz heranzutreten und neue Konzessionen auszuhandeln. Die Erstellung der Forderungsliste wurde jedoch 2004 zu Gunsten der Osterweiterung zurückgestellt. Auch die Schweizer Landwirtschaft hat inzwischen bei mehreren Produkten neue Exportinteressen, die sie mittels einer eigenen Forderungsliste in diese Verhandlungen einbringen kann (Vernehmlassungsunterlage zur AP 2011, S. 56).

96. Gemäss der Pressemitteilung des Bundesrates vom 18. Januar 2006 wurden das EVD und das EDA beauftragt, einen Bericht über die Machbarkeit sowie die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile eines Freihandelsabkommens mit der EU für Landwirtschaftsprodukte zu verfassen. Ob ein Freihandelsabkommen mit der EU in absehbarer Zukunft realisiert werden kann, lässt sich somit zum aktuellen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilen. Das EVD weist in seinen Stellungnahmen vom 27. Januar 2006 und 1. März 2006 darauf hin, dass neben den wachsenden internationalen Sachzwängen und Anliegen an die Schweiz, ihre Landwirtschaft und insbesondere ihre Milchwirtschaft zu liberalisieren, auch in der Innenpolitik zunehmend Druck entstehen dürfte, analog zum Käse den Grenzschutz auch für die übrigen Milchprodukte abzubauen. Die innenpolitische Auseinandersetzung über ein Freihandelsabkommen mit der EU steht indes noch bevor und es ist denkbar, dass sich Widerstand gegen ein solches Abkommen formieren wird. So dürfte im Falle einer bevorstehenden Öffnung des Milchsektors aufgrund der bestehenden Rohstoffpreisunterschiede der Ruf nach einem Ausgleich in Form erhöhter Direktzahlungen laut werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Realisierung eines solchen Freihandelsabkommens voraussichtlich mehrere Jahre in Anspruch nehmen dürfte. Zum Vergleich: Das Agrarabkommen vom 1. Juni 1999 trat am 1. Juni 2002 in Kraft, wobei Übergangsfristen für die Marktöffnung bis 1. Juni 2007 gelten. Im Schreiben vom 1. März 2006 konkretisierte das EVD die in vorherigen Stellungnahmen abgegebenen Möglichkeiten einer Marktöffnung gegenüber der EU. Verbindliche Beschlüsse hierzu liegen indes nicht vor. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Realisierung eines Freihandelsabkommens mit der EU in absehbarer Zukunft als im Einklang mit der einschlägigen Praxis und Lehre zu unsicher erscheint, um in die Beurteilung der Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mit einbezogen zu werden (vgl. hierzu Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 242, Rz. 44; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10, Rz. 37 f., in HOMBURGER et. al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unterneh-

menszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union, 2004/C 31/03). Die Weko beschloss aufgrund der Analyse der Marktverhältnisse auf den betroffenen Märkten, dem Bundesrat hierzu eine Empfehlung gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG zu unterbreiten. Gegenstand der Empfehlung ist insbesondere die schnellst mögliche Öffnung des schweizerischen Marktes für die fraglichen Produkte gegenüber dem EU-Raum.

b3) Bilaterale Verhandlungen mit anderen Staaten (insbesondere USA)

97. Eine weitere Massnahme, die in Zukunft zu Marktöffnungen führen kann, besteht in bilateralen Freihandelsabkommen (namentlich mit den USA). Ein solches befand sich während Prüfungsverfahren auf der politischen Agenda. Ein solches Abkommen mit den USA ist in der Zwischenzeit in den Hintergrund gerückt (vgl. z.B. gemeinsame Presseerklärung des EVD und des Office of the United States Trade Representative vom 28.1.2006). Ob Abkommen mit ausser-europäischen Staaten in absehbarer Zukunft einen Einfluss auf die vom vorliegenden Zusammenschluss betroffenen Märkte zeitigen, erscheint ohnehin fraglich.

b4) WTO-Verhandlungen (Doha-Runde)

98. Ein verbesserter Marktzugang kann möglicherweise im Rahmen der WTO-Verhandlungen erreicht werden. Im Rahmen der Doha-Runde sollen beim Marktzutritt mit einem einzigen Zollsenkungsmechanismus Verbesserungen erzielt werden. Dabei sollen höhere Zölle stärker als tiefere reduziert werden. So genannte sensible Produkte sollen flexibler behandelt werden. Milchprodukte zählen zu den Produkten mit einem ausgesprochen hohen Grenzschutz, weshalb in diesem Bereich der Zollabbau prozentual stark ausfallen könnte. Zu berücksichtigen ist, dass im Rahmen der WTO-Verhandlungen bis anhin keine Abschaffung der Zölle, sondern lediglich eine deutliche Reduktion zur Diskussion stand. Genannt werden Zollsenkungen in diesem Bereich zwischen 60% und 80%. Verbindliche Aussagen darüber, ob im Rahmen der WTO-Verhandlungen effektiv ein Abbau des Grenzschutzes beschlossen werden wird, sowie der Zeitpunkt und das Ausmass eines allfälligen Abbaus, sind zurzeit nicht möglich. Fraglich erscheint indes, ob ein Abbau des Grenzschutzes gegenüber aussereuropäischen Staaten bei Molkereiprodukten relevant ist. Auch die WTO-Verhandlungen werden nichts daran ändern, dass in den folgenden Jahren ein - wenn auch reduzierter - Grenzschutz verbleibt, der zum Distanzschutz hinzukommt.

b5) Zollveredelungsverkehr

99. Ein möglicher Weg zur Öffnung der Märkte besteht im Veredelungsverkehr. Gemäss Artikel 12 und 13 des noch nicht in Kraft getretenen Zollgesetzes (ZG, SR 631.0) vom 18. März 2005 wird der aktive und

passive Veredelungsverkehr² gewährt, sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Nach der Übergangsbestimmung in Artikel 132 wird der passive Veredelungsverkehr (Verarbeitung im Ausland) für landwirtschaftliche Erzeugnisse ab 2012 auch gewährt, wenn Verarbeitungskapazitäten im Inland vorhanden sind (vgl. Vernehmlassungsunterlage zur AP 2011, S. 291). Bis zu diesem Zeitpunkt scheint es fraglich, ob das neue Zollgesetz angesichts der bestehenden Überkapazitäten den Wettbewerb in der Milchverarbeitung verstärkt. Ab 2012 dürfte der passive Veredelungsverkehr einen gewissen potenziellen Wettbewerb mit sich bringen. Ob der passive Veredelungsverkehr nach 2012 bei relativ wertschöpfungsarmen Produkten wie Milch, Rahm und Butter eine grosse Bedeutung erlangen wird, erscheint angesichts der anfallenden Logistik- und Transportkosten fraglich. Immerhin ist dokumentiert, dass hinsichtlich der Verarbeitung von Milch- und Sirtenrahm zu Butter von Seiten gewerblicher Käsereien ein Interesse am passiven Veredelungsverkehr besteht (vgl. Rz. 166).

c) Konsummilch

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	ELSA	Crema	Vallait	andere
2002	10%-20%	10%-20%	20%-30%	20%-30%		0%-10%	40%-50%
2003	10%-20%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	10%-20%	0%-10%	20%-30%
2004	10%-20%	20%-30%	30%-40%	20%-30%	10%-20%	0%-10%	20%-30%
2005	Schätzung		40%-50%				

Tabelle 4: Marktanteile Konsummilch
(Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

101. Die Molkerei Biedermann AG, Bischofzell (nachfolgend Biedermann AG) wurde im Jahr 2005 von Emmi übernommen. Die Marktanteile der Biedermann AG der Vorjahre sind in der Rubrik "andere" enthalten. Die Biedermann AG mit einem Umsatz von ca. CHF 40 Mio. war ein wichtiger Marktteilnehmer im Bereich Past-Milch (insbesondere Bio-Milch). In Tabelle 4 wurde eine Schätzung der Marktanteile von Emmi und AZM des Jahres 2005 angegeben, in der die Umsätze der Biedermann AG enthalten sind.

102. Beim grössten verbleibenden Wettbewerber ELSA Estavayer Lait SA, Estavayer-le-Lac (nachfolgend ELSA), handelt es sich um einen Produktionsbetrieb der Migros, der - ausser für den Export bestimmter Milchprodukte - ausschliesslich für Migros produziert. Migros schloss nicht aus, dass ELSA in Zukunft auch für andere Unternehmen produzieren könnte. Allerdings dürfte der Anreiz gering sein, direkte Konkurrenten im Detailhandel mit Milchprodukten zu beliefern. Mit der Crema SA, Fribourg (nachfolgend Crema), ist ein weiterer grösserer nationaler Anbieter auf dem Markt tätig. Zudem besteht ein Restwettbewerb von Seiten lokaler Molkereien. Wie die Parteien im Rahmen ihrer Argumentation zur Failing Company Defence, ausführten, sind der Konkurrenz durch kleinere Molkereien dadurch Grenzen gesetzt, dass nur

Zu erwähnen ist ebenfalls, dass die Möglichkeit des aktiven Veredelungsverkehrs für die exportierende Nahrungsmittelindustrie in Betracht kommt. Gegenstand der oben erwähnten Empfehlung war neben der generellen Marktöffnung gegenüber der EU der passive Veredelungsverkehr. Konkret wird dem Bundesrat empfohlen, sämtliche Möglichkeiten des Zollgesetzes zu nutzen, um die Hindernisse, die dem passiven Veredelungsverkehr entgegenstehen, schon vor dem 1. Januar 2012 zu beseitigen.

b6) Zwischenergebnis

100. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit in Zukunft weitere Liberalisierungsschritte im Milchsektor zu erwarten sind. Verbindliche Beschlüsse hierzu liegen - mit Ausnahme hinsichtlich des passiven Veredelungsverkehrs - noch nicht vor. Von einer unmittelbar bevorstehenden Marktöffnung kann jedenfalls nicht gesprochen werden.

grosse Molkereien wie Emmi und AZM im Bereich der Verpackungsanlagen über gewisse Technologien verfügen (vgl. Rz. 182 ff.). Zudem ist bekannt, dass Gespräche zwischen Crema, der Groupe Fédération Laitière Valaisanne Vallait, Sierre (nachfolgend Vallait), und den Laiteries Réunies, Genève (nachfolgend Laiteries Réunies), über eine Kooperation respektive Fusion im Bereich Milchproduktion (insbesondere Abfüllung von UHT-Milch) stattgefunden haben, deren Ergebnisse im Laufe des Jahres 2006 zu erwarten sind (vgl. "Bauernzeitung" vom 7.10.2005). Aus den Antworten mehrerer Unternehmen geht hervor, dass Emmi aufgrund von Grössenvorteilen und aufgrund des Angebots einer ganzen Palette von Milchprodukten im Konsummilchmarkt über die weitaus stärkste Marktstellung verfügt. Aus den Befragungen der Unternehmen geht hervor, dass auf dem Konsummilchmarkt Überkapazitäten bestehen.

² Passiver Veredelungsverkehr bedeutet, dass Ware aus dem Inland zur Veredelung ins Ausland verbracht und anschliessend reimportiert wird. Aktiver Veredelungsverkehr bedeutet, dass Ware aus dem Ausland zur Veredelung ins Inland verbracht und anschliessend reexportiert wird.

2. Potenzielle Konkurrenz

103. Die Markteintrittsbarrieren in den Konsummilchmarkt sind - zumindest bei der Past-Milch - als verhältnismässig gering einzustufen. Dies zeigt sich daran, dass zahlreiche lokale Molkereien, die kaum in der Lage sind, bedeutende Investitionen in Produktionsanlagen zu tätigen, Past-Milch produzieren. Emmi nannte nebst der Hochdorf-Gruppe und Nestlé industriell positionierte Käsereien wie zum Beispiel die

Fromalp AG, Zollikofen, als potenzielle Konkurrenten. Die in der Meldung vertretene Einschätzung, dass ein Markteintritt für keines dieser Unternehmen zurzeit in Frage kommt, wurde durch die hierzu befragten Unternehmen bestätigt. Die potenzielle Konkurrenz ist trotz der teilweise verhältnismässig tiefen Markteintrittsschranken - namentlich aufgrund der bestehenden Überkapazitäten und der Unsicherheit hinsichtlich eines Abbaus des Grenzschutzes - als gering einzustufen.

c1) Past-Milch

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	Crema	Biedermann	Milchhuus	andere
2002	10-20%	20-30%	30-40%		10-20%	0-10%	30-40%
2003	10-20%	20-30%	30-40%	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%
2004	10-20%	20-30%	30-40%	20-30%	20-30%	10-20%	0-10%
2005	Schätzung		50-60%				

Tabelle 5: Marktanteile Past-Milch
(Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

104. Auch wenn separate Märkte für Past- und UHT-Milch abgegrenzt werden, ist zu berücksichtigen, dass ein gewisser Substitutionswettbewerb zwischen diesen beiden Milchsorten besteht. Nebst Crema produzieren zahlreiche lokale Anbieter Past-Milch. Deren Milch ist zum Teil auch in den Sortimenten der Grossverteiler erhältlich. Die Parteien nannten in der Meldung stellvertretend die Molkerei Zaugg AG, Biel, deren Past-Milch im regionalen Coop-Sortiment erhältlich ist. Ein Teil der lokal ausgerichteten kleineren Molkereien schätzen ihre Wettbewerbssituation durchaus optimistisch ein. Allerdings verfügen neben Emmi und Crema nur die Schwyzer Milchhuus AG, Schwyz, über bedeutende Marktanteile. ELSA ist nicht in der Produktion von Past-Milch tätig. Zu erwähnen ist, dass die befragten kleineren Molkereien durchwegs angaben, ihre Produktion deutlich steigern zu können, sofern die Marktverhältnisse dies opportun erscheinen lassen. In Bezug auf den Gesamtmarkt

dürfte die mögliche Produktionssteigerung regionaler Molkereien aufgrund der geringen mengenmässigen Bedeutung kaum einen nennenswerten disziplinierenden Einfluss ausüben. Eine Produktionsumstellung von UHT- auf Past-Milch ist relativ einfach zu bewerkstelligen. Da UHT-Milch mit Ausnahme von ELSA von Unternehmen hergestellt wird, die ohnehin schon in der Produktion von Past-Milch tätig sind, erscheint diese Möglichkeit der Angebotsumstellung für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wenig relevant.

2. Potenzielle Konkurrenz

105. Der Eintritt in den Markt für Past-Milch ist mit relativ geringen Investitionen verbunden. Bedeutende Markteintritte auf nationaler Ebene erscheinen aufgrund der Erwägungen in Randziffer 103 dennoch unwahrscheinlich.

c2) UHT-Milch

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	ELSA	Crema	Vallait	andere
2002	10%-20%	10%-20%	20%-30%	30%-40%		10%-20%	30%-40%
2003	10%-20%	20%-30%	30%-40%	30%-40%	10%-20%	10%-20%	0%-10%
2004	10%-20%	20%-30%	40%-50%	30%-40%	10%-20%	10%-20%	0%-10%

Tabelle 6: Marktanteile UHT-Milch
(Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

106. Nach dem Zusammenschluss verbleiben drei nationale Anbieter mit nennenswerten Marktanteilen. In der Produktion von UHT-Milch bestehen bedeutende Überkapazitäten, so dass die bestehenden An-

bieter ihre Produktion bei Bedarf ausweiten könnten. Durch den Zusammenschluss wird Emmi auch in diesem Bereich klarer Marktführer.

2. Potenzielle Konkurrenz

107. Zu den in Randziffer 103 genannten Gründen hinzu kommt, dass für die Produktion von UHT-Milch bedeutende Investitionen getätigt werden müssen. Nennenswerte Markteintritte in den Markt für UHT-Milch sind nicht in den kommenden Jahren nicht zu erwarten.

c3) Hochpast-Milch

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

108. Hochpast-Milch ist ein verhältnismässig neues Produkt. Im Jahr 2004 wurde dieses nur von AZM und ELSA angeboten. Im Jahr 2005 sind auch Cremo und Vallait in diesen Markt eingetreten. Weitere Angaben zur aktuellen Konkurrenz in diesem Bereich sind aufgrund der frühen Marktphase nicht möglich.

2. Potenzielle Konkurrenz

109. Markteintritte in diesen Bereich sind in erster Linie durch Produzenten von UHT-Milch zu erwarten. Nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlusses wären alle namhaften UHT-Milchproduzenten im Markt für Hochpast-Milch vertreten, so dass von dieser Seite keine weiteren Markteintritte zu erwarten

d) Konsumrahm

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	ELSA	Cremo	Vallait	andere
2002	20%-30%	10%-20%	30%-40%	20%-30%		0%-10%	30%-40%
2003	40%-50%	10%-20%	50%-60%	20%-30%	0%-10%	0%-10%	0%-10%
2004	40%-50%	10%-20%	50%-60%	20%-30%	0%-10%	0%-10%	0%-10%

Tabelle 7: Marktanteile Konsumrahm (Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

111. Die von der Biedermann AG produzierten Mengen Konsumrahm von rund [...] kg sind in den oben aufgeführten Marktanteilen von Emmi nicht enthalten. Der Marktanteil der Biedermann AG ist mit rund [...] % für die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz auf dem Markt für Konsumrahm nicht wesentlich. Die Wettbewerbsverhältnisse sind grundsätzlich gleich zu beurteilen wie auf dem Konsummilchmarkt. Emmi würde durch den Zusammenschluss seine Stellung als klarer Leader bei der Produktion von Konsumrahm weiter ausbauen. Mit Ausnahme von ELSA erreicht kein Konkurrent zweistellige Marktanteile.

2. Potenzielle Konkurrenz

112. Als potenzielle Wettbewerber nennen die Parteien Milchpulverwerke, industrielle Grosskäsereien und Anbieter von Industrierahm. Die hierzu befragten Unternehmen bekunden indes nach eigenen Aussagen kein Interesse für einen Eintritt in den Markt für Konsumrahm. Der potenzielle Wettbewerb ist aus den gleichen Gründen wie auf dem Markt für Konsummilch als schwach einzustufen.

wären. Einzelne der befragten kleineren Molkereien schlossen einen Eintritt in den Markt für Hochpast-Milch nicht aus. Doch würden solche Markteintritte vermutlich auf einem verhältnismässig geringen mengenmässigen Niveau stattfinden.

c4) Zwischenergebnis

110. Emmi erlangt durch den Zusammenschluss auf dem Milchmarkt eine marktbeherrschende Stellung. Am deutlichsten ausgeprägt ist dies auf dem Markt für Past-Milch. Der Abstand von Emmi zu seinen nächsten Konkurrenten in diesem Bereich ist besonders deutlich. Ein weiteres Element, das für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Konsummilchmarkt spricht, ist die starke Stellung von Emmi auf den Märkten für Milchprodukte insgesamt sowie die Breite des Sortiments. Der potenzielle Wettbewerb ist als gering einzustufen. Der Restwettbewerb von Seiten lokaler Molkereien erscheint nicht ausreichend, um die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von Emmi auf dem Konsummilchmarkt zu verneinen. Diese Beurteilung gilt unabhängig davon, ob eine weite oder weniger weite sachliche Marktabgrenzung gewählt wird.

3. Zwischenergebnis

113. Die Erwägungen zum Markt für Konsummilch gelten analog für den Markt für -rahm. Es ist demzufolge erstellt, dass Emmi durch den Zusammenschluss auf dem Markt für Konsumrahm eine marktbeherrschende Stellung erlangt.

e) Jogurt

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	ELSA	Nutrilaït	andere
2002	20%-30%	0%-10%	20%-30%	30%-40%	0%-10%	30%-40%
2003	30%-40%	0%-10%	40%-50%	30%-40%	0%-10%	20%-30%
2004	40%-50%	0%-10%	40%-50%	30%-40%	0%-10%	10%-20%

Tabelle 8: Marktanteile Jogurt (Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

114. Die Marktanteile der Biedermann AG belaufen sich auf ca. [...] % und können für die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz auf dem Jogurtmarkt vernachlässigt werden. Die Marktanteilsadditionen im Bereich Jogurt sind relativ gering. Allerdings fiel durch den Zusammenschluss ein Konkurrent weg, der potenziell seine Jogurtproduktion hätte ausbauen können. Die Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Jogurtmarkt ist insgesamt jedoch als gering zu beurteilen. Anders als bei den anderen Produkten besteht bei Jogurt gegenüber dem umliegenden Ausland nur ein geringer Grenzschutz.

2. Potenzielle Konkurrenz

115. Aufgrund der potenziell bestehenden Möglichkeit der Belieferung durch ausländische Anbieter ist der Wettbewerbsdruck auf dem Jogurtmarkt stärker als auf den Märkten für Konsummilch und -rahm. Wie den Antworten der hierzu befragten Detailhändler entnommen werden kann, ist der Import von Joghurts trotz der geringen Zollbelastung mit beträchtlichen Umtrieben verbunden und wird - soweit bekannt - auch nicht in bedeutendem Umfang praktiziert. Zudem bestehen andere Gründe für die Zurückhaltung beim Joghurtimport (Sortimentskonzept, GVO-Diskussion, Verbundenheit mit schweizerischer Landwirtschaft usw.). Dennoch ist davon auszugehen, dass von der Möglichkeit des Joghurtimports eine disziplinierende Wirkung ausgeht.

3. Zwischenergebnis

116. Namentlich aufgrund des relativ geringen Grenzschutzes gegenüber der EU ist davon auszugehen, dass auf dem Jogurtmarkt durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

f) Butter

117. Butter wird einerseits als marktfähiges Produkt vermarktet, andererseits trägt Butter zum Mengenausgleich im Milchsektor bei. Die Herstellung von Butter kann ebenso wie die Produktion von Magermilchpulver der Glättung saisonaler Schwankungen dienen. Die Nachfrage nach Frischmilchprodukten und nach Käse ist relativ konstant, während bei der Milchproduktion saisonale Schwankungen zu beobachten sind. Diese Schwankungen können durch die Herstellung von haltbaren Produkten wie Butter und Milchpulver ausgeglichen werden (vgl. Agrarbericht 2002, S. 151). In der Meldung werden die Märkte für Butter und Magermilchpulver als "Entsorgungsmärkte" bezeichnet. Ungeachtet dessen, ob diese Bezeich-

nung als zutreffend erachtet wird, sei darauf hingewiesen, dass Entsorgungsmärkte vom Wettbewerb nicht ausgenommen sind (siehe z.B. Swico/Sens, RPW 2005/2, S. 251 ff.).

118. Nach Vollzug des Zusammenschlusses würde Emmi knapp hinter Cremo der zweitgrösste schweizerische Butterproduzent bleiben. Der Zusammenschluss würde somit keine alleinige marktbeherrschende Stellung von Emmi auf dem Buttermarkt begründen.

119. Es ist vielmehr zu prüfen, ob durch den Zusammenschluss eine **kollektiv marktbeherrschende Stellung** von Emmi und Cremo auf dem Buttermarkt begründet oder verstärkt würde. Für die zur Beurteilung des Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung relevanten Faktoren vergleiche Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, Rz. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, Rz. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 39; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff., Rz. 162 ff.; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 674 ff.; BRIONES, "Oligopolistic dominance, is there a common approach in different jurisdictions?" in: European Competition Law Review Vol. 16, 1995, Oligopolistic Dominance, S. 234 ff.; IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT, TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, März 2003; EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M. 190; sowie die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 41 ff.

120. Die Frage, ob durch einen Zusammenschluss auf einem dem Agrarsektor nachgelagerten Markt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet wird, wurde im oben zitierten Fall Bell/SEG (Geflügelfleischproduktion) geprüft. Im Unterschied zu Bell/SEG gilt es festzuhalten, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nicht über eine vertikal integrierte Wertschöpfungskette von der Produktion bis zum Detailhandel verfügen. Eine weit reichende vertikale Integration ist indes keineswegs eine notwendige Voraussetzung für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

1. Marktkonzentration/Marktanteile

1.1 Anzahl Marktteilnehmer

121. Die Anzahl Marktteilnehmer ist ein wichtiges Bestimmungskriterium bei der Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung. Je weniger Unternehmen auf dem relevanten Markt konkurrieren, umso eher besteht das Risiko von expliziter oder stillschweigender

der Kollusion hinsichtlich bestimmter Wettbewerbsparameter (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 12; PHILIPS, Competition policy: a game-theoretic perspective, Cambridge University Press, Cambridge 1995, S. 23; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 135, Rz. 164; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 700 f., Rz. 68).

122. Vor dem Zusammenschluss bestanden drei Marktteilnehmer mit bedeutenden Marktanteilen. Es bestehen lokale Butterproduzenten mit insgesamt gesehen allerdings marginalen Marktanteilen. Stellvertretend sei die Firma Fuchs genannt, die als einziger regionaler Butterproduzent in der BO Butter vertreten ist. Durch den Zusammenschluss wird die Zahl der Marktteilnehmer mit nennenswerten Marktanteilen (vgl. Abschnitt 1.2) auf zwei verringert. Abschnitt 3.2 enthält Angaben über allfällige neue Marktteilnehmer auf dem Buttermarkt.

1.2 Marktanteile

123. Damit von kollektiver Marktbeherrschung gesprochen werden kann, dürfte erforderlich sein, dass die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 50% bis 60% oder mehr beträgt (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 11; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 139, Rz. 189; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 701, Rz. 71).

124. Gemäss Tabelle 9 würden Emmi und Cremo nach dem Zusammenschluss zusammen ca. 99% des Buttermarktes kontrollieren. Es bestehen keine aktuellen

Wettbewerber, die einen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auf Emmi und Cremo ausüben würden. In einer späteren Stellungnahme machten die Parteien geltend, dass in den in Tabelle 9 bezifferten Marktanteilen die lokalen Butterproduzenten nicht berücksichtigt worden seien. Demnach würden die 126 lokalen Butterproduzenten insgesamt 900 - 1'000 Tonnen Butter absetzen, was einem gemeinsamen Marktanteil von rund 2% entspricht. Im Segment Vorzugsbutter erreichen die lokalen Butterproduzenten gemäss erwähnter Stellungnahme gemeinsame Marktanteile von ca. 10%. Gemäss der Praxis der EU-Kommission können kleine Marktteilnehmer ("fringe competitors") eine kollektive Marktbeherrschung ab einem gemeinsamen Marktanteil in der Grössenordnung von 20% destabilisieren (DETHMERS, Collective Dominance Under EC Merger Control - After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?, E.C.L.R., Issue 11, 2005, S. 638 ff.). Insgesamt sind die anderen aktuellen Konkurrenten zu unbedeutend, um einen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auszuüben.

125. Zu erwähnen ist, dass die Biedermann AG im Jahr 2005 eine Butterproduktionsanlage gekauft hat, welche mit der Übernahme durch Emmi auf diese überging. Dies hat keine direkten Auswirkungen auf die Marktanteile, wohl aber auf die Produktionskapazitäten von Emmi.

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	Cremo	Fuchs
2002	30%-40%	10%-20%	40%-50%	50%-60%	0%-10%
2003	30%-40%	10%-20%	40%-50%	50%-60%	0%-10%
2004	30%-40%	10%-20%	40%-50%	50%-60%	0%-10%

Tabelle 9: Marktanteile Butter (Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

2. Markttransparenz

126. Der Grad der Markttransparenz ist entscheidend für die Geschwindigkeit, mit welcher sich die Marktteilnehmer über marktrelevante Aktivitäten ihrer Konkurrenten (oder der Marktgegenseite) informieren können. Je grösser die Markttransparenz ist, desto wahrscheinlicher sind das Zustandekommen und die Stabilität von solchen Vereinbarungen (vgl. BRIONES, a.a.O., Rz. 40; NEVEN, PAPANDROPOULOS, SEABRIGHT "Trawling for Minnows. European Competition Policy and Agreements Between Firms", Center for Economic Policy Research (CEPR) 1998 S. 50; DESANTI, NAGATA, "Competitor Communications. Facilitating Practices or Invitations to Collude? An Application of Theories to Proposed Horizontal Agreements Submitted for Antitrust Review" in: Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994, S. 93 ff.; Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 244, Rz. 139; OECD Mini-Roundtable on Oligopoly. Background note by the Secretariat, 1999, DAF/CLP(99)11; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 702, Rz. 75).

127. Die Markttransparenz auf dem Buttermarkt ist als hoch einzustufen. Es sei in diesem Zusammenhang auf die Verflechtungen innerhalb der BO Butter hingewiesen (Abschnitt 6). Es bestehen veröffentlichte Statistiken über die monatlich hergestellten und verkauften Buttermengen, aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Buttersorten (www.milchstatistik.ch). Durch den Zusammenschluss würde die Markttransparenz weiter erhöht, da bei zwei annähernd gleich grossen Marktteilnehmern Rückschlüsse auf das Verhalten des jeweils anderen problemlos möglich sind.

3. Marktstabilität (Marktphase, Markteintritts-schranken und potenzieller Wettbewerb)

128. In dynamischen Märkten, in welchen Produkt- und Verfahrensinnovationen an der Tagesordnung sind, und in welchen mit Marktzutritten neuer Konkurrenten gerechnet werden muss, wird kaum ein Anreiz zu kollusivem Verhalten bestehen. Für die Unternehmen ist schlechterdings unmöglich voraussehen, wie sich die Wettbewerbsverhältnisse in Zukunft gestalten werden und ob sich eine Kollusion lohnen wird (EU-Kommission, Case No. IV/M.22 - Fuji-

tsu/Siemens, 30.3.1999, Rz. 57 f.; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 704, Rz. 81). Das Kriterium der Marktstabilität wird unter zwei Aspekten geprüft. Zunächst ist der Entwicklungsstand des definierten Marktes (Marktphase) zu betrachten. Sodann werden die Möglichkeiten des Marktzuganges im Zeitpunkt der vorherrschenden Marktphase geprüft (potenzieller Wettbewerb).

3.1 Marktphase

129. In der bisherigen Praxis (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 142 f., Rz. 206; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 704, Rz. 82) wurden die folgenden Entwicklungsstadien eines Marktes unterschieden: Experimentier-, Wachstums-, Reife-, Stagnations- und Degenerationsphase. In der Regel kann während der ersten beiden Marktphasen ein schneller und bedeutender technologischer Wandel beobachtet werden. Damit einhergehend wird auch ein starkes Wachstum der Nachfrage vermutet, was den Anreiz zum Markteintritt für neue Konkurrenten erhöht. Da während der ersten beiden Phasen die Wettbewerbsbedingungen einem ständigen Wandel unterworfen sind, kann es kaum zu einem kollusiven Verhalten kommen. In der Reifephase können Marktanteile naturgemäss nur noch zulasten von Konkurrenten gewonnen werden, was die Entstehung und Erhaltung von kollusiven Verhaltensweisen begünstigt.

130. Beim Buttermarkt handelt es sich um einen gesättigten Markt, auf welchem kaum mit nennenswerten Innovationen zu rechnen ist. In ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2005 nennen die Parteien die staatliche Milchkontingentierung als eine Ursache für fehlende Dynamik auf dem Buttermarkt. Generell sei an dieser Stelle auf den Einfluss staatlicher Interventionen hingewiesen, der auf dem Buttermarkt seit jeher sehr ausgeprägt war (Untersuchung der Kartellkommission über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Milchmarkt, VKKP Nr. 3/93). Auch wenn sich die regulatorischen Rahmenbedingungen seither geändert haben, ist nicht auszuschliessen, dass diese in Form einer Pfadabhängigkeit nach wie vor Wirkung entfalten (vgl. hierzu Lagerung von Speisekartoffeln, RPW 2005/3, S. 473, Rz. 26). Überdies kann festgehalten werden, dass der Buttermarkt einer der Märkte ist, die von den Agrarreformen 2002, 2007 und 2011 am wenigsten betroffen sind. Der Wettbewerb auf dem Buttermarkt wird massgeblich durch die Koordination innerhalb der BO Butter beeinflusst (vgl. Abschnitt 6).

131. Aus Tabelle 9 ist die Stabilität der Verteilung der Marktanteile in den vergangenen drei Jahren ersichtlich. Diese Stabilität wurde von den Parteien in ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2005 dahingehend relativiert, als innerhalb der verschiedenen Segmente des Buttermarktes signifikante Marktanteilsverschiebungen stattgefunden hätten. Zudem ergibt sich zwischen den Marktanteilen bei der Produktion und beim Verkauf eine Differenz aufgrund von Importen und von Zukäufen bei Cremo sowie aufgrund des Gewichtsverlusts bei der Produktion von entwässerter Butter. Zwar ergeben sich bei einer differenzieren

Betrachtungsweise Verschiebungen innerhalb der verschiedenen Buttersorten. Insgesamt blieben die Marktanteile in den vergangenen Jahren verhältnismässig konstant.

3.2 Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb

132. Wie weiter oben ausgeführt, besteht auf dem Buttermarkt ein unverändert hoher Grenzschutz. Die geltenden Regelungen lassen bis ins Jahr 2012 wahrscheinlich auch keinen passiven Veredelungsverkehr zu, der eine disziplinierende Wirkung zeitigen könnte. Bei der Butterproduktion bestehen Grössenvorteile. Butter ist ein Massenprodukt, das sich nur in grösseren Einheiten wirtschaftlich herstellen lässt. Aus diesem Grunde und aufgrund der voraussichtlich auch nach dem Zusammenschluss bestehenden Überkapazitäten und der Unsicherheiten hinsichtlich eines Abbaus des Grenzschutzes ist der potenzielle Wettbewerb als schwach einzustufen. Emmi nannte mehrere Unternehmen, die als potenzielle Wettbewerber in Frage kommen. Alle grösseren Unternehmen erklärten, dass ein Eintritt in den Buttermarkt für sie nicht in Frage käme.

133. Die Molkerei Fuchs führte aus, dass ein Neueinstieg in die Belieferung des Detailhandels mit Butter ohne Belieferung der Grossverteiler nicht möglich und finanziell ohnehin uninteressant sei. Hingegen könne es Sinn machen, in Zusammenarbeit mit einem Verarbeitungsbetrieb in die Butterproduktion einzusteigen. Voraussetzung hierfür sei eine eigene Rohstoffversorgung. In diesem Lichte ist der Markteintritt der Käserei Wick, Benken, in den Buttermarkt zu sehen, der anfangs 2006 erfolgen soll. Deren geplante Produktion beläuft sich auf weniger als 5% des Marktvolumens und ist nicht auf die Abdeckung des Butterbedarfs einer grossen Zahl von Abnehmern ausgerichtet. Die finanzielle Ausstattung und Diversifikation sind kaum mit Emmi und Cremo vergleichbar. Die Anstrengungen der Biedermann AG für einen Eintritt in den Buttermarkt wurden bereits im Abschnitt 1.2 erwähnt.

134. Die Parteien machen zudem geltend, der grenzüberschreitende Einkaufstourismus habe eine stark disziplinierende Wirkung. Es ist nicht auszuschliessen, dass diesem in grenznahen Regionen aufgrund der bedeutenden Preisunterschiede zum benachbarten Ausland eine gewisse Bedeutung zukommt. Aus den Marktberichten des Bundesamtes für Landwirtschaft geht indes hervor, dass bei Butter - im Gegensatz zu anderen Produkten - keine nennenswerten regionalen Preisunterschiede bestehen. Aufgrund der Beschränkungen des zollfreien Butterimports für Privatpersonen ist die Bedeutung des Einkaufstourismus im Bereich Butter insgesamt zu relativieren.

4. Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie

4.1 Interessensymmetrie

135. Ein weiterer entscheidender Faktor für die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung ist die Interessensymmetrie aller an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen bezüglich ver-

folgt Ziele und Zeithorizont (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 146 f., Rz. 146; KANTZENBACH, "Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle", Baden-Baden 1996, S. 29 ff.; JACQUEMIN, SLADE, Cartels, Collusion, and Horizontal Merger, in: SCHMALENSEE/WILLIG (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 1, 1998, Elsevier Science Ltd., S. 419 ff.; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 707, Rz. 91).

136. Emmi und Cremo haben sich dauerhaft auf dem relevanten Markt etabliert und verfügen nicht zuletzt aufgrund einer vergleichbaren Eigentümerstruktur grundsätzlich über die gleichen Interessen. Ein Unterschied könnte sich daraus ergeben, dass Emmi im Gegensatz zu Cremo an der Börse kotiert ist. Bezogen auf den Buttermarkt sind hingegen keine wesentlichen Interessenasymmetrien ersichtlich. Dies manifestiert sich nicht zuletzt in der gemeinsamen Koordination des Buttermarktes innerhalb der BO Butter.

4.2 Produktsymmetrie

137. Weisen die Produkte und Dienstleistungen der Anbieter eine starke Homogenität auf, erleichtert dies ein kollusives Verhalten, da sich die Verhaltensabstimmung auf wenige Parameter beschränken kann. Erlaubt eine Produktdifferenzierung hingegen die Aufteilung der Kunden oder der Gebiete, kann dies kollusionsfördernd wirken (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 147 f., Rz. 225 ff.; Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 244, Rz. 139; SCHERER, ROSS, Industrial Market Structure and Economic Performance, Third Edition, Boston 1990, S. 279; JACQUEMIN, SLADE, a.a.O., S. 418; KANTZENBACH, a.a.O., S. 68; Markt für Schlachtschweine Teil A, RPW 2004/3, S. 707., Rz. 93).

138. Butter ist ein homogenes Produkt, das nur in wenigen, klar definierten Produktvarianten auftritt (Koch-, Vorzugs-, Bratbutter). Die wichtigsten Buttermarken ("Floralp", "Die Butter") sind im Besitz der BO Butter, der sowohl Emmi als auch Cremo angehören. Eine Aufgabe der BO Butter besteht denn auch darin, Qualitätsunterschiede zu verhindern (vgl. Abschnitt 6).

4.3 Kostensymmetrie

139. Weisen die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen eine ähnliche Kostenstruktur auf und sind die Kostenstrukturen untereinander bekannt, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit und die Stabilität kollusiven Verhaltens (vgl. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 148, Rz. 227 ff.; KANTZENBACH, a.a.O., S. 64; BRIONES, a.a.O., Rz. 45 ff.; JACQUEMIN, SALDE, a.a.O., S. 418 f; OECD, Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by the European Commission, 1999 [DAFFE/CLP/WD(99)14]). Indikatoren für Kostensymmetrien können etwa gleich grosse und gleich bleibende Marktanteile sowie eine ungefähr gleiche Kapazitätsauslastung sein. Kostensymmetrie dürfte ebenfalls eher bei relativ homogenen Produkten gegeben sein. Auch der Grad der vertikalen Integration kann Hinweise auf Kostensymmetrien

geben (vgl. Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 402, Rz. 41; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 708, Rz. 95).

140. Die Marktanteile von Emmi und AZM einerseits und Cremo andererseits belaufen sich auf [...] % respektive [...] %. Die Marktanteilsverteilung war in den vergangenen Jahren verhältnismässig stabil. Durch den Zusammenschluss entstünde eine Symmetrie hinsichtlich der Marktanteile. Andererseits dürften die Produktionskosten aufgrund der Homogenität des Produkts und der ähnlichen Strukturen vergleichbar sein. Zudem erfolgen innerhalb der BO Butter verschiedene Massnahmen zur Koordination innerhalb des Buttermarktes, die eine Angleichung der Inputkosten zur Folge haben dürften.

5. Stellung der Marktgegenseite

141. Eine starke Stellung der Marktgegenseite reduziert die Wahrscheinlichkeit, dass es zur Kollusion kommt, da starke Unternehmen auf der Marktgegenseite die Konkurrenz unter den Anbietern oder Abnehmern spielen lassen können, was allfällige kollusive Verhaltensweisen destabilisiert (EU-Kommission, Case No. IV/M.22 - Fujitsu/Siemens, 30.3.1999, Rz. 57 und 73; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 708, Rz. 97).

142. Marktgegenseite der Butterproduzenten sind einerseits Detailhandelsunternehmen wie Migros, Coop, Denner, Carrefour usw., andererseits Verarbeitungsbetriebe wie Jowa, Mifa, Chocolat Frey, Midor (alle Migros), Hiestand, Kraft, Coop Bäckerei usw. Die genannten Unternehmen verfügen auf den von ihnen bearbeiteten Märkten durchwegs über starke Marktstellungen. Daneben bestehen selbstverständlich auch gewerbliche Abnehmer, mit einer weniger stark ausgeprägten Verhandlungsposition. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Butterbeschaffung wurde von den befragten Abnehmern teils neutral, teils negativ beurteilt. Inwieweit die starke Stellung einiger Nachfrager dazu geeignet ist, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, an der lediglich zwei Unternehmen beteiligt sind, zu destabilisieren, erscheint fraglich.

143. Mit Hilfe der Preiselastizität der (unternehmensindividuellen) Nachfrage kann der Preisspielraum eines Anbieters abgeschätzt werden. Je grösser diese Elastizität ist, desto grösser fallen die Nachfrageeffekte kleiner Preisänderungen für den einzelnen Anbieter aus. Deshalb besteht für die Anbieter ein um so grösserer Anreiz, gegen ein Parallelverhalten zu verstossen je grösser die Preiselastizität der unternehmensspezifischen Nachfrage ist (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, S. 150, Rz. 236, und die dort aufgeführten Literatur- und Praxishinweise).

144. Butter ist ein homogenes Produkt, bei welchem der Preis der wichtigste Entscheidungsfaktor der Nachfrager (Detailhandel, Verarbeitungsindustrie) ist. Mit einer kleinen Preisunterbietung dürfte es auf dem Buttermarkt grundsätzlich möglich sein, bei konstantem Marktvolumen zusätzliche Marktanteile zu gewinnen. Dieser Umstand spricht für ein mögliches Ausbrechen aus einem kollusiven Gleichgewicht. Der Angebotsumstellung sind indes gerade im Bereich der

Butterbeschaffung durch die Verarbeitungsindustrie gewisse Grenzen gesetzt, so dass ein rasches Ausweichen auf einen anderen Butterlieferanten nicht in jedem Fall ohne weiteres möglich sein dürfte. Nicht zuletzt aufgrund der hohen Markttransparenz sind die Anreize der Butterproduzenten, sich abweichend zu verhalten, gering (vgl. Abschnitt 2). Die Butterproduzenten dürften bei ihren Entscheidungen - namentlich aufgrund ihrer Verbindung zu den Milchproduzenten - einen längeren Zeithorizont im Auge haben. Die längerfristig wirkenden negativen Auswirkungen dürften die Butterproduzenten von Preisunterbietungen, die kurzfristigen Profit versprechen, abhalten. Entscheidende Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang Sanktionsmechanismen, die von der Konkurrenz im Falle eines abweichenden Verhaltens ergriffen werden könnten (vgl. Abschnitt 8).

145. Die Stellung der Marktgegenseite ist zumindest teilweise als stark einzustufen. Die Anreize zu Preisunterbietungen erscheinen demgegenüber ambivalent.

6. Verflechtungen

146. Personelle oder kapitalmässige Verflechtungen (z.B. gemeinsame Kontrolle von Gemeinschaftsunternehmen, gemeinsame Mitgliedschaft in Branchenorganisationen) auf dem relevanten Markt oder auf Drittmärkten (namentlich vor- oder nachgelagerten Märkten) unter den einem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen erhöhen die Markttransparenz und damit die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens (vgl. JACQUEMIN, SLADE, a.a.O., S. 439; sowie Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 48 ff.; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 709, Rz. 100).

147. Die BO Butter ist eine Selbsthilfeorganisation der Butterwirtschaft und der Milchproduzenten gemäss Artikel 8 Absatz LWG. Gesellschafter der BO Butter sind die Emmi Butterzentrale AG, AZM, Cremo, Molkerei Fuchs & Co. AG, Rorschach, und die SMP. Gemäss Statuten bezweckt die BO Butter eine volkswirtschaftlich möglichst effiziente Verwertung des in örtlichen Milchverwertungsstellen und industriellen Milchverarbeitungsbetrieben anfallenden Milchfettes; die kontinuierliche Belieferung des schweizerischen Marktes mit Butter; die gemeinsame Förderung des Butterabsatzes; ein gemeinsames Qualitätsmanagement; den Vollzug der ihr durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgaben; die Vertretung der schweizerischen Butterwirtschaft gegenüber Behörden und Öffentlichkeit; die Verwaltung und Verteidigung der gemeinsam genutzten Marken. Zudem betreibt die BO Butter eine zentrale Butter-Importstelle.

148. Die folgenden Aktivitäten der BO Butter waren Gegenstand einer Meldung vom 31. März 2005 gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003. 1. Butterimport: Die Gesellschafter der BO Butter verzichten zu Gunsten der gemeinsamen Butter-Importzentrale auf selbstständige Butterimporte (Art. 7 der Statuten der BO Butter). 2. Interne Ausgleichszahlungen: Soweit der Vorrat eines Gesellschafters dessen ausgewiesenen Eigenbedarf über-

steigt, ist er verpflichtet, vorerst die anderen Gesellschafter zu beliefern (Art. 9 der Statuten der BO Butter). 3. Kalkulationshilfen: Die BO Butter stellt für ihre Gesellschafter Kalkulationen (Kalkulationshilfe Preisaufbau Butter, Kalkulationshilfe Preisaufbau Ausgleichslieferungen Butter/Importbutter, Kalkulationshilfe Preisaufbau Ausgleichslieferungen Restfraktionen) zusammen, die Informationen über den Preisaufbau des Gestehungspreises verschiedener Butterarten enthalten. 4. Deklassierungspreise und -renten: Die BO Butter legt Deklassierungspreise für Milch-, Sirtenrahm und gesammelte Butter fest, welche die Verarbeiter den Lieferanten bei der Lieferung minderwertiger Ware in Abzug bringen. Die Wettbewerbskommission teilte der BO Butter mit Schreiben vom 30. Mai 2005, dass zu diesen Punkten zurzeit kein Verfahren eröffnet werde.

149. Die Auswirkungen dieser Massnahmen auf den Wettbewerb beim Butterabsatz und die kartellrechtlichen Implikationen wären allenfalls in einem separaten Verfahren abzuklären. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann festgehalten werden, dass zwischen den Mitgliedern der BO Butter weit reichende Verflechtungen bestehen. Es ist nicht auszuschliessen, dass die im Zuge der AP 2011 geplante Versteigerung der Importkontingente und die geplante Abschaffung der Verarbeitungsbeiträge einen Einfluss auf die Koordination innerhalb der BO Butter zeitigen wird. Die Beratungen zur AP 2011 im Parlament stehen indes noch aus, so dass hierzu noch keine Aussagen möglich sind.

7. Substitutionswettbewerb

150. Margarine sowie andere Pflanzenfette und -öle sind ein unvollständiges Substitut zu Butter. Während in einigen Teilbereichen eine disziplinierende Wirkung vorhanden sein dürfte, ist Butter in anderen Teilbereichen kaum mit Margarine (und anderen Pflanzenfetten und -ölen) substituierbar. Es kann nicht verneint werden, dass ein gewisser Substitutionswettbewerb besteht. Die Austauschbarkeit von Butter durch Margarine sowie andere Pflanzenfette und -öle ist indes zu wenig stark ausgeprägt, um einer kollektiven Marktbeherrschung auf dem Buttermarkt entgegen zu wirken.

8. Sanktionen

151. Damit kollusives Verhalten stabil ist, braucht es in der Regel glaubwürdige Sanktionsmechanismen, die gegen abweichende Beteiligte ergriffen werden können (Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 710 f., Rz. 104).

152. Zu beachten ist ebenfalls, dass Emmi und Cremo auf verschiedenen Märkten miteinander in Konkurrenz stehen (vgl. BERNHEIM and WHINSTON, Multimarket contact and collusive behavior, Rand Journal of Economics, Vol. 21, No. 1, Spring 1990, S. 1-26; Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 710, Rz. 104). Dieser Umstand könnte dazu führen, dass ein abweichendes Verhalten auf dem Buttermarkt zu einer entsprechenden Reaktion auf einem anderen Markt führt.

153. Der Butterkonsum ist stagnierend bis rückläufig. In der Produktion bestehen Überkapazitäten. Durch den Zusammenschluss würden diese reduziert werden. Die Auslastung von Emmi und AZM bei der Butterproduktion betrug bisher jeweils ca. [...]%. Mit dem Zusammenschluss soll eine Auslastung von ca. [...]% erreicht werden. Bei Cremo beträgt die Auslastung der Kapazitäten zur Butterproduktion ca. [...]%.

154. Es besteht demzufolge ein glaubwürdiger Mechanismus, abweichendes Verhalten zu sanktionieren. Sowohl Emmi als auch Cremo verfügen aufgrund der bestehenden Überkapazitäten über ein glaubwürdiges Drohpotenzial. Auch wenn Emmi durch den Zusammenschluss mit AZM die Überkapazitäten reduzieren würde, bestünde die Möglichkeit zur Sanktionierung auf anderen Märkten.

9. Zwischenergebnis

155. Es kann festgehalten werden, dass nach dem Zusammenschluss noch zwei Marktteilnehmer vorhanden sind, die ca. [...]% respektive [...]% Marktanteil erreichen. Abgesehen von regionalen Butterproduzenten mit geringen Marktanteilen verbleibt als grösster Konkurrent die Käserei Wick. Die Marktwirkung dieses Eintritts ist einerseits beschränkt, andererseits sind dessen Erfolgsaussichten im Voraus schwer abzuschätzen. Es herrschen weit gehende Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrien zwischen Emmi und Cremo. Aufgrund der bestehenden Überkapazitäten besteht ein glaubwürdiger Sanktionsmechanismus. Ein wesentlicher Punkt besteht zudem in den Verflechtungen innerhalb der BO Butter, durch welche die ohnehin schon hohe Markttransparenz noch weiter erhöht würde. Es trifft zu, dass die Stellung der Marktgegenseite als zum Teil stark einzustufen

g) Magermilchpulver

1. Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	Hochdorf	Nestlé	Cremo
2002	10%-20%	10%-20%	30%-40%	50%-60%	10%-20%	0%-10%
2003	20%-30%	10%-20%	30%-40%	40%-50%	10%-20%	10%-20%
2004	20%-30%	10%-20%	30%-40%	40%-50%	0%-10%	0%-10%

Tabelle 10: Marktanteile Magermilchpulver (Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

158. Klarer Marktführer bleibt auch nach Vollzug des Zusammenschlusses die Hochdorf Nutritec AG. Zudem bestehen mit Nestlé und Cremo zwei weitere Wettbewerber. Es besteht somit genügend aktuelle Konkurrenz. Es ist zu erwähnen, dass im Zuge der Agrarpolitik 2011 auch im Bereich Magermilchpulver der Abbau der Marktstützungen geplant ist, was - sofern dieser Abbau effektiv umgesetzt wird - auf diesem Markt zu einigen Veränderungen führen dürfte.

2. Potenzielle Konkurrenz

159. Der Eintritt in den Markt für Magermilchpulver erfordert bedeutende irreversible Investitionen, das heisst ist mit Sunk Costs verbunden. Markteintritte sind als wenig wahrscheinlich einzustufen. Dies ist aufgrund des wirksamen aktuellen Wettbewerbs für

fen ist. Alle anderen Faktoren sprechen hingegen dafür, dass nach dem Zusammenschluss auf dem Buttermarkt keine Anreize zu Preisunterbietungen bestehen. Die teilweise starke Marktstellung der Marktgegenseite erweist sich zur Destabilisierung der kollektiven Marktbeherrschung im vorliegenden Fall als ungenügend.

156. Die meisten der oben diskutierten kollusionsfördernden Elemente haben auch ohne den Zusammenschluss zwischen Emmi und AZM ihre Gültigkeit. Mehrere Abnehmer schätzten die Wettbewerbsintensität auf dem Buttermarkt denn auch als gering ein. Es besteht die Befürchtung, dass durch den Zusammenschluss der Wettbewerb auf dem Buttermarkt weiter geschwächt wird. Massgebend hierbei ist die Reduktion der Zahl der bedeutenden Marktteilnehmer von drei auf zwei, die Erhöhung der Symmetrie zwischen den Marktteilnehmern und die Steigerung der Markttransparenz. Die Frage, ob bereits vor dem Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung bestand, die durch den Zusammenschluss weiter verstärkt wird, oder ob die kollektiv marktbeherrschende Stellung erst durch den Zusammenschluss zwischen Emmi und AZM begründet wird, kann indes offen gelassen werden.

157. Alle Bedingungen für die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf dem Buttermarkt gemäss nationaler und internationaler Praxis (vgl. z.B. Court of First Instance, T-342/99, Airtours v Commission, 6.6.2002) sind erfüllt. Aufgrund der Erwägungen ist erstellt, dass der vorliegende Zusammenschluss mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem kollusiven Duopol im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung von Emmi und Cremo auf dem Buttermarkt führt.

das vorliegende Zusammenschlussvorhaben indes nicht weiter relevant.

3. Zwischenergebnis

160. Im Bereich Magermilchpulver kann die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden. Auch die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung liegt aufgrund der Unterschiede zwischen den beiden stärksten Unternehmen und dem Potenzial der anderen Wettbewerber auf diesem Markt nicht auf der Hand.

h) Käsemärkte

161. Emmi weist auf verschiedenen Käsemärkten Marktanteile von deutlich über 30% auf (Stand 2002, vgl. RPW 2003/3, S. 543 ff., Rz. 74 ff.). Im Fall Em-

mi/SDF Sortenkäsegeschäft wurde festgehalten, dass Anhaltspunkte für marktbeherrschende Stellungen von Emmi in den Bereichen Affinage von Hartkäse, Vertrieb von Hartkäse und Vertrieb von Schmelzkäse bestehen (RPW 2003/3, S. 546, Rz. 83 und S. 548 f., Rz. 94). AZM ist weder in der Produktion noch in der Affinage von Käse noch Käsehandel tätig. Zu beachten ist, dass durch den Zusammenschluss mit AZM ein Unternehmen verschwindet, das grundsätzlich als potenzieller Wettbewerber auf den Käsemärkten in Betracht kommt. Im 2000 hat sich AZM aus den Käsemärkten zurückgezogen. Bis zu diesem Zeitpunkt war AZM im Käsebereich in einigen Marktnischen tätig. Die einzige aktuelle Tätigkeit von AZM im Käsebereich beschränkt sich auf Logistikdienstleistungen für ein bestimmtes Detailhandelsunternehmen. AZM konzentriert sich auf relativ standardisierte Produkte wie Milch, Rahm, Butter, Jogurt und Magermilchpulver. Über Pläne für einen Wiedereintritt in den chan-

cen- und risikoreicheren Käsemarkt ist nichts bekannt. Zu berücksichtigen ist, dass sich die Wettbewerbssituation im Käsebereich aufgrund der laufenden Marktöffnung gegenüber der EU in den vergangenen Jahren verändert hat. In diesem Lichte erscheint es fraglich, ob der Wegfall der AZM als potenzieller Wettbewerber zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Käsebereich führt.

162. Indirekt betroffen sind die Käsemärkte durch die Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm für die Butterproduktion. Emmi tritt gegenüber anderen Käseproduzenten sowohl als Konkurrent als auch als Abnehmer auf. Aufgrund dieser Konstellation könnten sich zusätzliche wettbewerbsrechtliche Anknüpfungspunkte ergeben (Stichwort "Raising Rivals' Costs"). Darauf wird im Abschnitt II.a Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm eingegangen.

II. Beschaffungsmärkte

a) Beschaffung von Rohmilch

	Emmi	AZM	Emmi+AZM	Crema	Nutritec	ELSA	andere
2002	10-20%	0-10%	10-20%	0-10%	0-10%	0-10%	70-80%
2003	10-20%	0-10%	10-20%	0-10%	0-10%	0-10%	50-60%
2004	10-20%	0-10%	20-30%	0-10%	0-10%	0-10%	50-60%

Tabelle 11: Marktanteile Beschaffung von Rohmilch (Quelle: Meldung vom 14.9.2005)

163. Diese Marktanteile beziehen sich auf die gesamte Milchproduktion in der Schweiz, inkl. Milch, die unmittelbar zur Kälbermast verfüttert wird. Gemäss den Schweizer Milchproduzenten gestaltet sich die Verteilung der Anteile der Molkereien bei der Rohmilchbeschaffung folgendermassen (Stand März 2005): Emmi 28%, AZM 15%, Crema 17%, Nutritec 15%, ELSA 12%, Nestlé 4%, andere 9%. Die Unterschiede ergeben sich daraus, dass sich die Zahlen der SMP auf die in den Molkereien verarbeiteten Milchmengen bezieht, während die Angaben in der Meldung die von den Käseereien verarbeiteten Milchmengen mit einbeziehen. Es versteht sich von selbst, dass die in Tabelle 11 aufgeführten Marktanteilszahlen die Marktmacht von Emmi auf dem Beschaffungsmarkt unterschätzen. So fragt Emmi unter anderem auch Zwischenprodukte in Form von Rahm und Käse nach, was sich letztlich indirekt ebenfalls auf den Rohmilchmarkt auswirkt.

164. Der Zusammenschluss führt - zumindest in einigen Regionen - zu einer Erhöhung der Nachfragekraft von Emmi gegenüber den Milchproduzenten. Dies ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens indes nicht der entscheidende Faktor. Die Eigentümer von Emmi und AZM sind im Wesentlichen die Milchproduzenten (d.h. Zentralschweizer Milchproduzenten ZMP resp. Aargauer Milchverband AMV). Die SMP vertreten die Auffassung, dass der Zusammenschluss im Interesse der

Milchproduzenten liegt. Mit anderen Worten überwiegen nach Auffassung der SMP die angestrebten Effizienzgewinne und die mögliche Verminderung des Wettbewerbs auf Molkereistufe gegenüber einer allfälligen Erhöhung der Nachfragemacht. Inwieweit diese Einschätzung zutrifft, sei dahingestellt. Aufgrund der Ausführungen zu den Absatzmärkten für Konsummilch, -rahm und Butter kann offen gelassen werden, ob durch den Zusammenschluss auf dem Beschaffungsmarkt für Milch eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

b) Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm

165. Durch den Zusammenschluss werden die Absatzmöglichkeiten für Milch- und Sirtenrahm beeinflusst. Für Sirtenrahm bestehen keine anderen Absatzmöglichkeiten als die Belieferung von Butterproduzenten. Die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb auf dem Buttermarkt wurde bereits weiter oben analysiert.

166. Zu den Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm liegen mehrere Stellungnahmen von Fromarte vor. Fromarte vertritt ca. 600 gewerbliche Milchverarbeiter, die den bei der Käseproduktion anfallenden Milch- und Sirtenrahm an Butterproduzenten liefern. Im Schreiben vom 6. Oktober 2005 stellte Fromarte folgenden Antrag: "Wir beantragen deshalb, die Weko möge im Rahmen ihrer Untersuchung Auflagen und/oder Be-

dingungen prüfen und festlegen, die den gewerblichen Betrieben die Wahrnehmung des passiven Veredelungsverkehrs ermöglichen. Wir beantragen weiter, die Weko möge dem Bundesrat und der Zollverwaltung empfehlen, die übergangsrechtlichen Einschränkungen des passiven Veredelungsverkehrs unter dem neuen Zollgesetz grosszügig auszulegen, so dass kartellrechtlich möglicherweise nicht zu verhindernde Abhängigkeiten der gewerblichen Betriebe von Grossmolkereien über die Zollpraxis zum passiven Veredelungsverkehr gemildert werden können." Auf diese Anträge ist mangels Parteistellung von Fromarte im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten.

167. Zu diesem Punkt äusserte sich zudem eine Käseerei aus dem Kanton Graubünden, die bei der Produktion einer Sorte Halbhartkäse im Wettbewerb mit Emmi steht. Die Lieferung des bei der Käseproduktion anfallenden Rahms erfolgte bis anhin an die AZM. Die Käseerei äusserte die Befürchtung, dass sie infolge des Zusammenschlusses und aufgrund der Rolle von Emmi als Konkurrent und potenzieller Abnehmer Nachteile beim Rahmabsatz zu befürchten hätte.

168. Die Ausweichmöglichkeiten bei der Lieferung von Milch- und Sirtenrahm sind vergleichbar mit denjenigen beim Butterabsatz. Es kann somit festgehalten werden, dass allfällige Bedenken im Zusammenhang mit der Beschaffung von Milch- und Sirtenrahm bereits durch die Ausführungen zum Buttermarkt abgedeckt sind.

B.4.2 Keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten

169. Als nächstes ist zu prüfen, ob der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

170. Die Wettbewerbskommission hat bei ihrer Beurteilung eine Gesamtmarkt Betrachtung vorzunehmen. Wird durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, hat die Wettbewerbskommission zu prüfen, ob es nicht auf einem anderen Markt zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse kommt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Dabei ist zu berücksichtigen, ob es sich bei den betroffenen Märkten um dynamische oder eher stagnierende Märkte handelt. Die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem stagnierenden oder sogar schrumpfenden Markt kann durchaus mit der Stärkung des Wettbewerbs auf einem dynamischen und zukunftssträchtigen aufgewogen werden (DUCREY, in VON BÜREN, DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5 Wettbewerbsrecht, Teilbd. 2 Kartellrecht, Helbing und Lichtenhahn, 2000, S. 295.). Eine Praxis zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten wurde namentlich in den Fällen Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG (RPW 2004/2, S. 579 ff., Rz. 180 ff.) und Swissgrid (RPW 2005/2, S. 354 ff., Rz. 83 ff.) entwickelt. In letzterem Fall wurde ausgeführt,

dass eine Vereinfachung der Möglichkeit zur Stromdurchleitung den Wettbewerb auf den Märkten für Stromversorgung verbessert.

171. In ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2005 weisen die Parteien darauf hin, dass die Wettbewerbskommission gesetzlich verpflichtet sei, die Auswirkung auf benachbarte Märkte in ihre Beurteilung einzubeziehen. Die Parteien nannten die Gefahr eines Investitionsstaus und einen damit verbundenen Zusammenbruch der schweizerischen Molkereistruktur. Stark davon betroffen wären in erster Linie der Beschaffungsmarkt, indem für die schweizerische Landwirtschaft ein Absatzmarkt verloren ginge.

172. Zu prüfen ist, ob durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Beschaffungsmarkt für Rohmilch verbessert werden. Andere Märkte, auf denen eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in Frage kommt, sind nicht ersichtlich. Es trifft zu, dass die Milchproduzenten auf effiziente Verarbeitungsstrukturen angewiesen sind. Dieser Umstand dürfte mit zunehmender Marktöffnung an Bedeutung gewinnen. Unter der Prämisse, dass die Schweiz Teil eines europäischen Milchmarktes ist, würden allfällige durch den Zusammenschluss realisierte Effizienzgewinne die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Milchproduktion auf diesem Markt erhöhen. Aus folgenden Gründen ist dies für die Beurteilung einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt nicht relevant. Wie weiter oben ausführlich dargelegt wurde, ist die Prämisse unzutreffend, dass die Schweiz Teil eines europäischen Milchmarktes ist. Aus diesem Grunde lassen sich im Übrigen auch aus der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb gemäss Artikel 10 Absatz 4 KG keine Gründe für die Zulassung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ableiten. Selbst wenn die Prämisse eines europäischen Milchmarktes zutreffend wäre, würde der Zusammenschluss nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem europäischen Milchmarkt, sondern nur zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Milchbranche auf diesem Markt führen. Hier besteht ein wesentlicher Unterschied zum oben erwähnten Fall Swissgrid. Zudem kann keine Rede davon sein, dass der Beschaffungsmarkt für Milch in irgendeiner Form dynamischer wäre als die nachgelagerten Märkte. Nicht zuletzt sind keine Gründe ersichtlich, weshalb eine Untersagung des Zusammenschlusses zwischen Emmi und AZM zum Zusammenbruch der schweizerischen Molkereistruktur führen sollte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Marktöffnung im Milchsektor mit angemessenen Übergangsfristen verbunden wäre, um eine Anpassung an die neuen Verhältnisse zu ermöglichen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch den vorliegenden Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten bewirkt wird.

B.4.3 Ergebnis der Prüfung

173. Durch den Zusammenschluss wird eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter begründet. Ausschlaggebend

für diese Beurteilung ist insbesondere die Geschlossenheit der genannten Märkte gegenüber dem europäischen Ausland. Es sind keine Bedingungen oder Auflagen ersichtlich, die geeignet wären, diese Bedenken auszuräumen. Von den Parteien wurde die Möglichkeit von Bedingungen oder Auflagen ebenfalls nicht vorgebracht. Diese Beurteilung würde eigentlich zur Untersagung des Zusammenschlusses führen (Art. 10 Abs. 2 KG).

B.5 Failing Company Defence

174. Sind bei einem Zusammenschluss die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG erfüllt, kann ausnahmsweise als Rechtfertigung die Failing Company Defence angerufen werden. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines oder mehrerer der beteiligten Unternehmen können bei der materiellen Beurteilung eine wesentliche Rolle spielen, wenn der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist (fehlender Kausalzusammenhang). Entscheidend für die Anwendung der Failing Company Defence ist somit ein Vergleich der Marktergebnisse mit und ohne Zusammenschluss (NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 518 ff., Rz. 173 ff.; JACKSON, Failing Firm Defence, Competition Law Insight, Issue 1, November 2002, S. 11 ff.; sinngemäss im Entscheid der EU-Kommission vom 1.7.2002 i.S. Deloitte & Touche/Andersen (UK), COMP/M.2810).

175. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer bisherigen Praxis in fünf Fällen auf die Failing Company Defence abgestellt und die Zusammenschlüsse trotz "möglicher Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" zugelassen (Le Temps, RPW 1998/1, S. 40 ff.; Batre AG/Recymet SA, RPW 1999/1, S. 173 ff.; Ernst & Young AG/Arthur Andersen AG, RPW 2002/3, S. 469 ff.; Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft, RPW 2003/3 S. 529 ff.; NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 484 ff.).

176. Die Failing Company Defence kommt dann zum Zuge, wenn die folgenden drei Kriterien kumulativ erfüllt sind (vgl. hierzu DUCREY: in VON BÜREN, DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5 Wettbewerbsrecht, Teilbd. 2 Kartellrecht, Helbing und Lichtenhahn, 2000, S. 297 f.; OECD Roundtable on Failing Firm Defence, 1996).

1. Eines oder mehrere der beteiligten Unternehmen würden ohne externe Unterstützung innert kurzer Zeit vom Markt verschwinden.

2. Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.

3. Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

B.5.1 Verschwinden des Unternehmens innert kurzer Zeit

177. Die Failing Company Defence ist nur dann anwendbar, wenn ein Unternehmen innert kurzer Zeit aus dem Markt ausscheidet. Bei der Beurteilung wird dabei in erster Linie auf die finanzielle Situation abgestellt. So bejahte die Wettbewerbskommission in

den Fällen Le Temps, RPW 1998/1, S. 40 ff.; Batre AG/Recymet SA, RPW 1999/1, S. 173 ff.; und NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 484 ff. aufgrund der Überschuldung eines der Unternehmen die Anwendbarkeit der Failing Company Defence, während im Fall Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft, RPW 2003,3 S. 529 ff., der Konkurs von SDF unmittelbar bevorstand. Der unmittelbar bevorstehende Marktaustritt ist anhand geeigneter Dokumente zu belegen.³

178. Die Failing Company Defence wurde von den Parteien erstmals ausdrücklich und als solche anlässlich der Besprechung vom 20. Januar 2006 und in der Stellungnahme vom 25. Januar 2006 geltend gemacht. Der Meldung vom 14. September 2005 lag ein Gutachten der Visura/Binder Corporate Finance AG über die strategischen Optionen der AZM bei. Auch wenn in diesem Gutachten ein Handlungsbedarf festgestellt wurde, war zum Zeitpunkt der Meldung von Seiten der Wettbewerbskommission noch keine kurzfristige existenzielle Bedrohung der AZM zu erwarten.

179. Als Gründe für die späte Geltendmachung der Failing Company Defence nannten die Parteien den Umstand, dass zum Zeitpunkt der Meldung noch Detailverhandlungen zwischen Emmi und AZM in Gange waren und dass in der Zwischenzeit eine deutliche Verschlechterung der Perspektiven der AZM eingetreten sei. Anlässlich ihrer ausserordentlichen Plenarsitzung vom 13. Februar 2006 befand die Weko, dass noch verschiedene Fragen offen waren und räumte aus diesem Grunde den Parteien eine neue Frist zur Einreichung weiterer Unterlagen ein (vgl. Rz. 15).

180. In ihren beiden Eingaben vom 27. Februar 2006 reichten die Parteien eine ausführliche Dokumentation zur wirtschaftlichen Situation der AZM ein. Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass die AZM seit längerer Zeit in einer Liquiditätskrise steckt und dass aufgrund der jüngsten Entwicklungen der Tatbestand der Überschuldung der AZM in naher Zukunft nicht mehr abzuwenden ist. Hinzu kommt, dass in den vergangenen Monaten bedeutende Aufträge an Emmi verloren gingen. Aufgrund der fehlenden Liquidität wären die Lieferungen durch die Milchlieferanten bereits unmittelbar nach Ablauf der Prüfungsfrist teilweise eingestellt worden, was die Abwärtsspirale weiter beschleunigt hätte. Grund der Liquiditätskrise war das Problem des ungenügenden Gewinnenergiepotenzials der AZM. Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung beständen angesichts der Eigentümerstruktur der AZM nicht. Das Schreiben der Revisionsstelle der AZM, der BDO Visura, vom 23. Februar 2006 enthielt denn auch die dringende Aufforderung, die entsprechenden Massnahmen einzu-

³ Vgl. hierzu exemplarisch die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Bonn, Oktober 2000: "Für die Anwendung der Failing Company Defence reicht die blosser Behauptung, finanziell notleidend zu sein, als Nachweis nicht aus. Der unmittelbare Marktaustritt ist anhand geeigneter Dokumente nachzuweisen."

leiten. Diese Einschätzung wurde durch die Ausführungen der Hausbank der AZM (Schreiben vom 28. Februar 2006) gestützt.

181. Die schweizerische Molkereiwirtschaft befindet sich in einer Übergangsphase, die einschneidende Restrukturierungsmaßnahmen erfordert. Ausschlaggebend hierbei sind die bereits vollzogenen oder zumindest eingeleiteten Veränderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen (namentlich die Aufhebung der staatlichen Preisordnung und Milchkontingentierung und der Abbau der Milchmarktstützung) sowie die Möglichkeiten eines Grenzschutzbbaus. In diesem Zusammenhang drängen sich Parallelen zum Fall Swiss Dairy Food auf (vgl. RPW 2003/3, S. 529ff.). Es ist somit erstellt, dass ohne Zusammenschluss der unmittelbare Marktaustritt der AZM unabwendbar wäre. Die erste Bedingung für die Anwendung der Failing Company Defence ist somit erfüllt.

B.5.2 Absorption der meisten Marktanteile durch die beteiligten Unternehmen

182. Die Failing Company Defence erfordert als zweite Bedingung, dass die übrigen beteiligten Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwindenden Unternehmens absorbieren.

183. Diese Bedingung ist in der Regel dann erfüllt, wenn neben den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Wesentlichen keine anderen Unternehmen auf dem Markt aktuell tätig sind, das heisst wenn durch den Zusammenschluss quasi ein Monopol entstünde (vgl. Zusammenschlussvorhaben Batrech AG - Recymet SA, RPW 1999/1, S. 174.; NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 519 f., Rz. 181 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 9.7.1998 i.S. Kali + Salz/MDK/Treuhand, IV/M.308). In der Praxis bestehen Beispiele dafür, dass die Failing Company Defence auch in solchen Fällen Anwendung finden kann, in denen ein Restwettbewerb bestehen bleibt und daher nicht von vornherein sicher ist, wem die Marktanteile des aus dem Markt ausscheidenden Unternehmens zufallen würden. Bei der Beurteilung dieser Frage ist die Frage von Bedeutung, ob die zur Übernahme anstehenden Vermögenswerte ohne Zusammenschluss unweigerlich für den Markt verloren gingen (Emmi/SDF Sortenkäsegeschäft, RPW 2003/3, S. 548, Rz. 91; Entscheid der EU-Kommission vom 11.7.2001 i.S. BASF/Eurodiol/Pantochim, COMP/M.2314).

184. Die Parteien führen aus, dass ca. 80% der Marktanteile von AZM im Falle einer Liquidation an Emmi fallen würden. Die getätigten Abklärungen bestätigten die Richtigkeit dieser Einschätzung. Cremo als verbleibender Hauptkonkurrent ist auf die Westschweiz konzentriert, während die Kunden der AZM, die zudem alle bereits heute auch von Emmi beliefert werden, hauptsächlich in der Deutschschweiz angesiedelt sind. Zudem erscheint es wenig wahrscheinlich, dass Elsa (Migros) Konkurrenten wie Coop oder Denner beliefern wird.

185. Die Abklärungen ergaben, dass die Anlagen der AZM im Falle eines Konkurses mit einigen Ausnahmen (z.B. spezielle Butterabfüllanlagen) unweigerlich

vom Markt verschwinden. Entweder würden die Anlagen stillgelegt oder ins Ausland veräussert. Gegen eine Übernahme der Anlagen sprechen die hohen Umrüst- und Verlegungskosten sowie die Notwendigkeit zur Zusammenarbeit mit dem Anlagenproduzenten. Dies entspricht der Argumentation im Fall Robert Wiseman Dairies plc and Scottish Pride Holdings plc (Monopolies and Mergers Commission, A Report on the proposed merger, December 1996). Die Anlagen der AZM sind für kleinere Molkereien zu gross und daher uninteressant. Es erscheint deshalb als wenig wahrscheinlich, dass hierfür ein inländischer Käufer gefunden werden könnte.

186. Aufgrund der vorhandenen Produktionskapazitäten und der geografischen Lage dürften Emmi und AZM in den Bereichen Konsummilch, -rahm und Butter die engsten Wettbewerber darstellen. Hinzu kommt, dass Emmi und AZM insbesondere im Bereich der Verpackungsanlagen über Technologien verfügen, über die ihre Mitkonkurrenten, insbesondere kleinere Molkereien, nicht verfügen. So dürfte in vielen Fällen gerade für grosse Abnehmer das Ausweichen auf kleinere Molkereien kaum in Frage kommen. Belegt wird dies durch die jüngsten Marktanteilsverluste der AZM. Die Aufträge, deren die AZM verlustig ging, wurden dabei fast ohne Ausnahme von Emmi übernommen. Allenfalls könnten einzelne Abnehmer, die bisher von beiden Molkereien beliefert wurden, zwecks Vermeidung eines Klumpenrisikos alternative Lieferanten suchen. Dies dürfte jedoch unabhängig davon geschehen, ob die AZM durch Konkurs oder durch eine Übernahme von Emmi vom Markt verschwindet. Zweifellos würde Emmi im Falle eines Verschwindens der AZM vom Markt den grössten Teil der Marktanteile der AZM übernehmen. Auch die zweite Bedingung ist somit im vorliegenden Fall erfüllt.

B.5.3 Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung

187. Als dritte Bedingung fordert die Failing Company Defence, dass keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben besteht.

188. Im Fall BASF/Eurodiol/Pantochim (COMP/M.2314) entschied die EU-Kommission, dass keine wettbewerbsfreundlichere Alternative zum Zusammenschluss bestand. Grund hierfür waren befürchtete Kapazitätsengpässe und der Umstand, dass Anlagen, die einmal stillgelegt sind, nur noch schwer veräusserbar sind. Lieferengpässe sind im Fall Emmi/AZM aufgrund der bestehenden Überkapazitäten nicht zu befürchten. Wohl aber wären mit einer Stilllegung der Produktionsanlagen der AZM volkswirtschaftliche Kosten verbunden. Bei der Beurteilung der dritten Bedingung erscheint eine ökonomische Betrachtungsweise angebracht. Eine zu strikte Anwendung kann dazu führen, dass die Anlagen von ineffizienten Unternehmen weitergeführt werden (PERSSON, The Failing Firm Defense, The Journal of Industrial Economics, Vol. LIII, June 2005, No. 2, S. 175 ff.). Die folgenden Ausführungen zu möglicherweise wettbewerbsfreundlicheren Alternativen beschränken sich denn auch auf Unternehmen, die grundsätzlich in der

Lage wären, den Betrieb der Anlagen der AZM effizient weiterzuführen.

189. Als potenziell wettbewerbsfreundlichere Lösung käme einerseits ein horizontaler Zusammenschluss mit einem anderen Milchverarbeitungsbetrieb, andererseits ein vertikaler Zusammenschluss mit einem Abnehmer von Molkereiprodukten (namentlich Detailhandelsunternehmen) in Frage. Die im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen befragten Detailhandelsunternehmen äusserten einhellig ihre Ablehnung gegenüber einer vertikalen Integration in die Milchverarbeitungsindustrie. Mit einem Detailhandelsunternehmen führte AZM entsprechende Gespräche, die letztlich am Desinteresse des Detailhandelsunternehmens scheiterten. Als realistische Alternative verbliebe somit der Zusammenschluss mit einer anderen Molkerei. Die übrigen in der Schweiz ansässigen grösseren Molkereien sind teils in der Westschweiz verwurzelt und in ihrer Finanzkraft nicht mit Emmi vergleichbar oder sind bereits Bestandteil eines vertikal integrierten Unternehmens. Die Abklärungen ergaben, dass ein Zusammenschluss mit einem anderen schweizerischen Milchverarbeitungsbetrieb nicht in Betracht kommt.

190. Zuletzt bleibt somit zu prüfen, ob als Alternative zum Zusammenschluss mit Emmi ausländische Molkereien für eine (vollständige) Übernahme der AZM in Frage kommen. AZM führte Gespräche mit dem deutschen Molkereiunternehmen Müller Milch und dem niederländischen Molkereiunternehmen Campina (vgl. hierzu auch Berichte in der "Der Bund" vom 8.7.2005 und im "Schweizerbauer" vom 9.7.2005). Die Verhandlungen wurden von den ausländischen Molkereiunternehmen abgebrochen, als sich herausstellte, dass eine Übernahme der AZM respektive eine enge Kooperation mit der AZM keinen Erfolg verspricht. Unter den aktuellen wirtschaftlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen ergibt sich, dass die Übernahme der Produktionskapazitäten der AZM einem ausländischen Molkereiunternehmen nur geringe Synergieeffekte versprechen dürfte. Die Abklärungen ergaben, dass ausser Emmi keine Interessenten für eine Übernahme der AZM existieren (vgl. zum Vorhandensein potenzieller Kaufinteressenten den Entscheid des Bundeskartellamtes vom 10.3.2005 i.S. Rhön-Klinikum AG, B 10-123/04). Auch die dritte Bedingung ist somit im vorliegenden Fall erfüllt.

B.5.4 Zwischenfazit

191. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der vorliegende Zusammenschluss nicht kausal für die Veränderung der Marktstruktur ist. Aufgrund der obigen Ausführungen ergibt sich somit, dass die Voraussetzungen für die Anwendung der Failing Company Defence kumulativ erfüllt sind.

B.6 Schlussfolgerungen

192. Die Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass durch den Zusammenschluss auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung begründet wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird (Art. 10 Abs. 2 KG). Weiter haben die Abklärungen

ergeben, dass die Voraussetzungen zur Anwendung der Failing Company Defence erfüllt sind.

193. Der Zusammenschluss ist somit zuzulassen und kann vollzogen werden. Im Gegensatz zu Zusammenschlussvorhaben, die mangels Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zugelassen werden, ist im vorliegenden Fall eine Verfügung zu erlassen, um die Begründung der marktbeherrschenden Stellungen auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter festzustellen (vgl. zur Praxis im Falle der Zulassung Unternehmenszusammenschlüssen Publicitas - Gasser - Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 196 f.). Die Feststellung der Marktbeherrschung in Form einer Verfügung hat zur Folge, dass Emmi bei zukünftigen Zusammenschlüssen der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG unterliegt und dass die Preismissbrauchskontrolle gemäss Artikel 2 und 12 f. des Preisüberwachungsgesetzes (PüG, SR 942.20) unmittelbar greift. Zudem ist die Frage der Marktbeherrschung für allfällige Verfahren nach Artikel 7 KG mit möglichen Sanktionsfolgen bereits geklärt. Die Feststellung der Marktbeherrschung verbessert somit die Kontrolle über das marktbeherrschende Unternehmen Emmi und ist somit gerechtfertigt, weil bei einer Nichtanwendung der Failing Company Defence der Zusammenschluss hätte untersagt werden müssen. Die kartellrechtlichen Bedenken gegen das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stehen in engem Zusammenhang mit der Geschlossenheit der betroffenen Märkte. Aus diesem Grunde ist davon auszugehen, dass die marktbeherrschende Stellung von Emmi zumindest solange anhält, als Importe auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter aus dem europäischen Ausland rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen sind. Die Weko kann von Amtes wegen oder auf Antrag der Emmi hin - sofern sich die Marktverhältnisse entsprechend verändern sollten - die obige Feststellung der Marktbeherrschung überprüfen und allenfalls neu beurteilen.

C. Kosten

194. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher sind im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, die Verfügungsadressaten, anzusehen.

195. Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundensatz von CHF 100.- bis CHF 400.- gilt. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung).

196. Für die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32 KG wird statt der Gebühr nach Zeitaufwand eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

197. Vorliegend ist deshalb CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung sowie eine Gebühr nach Zeitaufwand für die Prüfung nach Artikel 33 KG zu erheben, wobei

für die Gebühr nach Zeitaufwand Stundenansätze von CHF 200.- respektive CHF 250.- zur Anwendung kommen.

198. Im vorliegenden Fall wurden im Rahmen der Prüfung nach Artikel 33 KG [...] Stunden zu einem Ansatz von CHF 200.- und [...] Stunden zu einem Ansatz von CHF 250.- Franken aufgewendet. Die Gebühr beträgt deshalb CHF [...], bestehend aus CHF [...] nach Zeitaufwand im Rahmen der Prüfung nach Artikel 33 KG und CHF 5'000.- Pauschalgebühr für die vorläufige Prüfung nach Artikel 32 KG.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt

a. dass die Emmi AG durch den Zusammenschluss auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG erlangt;

b. dass die marktbeherrschende Stellung der Emmi AG mindestens so lange anhält, als Importe auf den Märkten für Konsummilch, -rahm und Butter aus dem europäischen Ausland rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen sind.

2. Der Zusammenschluss zwischen Emmi und AZM (Gründung der Mittelland Molkerei AG) wird jedoch unter Anwendung der Failing Company Defence zugelassen, deren drei Bedingungen vorliegend erfüllt sind.

3. Die Weko kann von Amtes wegen oder auf Antrag der Emmi AG hin die Feststellung gemäss Ziffer 1.a. des Dispositivs überprüfen.

4. [Kosten]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

B 2.3

4. *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation*

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Mai 2006

A Sachverhalt

1. Am 4. Mai 2006 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen Swisscom Eurospot AG (Eurospot) und Core Communications Corporation (CCC) erhalten. Danach beabsichtigt Eurospot, 98% der Aktien der CCC zu erwerben. Swisscom macht in ihrem Hauptantrag geltend, dass die Frage der Meldepflicht durch die Wettbewerbskommission zu klären sei.

2. *Eurospot*, mit Sitz in Vernier (GE), bezweckt als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom Fixnet AG, welche wiederum hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG ist, insbesondere die Erbringung von Telekommunikations- und IT-Dienstleistungen in Europa, wobei der Bereich der WLAN-Technologie im Vordergrund steht. Neben ihrem Sitz in Genf verfügt Eurospot über Standorte in Grossbritannien, Spanien, Italien, Luxemburg, Österreich, Deutschland, Niederlande, Belgien und Portugal, von welchen aus den Kunden die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen erbracht werden. Hingegen unterhält Eurospot keine eigentliche Geschäftstätigkeit in der Schweiz.

3. Eurospot gehört zu Europas führenden Anbietern von drahtlosem und drahtgebundenem Breitband-Internetzugang für die Hotelindustrie und unterhält Partnerschaften mit mehr als 2'300 Hotels in Europa. Ihre Tätigkeit kann in die folgenden vier Geschäftsfelder unterteilt werden: High-Speed-Internet-Zugang in Hotels, Business Center Lösungen, Konferenzdienstleistungen und Lösungen für digitale Informationssysteme.

4. *Swisscom AG* ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Sie verfügt über fixe sowie mobile Datenübertragungsnetzwerke und bietet über ihre in der Regel zu 100% kontrollierten Gruppengesellschaften Dienstleistungen und Produkte für die mobile, die netzgebundene und die Internet Protokoll basierte Sprach- und Datenkommunikation an. Die Swisscom-Gruppe erwirtschaftet einen Jahresumsatz von rund CHF 10 Mia.

5. Zum Swisscom Konzern gehört die *Swisscom Fixnet AG*, welche Dienstleistungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung auf dem Festnetz sowohl für Endkunden als auch für Weiterverkäufer von ähnlichen Dienstleistungen anbietet.

6. CCC ist eine amerikanische Gesellschaft mit Sitz in Wilmington, Delaware, USA. Sie bietet Datenkommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen für die Hotelindustrie an. Die CCC ist ausschliesslich in Nordamerika (d.h. in den USA und in einem Hotel in Kanada) tätig.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

9. Bezüglich Eurospot ist festzuhalten, dass diese als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom Fixnet AG, welche wiederum hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG ist, mit jener personell verflochten ist und dass strategische Geschäftsentscheide im Einklang mit der Swisscom AG getroffen werden. Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Selbstständigkeit von Eurospot ist die Swisscom-Gruppe als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG anzusehen (Beschwerdeentscheid Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 30.6.2005 [Swisscom ADSL], RPW 2005/3, S. 505 ff.).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde vom meldenden Unternehmen im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

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

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

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

12. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können insbesondere sein (vgl. Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU]):

a. Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;

b. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

13. Durch den Aktienkaufvertrag mit CCC erwirbt Swisscom eine Mehrheitsbeteiligung in der Höhe von 98% des Aktienkapitals, durch welche sie die Kontrolle über die CCC erlangt.

14. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist somit als Kontrollübernahme im Sinne von Artikel 1 VKU und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.4 Meldepflicht

15. Swisscom macht in ihrem Hauptantrag geltend, dass die Frage der Meldepflicht durch die Wettbewerbskommission zu klären sei. Im Folgenden wird die Argumentation von Swisscom und die Gründe dargelegt, warum vorliegend eine Meldepflicht besteht.

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

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

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

17. Gemäss den Angaben von Swisscom erwirtschaftete CCC in der Schweiz im Jahre 2005 keinen Umsatz. Folglich sind die Umsatzschwellen von je mindestens CHF 100 Mio. nicht erreicht, womit eine Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG entfällt.

18. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet des Artikels 9 Absätze 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

19. Swisscom vertrat aus folgenden Gründen, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht der Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterliege. Zum einen habe das Zusammenschlussvorhaben keine unmittelbaren Inlandwirkungen zur Folge, weder tatsächlicher noch potenzieller Natur, weshalb die gemäss Artikel 2 Absatz 2 KG erforderlichen Auswirkungen auf den Schweizer Markt nicht gegeben seien. Weiter sei Eurospot als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen im Sinne von Artikel 3 VKU zu qualifizieren, für welches nie rechtskräftig eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden sei. Zudem betreffe der Zusammenschluss räumlich einen anderen Markt als denjenigen, für den der damaligen Telecom PTT gegenüber Marktbeherrschung rechtskräftig festgestellt wurde.

20. Aufgrund eines entsprechenden Beratungsmandats teilte das Sekretariat am 13. April 2006 Swisscom mit, dass es an der Meldepflicht des vorgesehenen Zusammenschlussvorhabens gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG aus folgenden Gründen festhalte.

21. Es stellt sich damit die Frage, ob analog zu Artikel 9 Absatz 1 KG das Auswirkungsprinzip auch in Artikel 9 Absatz 4 KG bereits konkretisiert wird. Falls die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 KG erreicht werden, geht die Rechtsprechung (BGE 127 III 219, in Sachen Rhône-Poulenc SA und Merck & Co Inc., "Merial", RPW 2001/2, S. 443) davon aus, dass die nach Artikel 2 Absatz 2 KG erforderlichen Auswirkungen in der Schweiz gegeben sind und deshalb die Meldepflicht besteht. Damit wird das Auswirkungsprinzip in den Umsatzschwellenwerten in Artikel 9 Absatz 1 KG konkretisiert. Es muss folglich nicht noch zusätzlich geprüft werden, ob Auswirkungen in der Schweiz vorliegen.

22. Zweck des speziellen Aufgreifattbestandes nach Artikel 9 Absatz 4 KG ist es, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen oder konzentrierten Märkten mit kleinen Volumen entgegenzutreten. Darüber hinaus soll die Weko gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgehen können, wenn sie kleinere Wettbewerber schlucken und wegen der Bagatellklausel in Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG keiner Meldepflicht beziehungsweise präventiven Kontrolle durch die Weko unterstehen (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in SIWR, S. 257 f.). Weiter wird mit der Meldepflicht das Prinzip der präventiven Fusionskontrolle verwirklicht. Würde man nun die Meldepflicht zusätzlich vom Nachweis einer Inlandauswirkung abhängig machen, könnte das präventive Schutzsystem nicht durchgeführt werden. Zudem ist davon auszugehen, dass ein Zusammenschluss, an dem ein in der Schweiz auf einem bestimmten Markt als marktbeherrschend beurteiltes Unternehmen beteiligt ist und der einen Markt betrifft, der diesem Markt zumindest verbunden ist, immer auch Auswirkungen auf schweizerische Wettbewerbsverhältnisse haben wird (ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen, S. 132).

23. Es kann angenommen werden, dass potenzielle Auswirkungen auf den Schweizer Markt immer dann

gegeben sind, sobald ein in der Schweiz auf einem bestimmten Markt marktbeherrschend qualifiziertes Unternehmen beteiligt ist, und dieser Zusammenschluss einen Markt betrifft, der jenem Markt mindestens verbunden ist. Vorliegend kann somit zumindest von potenziellen Auswirkungen auf den Schweizer Markt ausgegangen werden, ohne dass der Nachweis von konkreten Auswirkungen zu erbringen ist. Deshalb ist festzuhalten, dass sich analog Artikel 9 Absatz 1 KG eine zusätzliche Prüfung der Auswirkungen auf den schweizerischen Markt erübrigt, wenn die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt sind.

24. Artikel 3 Absatz 2 VKU präzisiert, dass wenn Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens ist, dieser Teil als beteiligtes Unternehmen gilt. In diesem Falle wäre Eurospot als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen im Sinne der VKU zu qualifizieren. Aus dem Wortlaut von Artikel 3 Absatz 1 VKU ist aber abzuleiten, dass die Qualifikation eines Unternehmens/Unternehmensteils als beteiligtes Unternehmen einerseits nur eine Qualifikation im Sinne der VKU darstellt, und dass sich diese Qualifikation vor allem auf die Berechnung der Grenzbeträge nach Artikel 9 Absätze 1-3 KG bezieht. Es ist somit festzuhalten, dass sich der in Artikel 9 Absatz 4 KG verwendete Unternehmensbegriff durch Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1^{bis} KG definiert und aus den nachfolgend aufgeführten Gründen nicht notwendigerweise deckungsgleich mit dem Begriff des beteiligten Unternehmens im Sinne von Artikel 3 VKU ist.

25. Wie bereits erwähnt beziehen sich die in Artikel 3 VKU enthaltenen Definitionen auf die Berechnung der Grenzbeträge nach Artikel 9 Absätze 1-3 KG. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, beteiligte Unternehmen im Sinne der VKU, namentlich Tochtergesellschaften gemäss Artikel 3 Absatz 2 VKU, als Unternehmen für die Erfüllung des Aufgreifkriteriums der Marktbeherrschung von Artikel 9 Absatz 4 KG gelten zu lassen, hätte er im ersten Satz von Artikel 3 Absatz 1 VKU nicht nur Artikel 9 Absätze 1-3 KG, sondern auch Artikel 9 Absatz 4 KG erwähnt.

26. Zweitens ist darauf hinzuweisen, dass für die Berechnung der Grenzbeträge nach Artikel 9 Absätze 1-3 KG der Umsatz einer Tochtergesellschaft (als beteiligtes Unternehmen nach Artikel 3 Absatz 2 VKU) alleine nicht genügt. Vielmehr setzt sich der Umsatz des beteiligten Unternehmens aus den Umsätzen aus seiner eigenen Geschäftstätigkeit sowie den Umsätzen der mit ihm in einer wirtschaftlichen Einheit beziehungsweise in einem Konzern verbundenen Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen) zusammen (Art. 5 VKU). Relevant für eine allfällige Meldepflicht nach Artikel 9 Absätze 1-3 KG ist somit der Umsatz des Konzerns und nicht derjenige eines Unternehmensteils. Analog ist auch für die Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG eine allfällig rechtskräftig festgestellte Marktbeherrschung des Unternehmens und nicht nur des zusammenschlusswilligen Unternehmensteils ausschlaggebend.

27. Ziel ist unter anderem zu verhindern, dass sich ein Unternehmen, für welches die Marktbeherrschung auf einem bestimmten Markt rechtskräftig festgestellt wurde, der Meldepflicht ohne weiteres entzieht. So könnte einzig zum Zweck eines Zusammenschlussvorhabens eine Tochtergesellschaft gegründet werden, um als beteiligtes Unternehmen am Zusammenschluss aufzutreten, oder das Zusammenschlussvorhaben könnte ganz allgemein so ausgestaltet werden, dass nur ein Unternehmensteil daran beteiligt wäre.

28. Schliesslich ist auf die konstante Praxis der Wettbewerbsbehörden hinzuweisen, nach welcher der Unternehmensbegriff von Artikel 9 Absatz 4 KG nie durch Artikel 3 Absatz 2 VKU definiert, und welche von Swisscom im Übrigen auch nie hinterfragt wurde.

29. Der so genannte funktionale Unternehmensbegriff nach Artikel 2 Absatz 1 KG spricht diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbstständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Zusammenfassend ist deshalb als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Artikel 9 Absatz 4 KG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 KG nicht der zusammenschlusswillige Unternehmensteil, sondern das wirtschaftlich selbstständige Unternehmen als solches (hier Swisscom AG) zu verstehen.

30. Weiter verlangt Artikel 9 Absatz 4 KG für das Vorliegen einer gestützt auf diese Bestimmung bestehenden Meldepflicht, dass ein Unternehmen am Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist, für welches auf einem in der Schweiz bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist, und dass das Zusammenschlussvorhaben diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

31. Die Wettbewerbskommission hat eine beherrschende Stellung von Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG festgestellt (PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste der Festnetztelefonie bezogen hat (RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38).

32. Unter vor- oder nachgelagerten Märkten sind Märkte zu subsumieren, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher kommen. Unter benachbarten Märkten dürfen Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft (SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, S. 340 f.).

33. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurden folgende Märkte festgelegt: Datenkommunikationsdienstleistungen und insbesondere damit verbundene High Speed Internet-Zugänge in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme. Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Markt dem Markt für Festnetztelefonie im Sinne des Entscheids PTT/Blue Window

sowie den dazugehörigen Diensten vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

34. Im Telekommunikationsbereich hat die Wettbewerbskommission für Zusammenschlüsse, an denen Swisscom beteiligt war, unter anderem in folgenden Fällen eine Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht: In Sachen Swisscom - UTA wurde für ein in einem Nachbarstaat im Telekommunikationsbereich tätiges Unternehmen die Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG ohne weiteres bejaht (RPW 1998/3, S. 412 ff.). Die Wettbewerbskommission ist im diesbezüglich vergleichbaren Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet/WLAN AG für die drahtlose Technologie Wireless Local Area Networks (WLAN) von einem der Festnetztelefonie nachgelagerten Markt ausgegangen und hat eine Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht (RPW 2003/1, S. 204 ff.). Ebenso wurde im Zusammenschluss Swisscom - Cinetrade festgestellt, dass es sich bei den Inhalten, insbesondere den Filmverwertungsrechten, um einen dem Telefoniemarkt vorgelagerten Markt handelte (RPW 2005/2, S. 363 ff.).

35. Datenkommunikationsdienstleistungen und insbesondere damit verbundene drahtlose Internet-Zugänge in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme sind somit als nachgelagerte Bereiche zur Festnetztelefonie sowie den dazu gehörigen Diensten zu qualifizieren. Dies gilt im Speziellen für Internet Zugänge via WLAN, welche auch als drahtlose Verlängerung eines breitbandfähigen Festnetzanschlusses angesehen werden können.

36. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

37. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, handelt es sich vorliegend unter dem Blickwinkel von Artikel 10 KG um ein unbedenkliches Zusammenschlussvorhaben. Da Swisscom das Zusammenschlussvorhaben gemeldet hat, entfällt damit für den von Swisscom gestellten Hauptantrag, wonach sie die Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG im vorliegenden Fall bestreiten, ein entsprechendes Feststellungsinteresse.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in vorläufiger Prüfung

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

39. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

40. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Kon-

kurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

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

B.5.1 Relevanter Markt

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

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

43. Die Marktgegenseite von Eurospot und CCC bilden vorliegend in erster Linie Hotels, Hotelketten und andere Konferenzlokalitäten.

44. Das Zusammenschlussvorhaben findet im Bereich der (Daten-)Kommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen in Hotellerie und Gastgewerbe statt. Aus Sicht der Nachfrager werden Breitband-Internetzugänge und damit zusammenhängende Dienstleistungen nachgefragt.

45. Es können dabei vier verschiedene Geschäftsfelder unterschieden werden:

- High Speed Internet-Zugang in Hotels:

Dabei wird den Hotelgästen in den Hotelzimmern und den öffentlichen Bereichen (Lobby, Restaurant, Konferenzbereich) Breitband-Internetzugang ermöglicht. Die dazu nötige Infrastruktur wird von Eurospot auf eigene Kosten installiert, wobei das Hotel am Umsatz beteiligt wird.

- Business Center Solutions:

In Hotels und vergleichbaren Lokalitäten erarbeitet Eurospot Business Center Lösungen, wodurch Geschäfts- und Urlaubsreisenden breitbandiger Internetzugang sowie die Nutzung weiterer Dienste (z.B. drucken) ermöglicht werden. Wiederum übernimmt Eurospot die Installation auf eigene Kosten und lässt das Hotel am Umsatz teilnehmen.

- Konferenzdienstleistungen:

Für Konferenzhotels und andere Konferenzlokalitäten erstellt Eurospot Kommunikationslösungen, um den Gästen und Konferenzteilnehmern den Internetzugang zu ermöglichen. Die Infrastruktur wird durch Eurospot installiert. Die Nutzung der Dienstleistungen wird entweder dem Endkunden direkt in Rechnung gestellt oder aber das Hotel respektive der Organisator der Konferenz tritt als Wiederverkäufer auf.

- Digitale Informationssysteme:

Eurospot installiert auch Infrastruktur für digitale Multimediainformationssysteme. So können Hotels ihren Gästen aktuelle Informationen und Hinweise geben, wie zum Beispiel: Werbe- und Videoclips, Event- und Konferenzinformationen, Anzeigen, personalisierte Nachrichten, Börsendaten, Wetterinformationen etc. Dafür muss der Hotelbetreiber einen monatlichen Betrag für die Bereitstellung der Hard- und Software, die Aufbereitung des Inhalts und den technischen Support bezahlen.

46. Sowohl Eurospot als auch CCC bieten Internet-Zugang mittels Nutzung der WLAN-Technologie an (Wireless Local Area Network). Dabei handelt es sich um einen mobilen (drahtlosen) Internetzugang, der mittels Funkkontakt zwischen Sendeanlagen und einem portablen PC hergestellt wird. Diese Technologie ist somit geeignet, an räumlich klar begrenzten und hochfrequentierten Orten (sog. Hotspots) Internetzugang zu gewähren (vgl. dazu Swisscom Fixnet AG/WLAN AG (RPW 2003/1, S. 207 ff.). In der folgenden Analyse der Marktstellung wird insbesondere vom Angebot des Internetzugangs mittels WLAN-Technologie ausgegangen.

47. Im Ergebnis kann jedoch eine definitive Abgrenzung der relevanten Märkte offen gelassen werden. Es muss nicht abgeklärt werden, welche Spezialdienstleistungen diesen Märkten zugeordnet werden können (z.B. Konferenzdienstleistungen). Vielmehr ist unabhängig von der vorgenommenen Marktabgrenzung festzustellen, dass sich der Zusammenschluss in jedem Fall als unbedenklich erweist.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

48. 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).

49. Es wird vorliegend abhängig von den Aktivitäten der involvierten Unternehmen von verschiedenen nationalen räumlich relevanten Märkten ausgegangen. Insbesondere werden die schweizerischen Verhältnisse betrachtet.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den Märkten

50. Als betroffene, einer eingehenden Analyse zu unterziehenden Märkte werden diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte bezeichnet, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. Bst. d VKU). Diese Märkte werden auch als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet. Wo diese Schwellen

nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In diesem Fall erübrigen sich weitergehende Abklärungen.

51. Die nachfolgenden Angaben zu den Marktanteilen in der Schweiz zeigen, dass keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen. Das Angebot im Bereich des "Public Wireless LAN" ist gemäss Angaben von Swisscom in der Schweiz sehr fragmentiert, darum sind auch nur sehr beschränkt Angaben vorhanden. Die von den meldenden Unternehmen gemachten Angaben aus dem Jahr 2005 beruhen auf verschiedenen Quellen (u.a. interne Angaben der beteiligten Unternehmen, Schätzungen).

	<i>Swisscom</i>	<i>CCC</i>	<i>Total</i>
<i>Umsatz in CHF</i>	[...]	-	[...]
<i>Anzahl Hotspots</i>	927	-	927

52. Nach Schätzungen von Swisscom sind folgende Public WLAN Anbieter die Hauptkonkurrenten, und zwar in dieser Reihenfolge: sunrise, Orange und Cablecom. Orange und Cablecom bieten ihre diesbezüglichen Dienstleistungen gemäss eigenen Aussagen je über 1'000 Hotspots an. Sie kooperieren diesbezüglich unter anderem mit Monsoon Networks AG, Regensdorf, und The Public Networks (TPN) als Betreiber der Hotspots.

53. Aufgrund der Tatsache, dass CCC keine Geschäftstätigkeiten auf dem Schweizer Markt ausübt, das heisst in der Schweiz gegenüber Endkunden keine Waren verkauft respektive Dienstleistungen erbringt, und auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens eine solche Tätigkeit zurzeit nicht geplant ist, resultieren aus dem Zusammenschluss keine Marktanteilsadditionen. Aus dem gleichen Grund kann generell festgehalten werden, dass sich durch den Zusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz nicht ändern werden. Der in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU aufgeführte Schwellenwert wird damit nicht überschritten. Vorliegend kann somit von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.5.3 Ergebnis

Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. Cablecom GmbH/Swisscom AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission

Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2005-3) vom 15. Februar 2006 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 10.3.2005) gegen Swisscom AG (Beschwerdegegnerin 1), CT Cinetrade AG (Beschwerdegegnerin 2), Wettbewerbskommission (Vorinstanz) betreffend Unternehmenszusammenschluss

Es hat sich ergeben:

A. Die Swisscom AG ist im Bereich der Telekommunikation tätig. Sie betreibt ein fixes und ein mobiles Telefonnetzwerk und bietet Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telekommunikation, Datenübertragung und Internet an.

Die CT Cinetrade AG erwirbt und verwaltet Beteiligungen an Unternehmen aller Art, insbesondere aus den Bereichen Kultur, Information, Unterhaltung, Kino und Video. Sie umfasst den Pay TV-Anbieter Teleclub, die KITAG Kino Theater AG sowie den Homevideo-Anbieter PlazaVista. Die Teleclub AG ist die führende Pay TV-Anbieterin in der Schweiz und verbreitet ihr Angebot sowohl über Kabelfernsehen als auch über Satellit.

Mit Medienmitteilung vom 24. September 2004 kündigte die Swisscom AG an, dass sie 49% der Aktien der CT Cinetrade AG übernehme und damit einen wichtigen Zugang zu Medien-Know-how für das Multimedia-Geschäft erhalte. Swisscom könne in den kommenden Jahren die Beteiligung an der Cinetrade AG weiter erhöhen. Die Transaktion bedürfe noch der Zustimmung der Behörden. Im Mittelpunkt der strategischen Partnerschaft stehe für Swisscom das so genannte Triple Play: die mittelfristige Ergänzung der Kernaktivitäten Telefonie und Internet mit Fernsehen über Breitband-Internet.

Am 25. Oktober 2004 meldete die Swisscom AG der Wettbewerbskommission, dass sie beabsichtige, eine Minderheitsbeteiligung an der CT Cinetrade AG und später die Kontrolle über diese zu erwerben.

Die Wettbewerbskommission entschied am 22. November 2004, den Beteiligungserwerb von Swisscom an Cinetrade einer vertieften Prüfung gemäss Artikel 33 des Kartellgesetzes zu unterziehen; sie veröffentlichte die Einleitung des Prüfungsverfahrens des Unternehmenszusammenschlusses im Bundesblatt vom 14. Dezember 2004 (BBl 2004 VI 7089).

Am 14. Dezember 2004 reichte die Cablecom GmbH bei der Wettbewerbskommission eine Stellungnahme zum gemeldeten Unternehmenszusammenschluss ein. Am 16. Dezember 2004 fand eine Anhörung statt, an

welcher Vertreter des Sekretariats der Wettbewerbskommission, der Swisscom AG, der CT Cinetrade AG, der Cablecom GmbH sowie vom Verband Swisscable teilnahmen.

Mit Medienmitteilung vom 10. März 2005 gab die Wettbewerbskommission bekannt, dass sie den Beteiligungserwerb von Swisscom an der Filmrechtevermarkterin Cinetrade am 7. März 2005 ohne Auflagen zugelassen habe. Die Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung hätten sich in einer vertieften Prüfung nicht bestätigt. Die Prüfung habe ergeben, dass aus dem Zusammenschluss weder im Pay TV-Markt noch im Markt für die Beschaffung von Erstausstrahlungsrechten an Film- und Sportsendungen (sog. Premium Content) eine marktbeherrschende Stellung resultiere, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne.

B. Dagegen erhob die Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin), vertreten durch die Rechtsanwälte [...] und [...], am 10. März 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die von der Wettbewerbskommission erteilte Zulassung des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens aufzuheben;
2. es sei das Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade zu untersagen;
3. eventuell: es sei das Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade nur unter der Bedingung zuzulassen, dass Swisscom/Cinetrade bestehende Exklusivklauseln oder Klauseln mit gleicher wirtschaftlicher Wirkung mit Inhaltenanbietern gegenüber ihren Vertragspartnern für ungültig und sich mit der Auflage einverstanden erklären, beim Abschluss von zukünftigen Verträgen mit Inhaltenanbietern auf den Abschluss von Exklusivklauseln oder Klauseln mit einer wirtschaftlich gleichen Wirkung zu verzichten.

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchgegnerinnen beziehungsweise der Vorinstanz."

Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Erlass verschiedener vorsorglicher Massnahmen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, beim Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 handle es sich um eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren.

Sie sei zur Beschwerde berechtigt. Dass sie im Verfahren vor der Wettbewerbskommission nicht als Partei anerkannt werde, habe keinen Einfluss auf ihre Beschwerdelegitimation. Bei der Bestimmung im Kartellgesetz, wonach im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die beteiligten Unternehmen Parteirechte haben, handle es sich um eine Sondervorschrift, welche als Abweichung vom Grundsatz der allgemeinen Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes einen klar definierten Bereich des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission betreffe. Diese Regel dürfe in keinem Fall auf Verfahrensbereiche übertragen werden, die von dieser Norm nicht ausdrücklich angesprochen würden. Diese Sondervorschrift sei daher restriktiv auszulegen. Sie berühre auch fundamentale Rechtsansprüche der betroffenen Dritten und greife in deren verfassungsmässig geschützte Verfahrensgarantien ein. Da das Verwaltungsverfahrensgesetz für die Beschwerdelegitimation nicht an die Parteieigenschaft anknüpfe, könne nicht ausschlaggebend sein, ob sie im Verfahren vor der Wettbewerbskommission als Partei angesehen werde. Für die Beschwerdelegitimation massgeblich sei nicht die formale Parteistellung, sondern die Betroffenheit und das schutzwürdige Interesse. Sie verfüge über ein solches schutzwürdiges Interesse sowie eine spezifische, qualifizierte Beziehungsnähe, wie sie das Bundesgericht voraussetze. Sie sei nicht nur Konkurrentin der beteiligten Unternehmen des Zusammenschlussvorhabens, sondern auch Vertragspartnerin der Tochtergesellschaft Teleclub AG des an der Fusion beteiligten Unternehmens CT Cinetrade AG, weshalb sie befürchten müsse, ihre bisherige Marktposition werde durch den Zusammenschluss mit ihrem wichtigsten Vertragspartner und Konkurrenten massiv beeinträchtigt. Ferner weist sie darauf hin, dass auch im EG-Kartellrecht die Beschwerdelegitimation Dritter in Fusionsfällen anerkannt werde.

Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht vor, aus welchen Gründen ihrer Ansicht nach die von der Wettbewerbskommission genehmigte strategische Partnerschaft zwischen der Swisscom und der Cinetrade zu marktbeherrschenden Stellungen und/oder zu deren Verstärkung und schliesslich zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führe.

C. Mit Stellungnahme vom 4. April 2005 führt die Wettbewerbskommission aus, sowohl die Beschwerde als auch das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen seien nicht zulässig, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Sie weist darauf hin, dass es sich bei der Zulassung eines Zusammenschlussvorhabens ohne Bedingungen und Auflagen nicht um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes handle. Zudem verfügten Konkurrenten im Zusammenschlussverfahren nicht über Parteistellung und somit auch nicht über ein Beschwerderecht.

Mit Eingaben vom 14. April 2005 beantragen die Beschwerdegegnerinnen, auf die Beschwerde sowie das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten, eventualiter seien diese vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung führen sie aus, bei der Mitteilung der Wettbe-

werbskommission handle es sich nicht um eine anfechtbare Verfügung. Im Weiteren sei die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert, denn mit dem Ausschluss der Parteistellung Dritter gemäss Artikel 43 Absatz 4 des Kartellgesetzes sei zwingend auch die Verweigerung der Beschwerdelegitimation verbunden.

D. Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2005 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, entzog der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und beschränkte das Verfahren auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen.

Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 2. Mai 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Mit Präsidialverfügung vom 11. Mai 2005 wurde der Vollzug des Unternehmenszusammenschlusses vorerst superprovisorisch untersagt. Mit Verfügung vom 16. Juni 2005 lehnte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen und um aufschiebende Wirkung ab. Zudem setzte er der Beschwerdeführerin eine Frist, um sich zum weiteren Verlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens zu äussern.

Am 8. Juli 2005 zog die Beschwerdeführerin die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurück. Mit Verfügung vom 11. Juli 2005 wurde der Rechtsstreit als erledigt erklärt und vom Geschäftsverzeichnis des Bundesgerichts abgeschrieben.

E. Mit Schreiben vom 8. Juli 2005 hielt die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in der Hauptsache fest.

Am 17. August 2005 beantragte die Beschwerdeführerin die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Mit Verfügung vom 26. August 2005 setzte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin eine Frist, um sich zur Frage der Eintretensvoraussetzungen vernehmen zu lassen.

In ihrer Replik vom 22. September 2005 beantragt die Beschwerdeführerin Folgendes:

- "1. Es sei auf die Verwaltungsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 10. März 2005 einzutreten;
 2. es sei die Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen aufzuheben und ein weiterer Schriftenwechsel in materieller Hinsicht anzuordnen;
 3. es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren;
 4. es sei die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsbeschwerde vom 10. März 2005 wieder herzustellen;
- unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 beziehungsweise der Vorinstanz."

Es sei nicht einzusehen, weshalb die Zulassung eines Zusammenschlussvorhabens - im Gegensatz zur Untersagung oder Zulassung mit Bedingungen und Aufla-

gen - nicht als Verfügung zu qualifizieren sei. Die Beschneidung verfassungsmässig geschützter Verfahrensrechte von Drittbetroffenen könne nicht von der willkürlichen Entscheidung, ob Auflagen oder Bedingungen erlassen werden, abhängig gemacht werden. Ansonsten könnten sowohl die Wettbewerbskommission als auch die beteiligten Unternehmen Drittbetroffene ihrer Verfahrensrechte berauben, indem auf Auflagen oder Bedingungen verzichtet beziehungsweise diese durch informelle Zusagen ersetzt würden.

Bezüglich ihrer Beschwerdelegitimation bringt sie vor, diese richte sich nach Artikel 48 Buchstabe a des Verwaltungsverfahrensgesetzes und nicht nach Artikel 43 Absatz 4 des Kartellgesetzes. Letztere Bestimmung sei auf das Untersuchungsverfahren beschränkt. Ein genereller Ausschluss des Beschwerderechts sei aus rechtsstaatlicher Sicht unzulässig. Die Verweigerung des Beschwerderechts eines betroffenen Konkurrenten widerspreche dem in Artikel 29 der Bundesverfassung verankerten Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung und dem in Artikel 36 der Bundesverfassung enthaltenen Grundsatz, wonach Einschränkungen von Grundrechten einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürften. Die Verweigerung der Beschwerdelegitimation verletze im Weiteren auch Artikel 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) in Verbindung mit Artikel 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) sowie ihren aus Artikel 6 Ziffer 1 EMRK folgenden Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung.

Im Weiteren kritisiert die Beschwerdeführerin im Einzelnen die vom Bundesgericht im Entscheid in Sachen Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. vertretene Auffassung bezüglich der Beschwerdelegitimation Dritter. Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, der genannte Bundesgerichtsentscheid könne nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, da sowohl der Sachverhalt als auch die Verfahrensgeschichte und die Materie massgebliche Unterschiede aufwiesen, welche sich auf die Qualifikation der Beschwerdelegitimation im Sinne von Artikel 48 Buchstabe a VwVG auswirkten.

F. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2005 verzichtete die Wettbewerbskommission auf eine Duplik und verwies auf die Argumentation des Bundesgerichts im Entscheid in Sachen Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.

Mit Duplik vom 11. November 2005 hielt die Beschwerdegegnerin 2 vollumfänglich an den Anträgen ihrer Beschwerdeantwort vom 14. April 2005 fest. Zur Begründung führt sie aus, die Unbedenklichkeitserklärung der Wettbewerbskommission stelle nach der klaren und aktuellen Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen keine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes dar. Die Beschwerdeführerin sei im Weiteren gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Beschwerde legitimiert. Artikel 43 Absatz 4 des Kartellgesetzes definiere den Kreis der Parteien und Beschwerdeberechtigten nicht nur für das Verfahren vor der Wettbewerbskommission, sondern generell im Fusionskontrollverfahren.

In ihrer Duplik vom 14. November 2005 beantragt die Beschwerdegegnerin 1, die Anträge der Beschwerdeführerin seien abzuweisen und verweist auf die Ausführungen in ihrer Stellungnahme vom 14. April 2005. Ergänzend führt sie aus, das Bundesgericht habe in seinem Urteil in Sachen Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. rechtskräftig entschieden, dass Artikel 43 Absatz 4 KG nicht nur die Parteirechte vor der Wettbewerbskommission, sondern auch die Beschwerdelegitimation einschränke. Ausser den beteiligten Unternehmen sei niemand zur Beschwerde legitimiert. Im Weiteren bestünden weder in Bezug auf den Sachverhalt, noch auf die Verfahrensgeschichte und die Materie relevante Unterschiede zum erwähnten Urteil des Bundesgerichts.

G. Am 24. November 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Verfahrensbeteiligten mit, dass von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

Mit Eingabe vom 29. November 2005 führt die Beschwerdeführerin aus, sie sei zur Beschwerde legitimiert und habe gemäss Artikel 6 Ziffer 1 EMRK ein Anrecht auf eine öffentliche Verhandlung, auf welche sie indessen verzichte.

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

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BGE 130 I 312 E. 1; 129 I 173 E. 1; 128 II 13 E. 1a je mit Hinweisen; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73 f.).

Im Verwaltungsverfahren steht der Rechtsweg denjenigen natürlichen und juristischen Personen offen, die legitimiert sind, Verfügungen nach Artikel 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren anzufechten (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021, vgl. auch Art. 44 und 48 VwVG). Nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Beschwerdeführerin zur Verwaltungsbeschwerde legitimiert ist (vgl. E. 3). Im Weiteren ist fraglich, ob es sich beim angefochtenen Akt der Wettbewerbskommission um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG handelt (vgl. E. 4).

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmenszusammenschluss gilt: a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen; b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG). Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern gewisse Schwellenwerte überschritten werden (vgl. Art. 9 Abs. 1-3 KG). Unter der Marginalie "Beurteilung von Zusammenschlüssen" bestimmt Artikel 10 Absätze 1 und 2 KG, dass meldepflichtige Zusammenschlüsse der Prüfung durch die Wettbewerbskommission unterliegen, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben. Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss: a. eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann; und b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

Das Verfahren betreffend die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wird in Artikel 32 ff. geregelt: Wird ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet (Art. 9), so entscheidet die Wettbewerbskommission, ob eine Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (Art. 32 Abs. 1 KG). Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt (Art. 32 Abs. 2 KG). Beschliesst die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung, so veröffentlicht das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses und gibt die Frist bekannt, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können (Art. 33 Abs. 1 KG). Zu Beginn der Prüfung entscheidet die Wettbewerbskommission, ob der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann oder aufgeschoben bleibt (Art. 33 Abs. 2 KG). Sie führt die Prüfung innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 33 Abs. 3 KG). Trifft die Wettbewerbskommission innerhalb der in Artikel 33 Absatz 3 genannten Frist keine Entscheidung, so gilt der Zusammenschluss als zugelassen, es

sei denn, die Wettbewerbskommission stelle mit einer Verfügung fest, dass sie bei der Prüfung durch Umstände gehindert worden ist, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 34 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG). Artikel 43 Absatz 4 KG bestimmt, dass im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die beteiligten Unternehmen Parteirechte haben. Als beteiligte Unternehmen im Sinne der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) gelten: a. bei der Fusion: die fusionierenden Unternehmen; b. bei der Erlangung der Kontrolle: die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 VKU).

3. Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob die Beschwerdeführerin zur Verwaltungsbeschwerde legitimiert ist.

3.1 Artikel 43 KG regelt die "Beteiligung Dritter an der Untersuchung". Absatz 1 dieser Bestimmung nennt die Kategorien der (natürlichen und juristischen) Personen, die sich an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligen können, währenddem sich Absatz 4 auf die Beteiligung im Fusionskontrollverfahren bezieht. Der Wortlaut von Artikel 43 Absatz 4 KG ist klar: "nur" (französisch: "seules"; italienisch: "sole") die beteiligten Unternehmen haben im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen Parteirechte. In diesem Sinne hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Entscheid vom 17. November 2003 in Sachen A. erkannt, Artikel 43 Absatz 4 KG zähle in abschliessender Weise die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren auf und bilde eine *lex specialis*, die - entsprechend dem Verweis von Artikel 39 KG - Artikel 6 VwVG vorgehe (vgl. REKO/WEF FB/2003-14 E. 3.2, publiziert in: RPW/DPC 2003/4, S. 899 ff.). Mit andern Worten hätten Dritte in Fusionskontrollverfahren keine Parteirechte und es stehe ihnen nur das Recht zu, zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung zu nehmen (vgl. Art. 33 Abs. 1 KG und Art. 19 VKU; BGE 124 II 499 E. 3a mit Hinweisen auf die Lehre). In diesem Punkt ist der Gesetzgeber vom europäischen Recht abgewichen (vgl. KARL HOFSTETTER/RETO SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: SJZ 93 [1997], S. 127).

Es steht im vorliegenden Fall fest, dass die Beschwerdeführerin nicht ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen ist und im Zusammenschlussverfahren keine Parteistellung hatte.

3.2. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission verfügt die Beschwerdeführerin nicht über die Beschwerdebefugnis, weil Dritte in Zusammenschlussverfahren keine Parteistellung haben.

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, die Beschwerdelegitimation richte sich nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG und nicht nach Artikel 43 Absatz 4 KG. Letztere Bestimmung sei auf das Verfahren vor der Wettbewerbskommission beschränkt. Da das Ver-

waltungsverfahrensrecht für die Beschwerdelegitimation nicht an die Parteieigenschaft anknüpfen, könne es nicht ausschlaggebend sein, ob sie im Verfahren vor der Wettbewerbskommission als Partei angesehen werde. Für die Beschwerdelegitimation massgeblich seien die Betroffenheit und das schutzwürdige Interesse. Sie erfülle die Voraussetzungen, die an eine Konkurrentenbeschwerde gestellt würden.

Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sind dagegen der Ansicht, dass mit der Verweigerung der Parteistellung im Verfahren vor der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 43 Abs. 4 KG) zwingend auch die Verweigerung der Beschwerdelegitimation verbunden sei. Mit der Ausweitung der Beschwerdeberechtigung auf Konkurrenten würde diesen ansonsten ein effizientes Mittel in die Hand gegeben, um Zusammenschlüsse anderer Unternehmen zu verhindern oder massiv zu verzögern, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche.

3.3. Sowohl das Bundesgericht als auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen haben bis vor kurzem die Frage offen gelassen, ob bezüglich der Beschwerdelegitimation Dritter Artikel 43 Absatz 4 KG dem Artikel 48 Buchstabe a VwVG vorgehe (BGE 124 II 499; REKO/WEF 97/FB-006 E. 4, publiziert in: RPW/DPC 1998/1, S. 112 ff.; vgl. CHRISTIAN BOVET, *Premières expériences dans le contrôle des concentrations*, in: *Journée du droit de la concurrence 1998*, Zürich 1999, S. 81).

In ihrem Entscheid vom 15. Juli 2004 in Sachen *Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.* (REKO/WEF FB/2003-13, publiziert in: RPW/DPC 2004/3, S. 922 ff., E. 5 ff.) hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nun eingehend mit dieser Frage, welche in der Lehre kontrovers ist (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 5.2 mit Hinweisen) befasst und untersucht, ob mit dem Ausschluss Dritter im Verfahren vor der Wettbewerbskommission gleichzeitig auch der Abschluss der Beschwerdelegitimation verbunden sei oder ob die von der Mehrheit der Lehre befürwortete restriktive Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG - dass dieser nur für das Verfahren vor der Wettbewerbskommission gelte und sich die Beschwerdelegitimation Dritter nach Artikel 48 VwVG richte - mit dem im Kartellgesetz vorgesehenen System vereinbar sei. Sie kam aufgrund der Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG zum Schluss, dass die Anwendung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG, wonach für die Beschwerdelegitimation von Konkurrenten eine "Beziehungsnähe" mit dem Streitgegenstand und eine "spürbare Verschlechterung" der wirtschaftlichen Position vorausgesetzt werde, hier nicht in Betracht falle, da dies nicht mit dem vom Gesetzgeber aufgestellten System vereinbar wäre (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 5.4.3). Sie erwog, für die Untersuchung der spürbaren Verschlechterung müsste man sich auf eine zukünftige Ermittlung des Wettbewerbs nach der Realisierung des Zusammenschlusses stützen. Für die Beantwortung der Frage, ob sich Konkurrenten in einer besonders engen Beziehung mit dem Streitgegenstand befinden, müsste zwangsläufig das Kriterium des relevanten Marktes im Auge behalten wer-

den. Sowohl bei der Bestimmung des relevanten Marktes als auch der Voraussage des zukünftigen Wettbewerbs handle es sich um Grundsatzfragen. Die Anwendung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG hätte für die Rechtspflege daher unweigerlich zur Folge, dass diese schon im Stadium der Eintretensfrage Grundsatzfragen diskutieren müsse - die in der Doktrin oft kontrovers seien -, was zu einer beträchtlichen Verlängerung des Verfahrens der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen führen würde. Der Gesetzgeber habe die Aufstellung eines Kontrollsystems von Unternehmenszusammenschlüssen jedoch unter der Voraussetzung akzeptiert, dass die Bürokratie maximal reduziert und ein einfaches und schnelles Verfahren gesichert werde (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 5.4.3 mit Hinweisen).

Da das schweizerische Recht im Unterschied zum europäischen Recht Unternehmenszusammenschlüsse nicht unter eine Bewilligungspflicht stelle (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 3.1), schwächte die Anwendung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG auch die vom Gesetzgeber gesetzte Kohärenz des Systems und führte zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit. Artikel 43 Absatz 4 KG hingegen zeichne im Verfahren der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen von Anfang an klar auf, wem Parteistellung zukomme und wer zur Beschwerde legitimiert sei, was dem vom Gesetzgeber gewollten Erfordernis der Einfachheit und Beschleunigung entspreche.

3.4. Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht im Urteil vom 14. Juni 2005 in Sachen *Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.* (BGE 131 II 497 E. 5.4 f.) bestätigt. Das Bundesgericht kam aufgrund einer historischen und teleologischen Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG zum Schluss, dass diese Bestimmung Artikel 48 VwVG vorgehe. Es führte präzisierend aus, würde die Beschwerdelegitimation Dritter gegen Unternehmenszusammenschlüsse, welche der Meldepflicht unterstehen, anerkannt, so wäre die vom Gesetzgeber gewollte Beschleunigung im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen in hohem Masse gefährdet, da die Beschwerde eines einzelnen Konkurrenten geeignet wäre, die Dauer in schwer voraussehbarer Weise beträchtlich zu verlängern. Denn die Beschwerde habe aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 55 VwVG), und ein Entzug käme nur bei von vornherein aussichtslosen Beschwerden in Betracht (vgl. BGE 131 II 497 E. 5.4 mit Hinweisen). Im Übrigen befände man sich in einem Verfahren, welches vom Gesetzgeber so nicht gewollt wurde, in dem Sinne, dass Dritte, denen bis zu diesem Zeitpunkt die Parteirechte aufgrund von Artikel 43 Absatz 4 KG entzogen wurden, diese zum ersten Mal vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geltend machen könnten. Die wirkliche Auseinandersetzung mit der Streitsache würde so im Beschwerdeverfahren stattfinden, mit all seinen Nachteilen, welche diese mit sich führe. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen müsste gegebenenfalls die erforderlichen Instruktionen selber vornehmen oder aber die Sache an die untere Instanz zurückweisen, damit diese die nötigen Instruktionsmassnahmen treffe, was zu einer zusätzlichen Verlängerung des Verfahrens führ-

te. Eine solche Rückweisung sei im Übrigen die Regel, wenn die vorzunehmenden Untersuchungen eine gewisse Tiefe oder spezifische Schwierigkeiten aufwiesen. Im Falle des Eintretens auf eine Beschwerde eines Dritten und der Zurückweisung der Akten an die Wettbewerbskommission zur Vornahme der nötigen Instruktionen und Fällung eines neuen Entscheids, führte dieses System zumindest zu einer unbefriedigenden Situation in dem Sinne, als der betroffene Dritte (der Recht bekommen hat) erneut seiner Parteirechte im Sinne von Artikel 43 Absatz 4 KG beraubt würde (BGE 131 II 497 E. 5.4).

Folglich rechtfertige sich eine extensive Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG. Trotz seines Wortlautes führe diese Bestimmung nicht nur zum Entzug der Parteirechte Dritter während des Untersuchungsverfahrens, sondern hindere sie ebenfalls, gegen einen von der Wettbewerbskommission gebilligten Zusammenschluss Beschwerde zu führen.

Die Beschwerdeführerin werde jedoch nicht jeden Mittels beraubt, um sich gegen allfällige Missbräuche ihres Konkurrenten zu verteidigen. Im Falle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (unzulässige Wettbewerbsabreden oder Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 5 ff. KG) könne sie namentlich die Sache bei der zuständigen Behörde anzeigen. Sie habe zwar keinen Anspruch auf die Eröffnung einer amtlichen Untersuchung; wenn eine Untersuchung jedoch eröffnet worden sei, könne sie daran teilnehmen und all ihre Parteirechte ausüben (vgl. Art. 43 Abs. 1 bis 3 KG; BGE 130 II 521). Andererseits verfüge die Beschwerdeführerin vor allem über alle Mittel des Privat- und des Zivilprozessrechts, die ihr das Kartellrecht zur Verfügung stelle (vgl. Art. 12 ff. KG; BGE 131 II 497 E. 5.5).

Aus dieser klaren Rechtsprechung folgt, dass sich die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach sich die Beschwerdelegitimation nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG richte und die Voraussetzungen der Konkurrentenbeschwerde in ihrem Fall erfüllt seien, als unbehelflich erweisen. Denn es kommt nicht darauf an, ob ein Konkurrent eine besondere Betroffenheit durch den Zusammenschluss nachweisen kann, da im Rahmen der Fusionskontrollverfahren sich die Beschwerdelegitimation ausschliesslich nach Artikel 43 Absatz 4 KG beurteilt. Demnach sind im Rahmen der Fusionskontrolle nur die beteiligten Unternehmen - jedoch nicht Konkurrenten - beschwerdelegitimiert.

Im Übrigen kann auch der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach der vorgenannte Entscheid des Bundesgerichts nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne, da sowohl der Sachverhalt als auch die Verfahrensgeschichte und die Materie massgebliche Unterschiede aufwiesen, welche sich auf die Qualifikation der Beschwerdelegitimation im Sinne von Artikel 48 Buchstabe a VwVG auswirkten, nicht gefolgt werden. Wie dargelegt, richtet sich die Beschwerdelegitimation nicht nach dieser Bestimmung, weshalb es nicht auf die Konstellation des Einzelfalles ankommt.

3.5. Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, ein genereller Ausschluss des Beschwerderechts sei aus rechtsstaatlicher Sicht unzulässig. Die Verweigerung des Beschwerderechts eines betroffenen Konkurrenten widerspreche dem Grundsatz der gleichen und gerechten verfahrensmässigen Behandlung, wie er in Artikel 29 Absatz 1 der Bundesverfassung ausdrücklich statuiert sei. Der Ausschluss Dritter von der Beschwerdelegitimation verletze auch den in Artikel 36 der Bundesverfassung enthaltenen Grundsatz, wonach Einschränkungen von Grundrechten einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürften.

Gemäss Artikel 191 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sind Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Die in den Bundesgesetzen enthaltenen Bestimmungen müssen angewendet werden, selbst wenn sie der Verfassung widersprechen sollten. Sie sind aber verfassungskonform auszulegen, soweit ein Auslegungsspielraum besteht (BGE 128 I 254 E. 3.8.1; 126 IV 236 E. 4b; 116 Ia 359 E. 5c; 115 II 129 E. 6). Allerdings darf der klare Sinn einer Gesetzesnorm nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden (BGE 128 V 20 E. 3a; 126 V 93 E. 4b; 121 V 352 E. 5; 117 V 318 E. 2a; 116 V 212 E. II/2b; 111 V 357 E. 3b; 109 Ia 273 E. 12c; 105 Ib 122 E. 3).

Nach Artikel 29 Absatz 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Diese Bestimmung beinhaltet unter anderem das Verbot der Rechtsverweigerung. Dieses gewährleistet den Anspruch auf Zugang zur Justiz (Gerichte oder Verwaltungsbehörden). Dieser Anspruch ist verletzt, wenn ein Anspruch auf ein Verfahren besteht und die Behörde sich weigert, dieses trotz des Begehrens eines Berechtigten "anhand zu nehmen und zu behandeln" (REINHOLD HOTZ, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2002, Art. 29 BV, Rz. 10 mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 495 mit Hinweisen). Die Verfahrensgarantien von Artikel 29 BV stehen jedoch nicht Dritten ohne Parteistellung zu (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.8; BGE 129 I 290 E. 5).

Wie dargelegt, folgt aus der spezialgesetzlichen Regelung von Artikel 43 Absatz 4 KG, die aufgrund von Artikel 39 KG den allgemeinen Bestimmungen des VwVG vorgeht, dass Dritte in Fusionskontrollverfahren keine Parteirechte haben und nach dem klaren Sinn dieser Bestimmung auch nicht zur Beschwerde legitimiert sind. Sie können daher keine Rechtsverweigerung rügen.

Im Weiteren ist auch die Anrufung von Artikel 36 BV unbehelflich. Artikel 36 BV zählt die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten auf und ist im Wesentlichen auf Freiheitsrechte zugeschnitten (vgl. BGE 129 I 12 E. 6.2). Bei den in Artikel 36 verankerten Grundsätzen handelt es sich nicht um eigenständige verfassungsmässige Rechte. Ihre Verletzung kann daher nicht selbstständig geltend gemacht werden, sondern nur im

Zusammenhang mit verfassungsmässigen Individualrechten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10.4.2003 in Sachen X. AG [1P.434/2002] E. 4.2.1, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch sowie RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, S. 153 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 364, S. 75; BBI 1997 I S. 194). Es ist vorliegend indessen nicht ersichtlich, auf welches verfassungsmässige Freiheitsrecht sich die Beschwerdeführerin beruft. Sie macht im Zusammenhang mit Artikel 36 BV nur eine Verletzung der Verfahrensgarantien von Artikel 29 BV geltend, welche ihr aber, wie dargelegt, in diesem Verfahren nicht zustehen.

3.6. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Verweigerung der Beschwerdelegitimation verletze ihren aus Artikel 6 Ziffer 1 EMRK folgenden Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens. Ein Drittbetroffener müsse sich gegen eine Verfügung wehren können, sofern sie sich für ihn unmittelbar und direkt auswirke.

Weiter rügt sie auch eine Verletzung von Artikel 10 EMRK (Freiheit der Meinungsäusserung) in Verbindung mit Artikel 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde). Dazu führt sie aus, grundsätzlich normiere Artikel 10 EMRK Abwehransprüche gegen staatliche Eingriffe in die Meinungs- und Informationsfreiheit. Diese Bestimmung beinhalte aber auch einen positiven Gewährleistungsanspruch des Staates, die Meinungsfreiheit aktiv zu fördern. Deshalb bestehe eine Verantwortung des Staates im Sinne einer Schutzpflicht, gegen übermässige Medienkonzentration vorzugehen, um die für das Recht auf Informationsfreiheit notwendige Medienvielfalt zu sichern. Ein in diesem Grundrecht Verletzter müsse die Möglichkeit haben, sich vor einem nationalen Gericht beschweren zu können.

3.6.1. Bezüglich der Frage, ob Völker- dem Landesrecht vorgeht beziehungsweise ob die rechtsanwendenden Behörden einer völkerrechtswidrigen Bestimmung in einem Bundesgesetz allenfalls die Anwendung zu versagen haben, gehen die Meinungen auseinander (vgl. statt vieler die Darstellung bei YVO HANGARTNER zu Art. 191 BV Rz 25-28 in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002). Das Bundesgericht anerkennt heute in einer gefestigten Rechtsprechung grundsätzlich und bei Vorliegen wirklicher Konflikte den Vorrang internationalen Rechts, gleichgültig, ob es älter oder weniger alt als die landesrechtliche Norm ist (vgl. BGE 125 II 417 E. 4c und 4d; 122 II 485 E. 3a und b; 122 II 234 E. 4e; vgl. auch JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, MAHON zu Art. 190 Rz. 9 sowie zu Art. 5, Rz. 20 ff.). Ausnahmsweise lässt das Bundesgericht in seiner so genannten SCHUBERT-Praxis das spätere Bundesgesetz bestehen, wenn der Gesetzgeber die Verletzung internationalen Rechts bewusst in Kauf genommen haben könnte (leading case BGE 99 Ib 39, bestätigt in 112 II 1 E. 8; ferner 111 V 201 E. 2b; ZIM-

MERLI/KALIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 19 mit Hinweisen). Diese Praxis ist in der Lehre auf Kritik gestossen (vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, l'Etat, Berne 2000, Rz. 1845). Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben.

3.6.2. Denn auch Artikel 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, SR 0.101: für die Schweiz in Kraft getreten am 28.11.1974) verschafft der Beschwerdeführerin keine Legitimation. Das Recht auf Zugang zu einem Gericht im Sinne von Artikel 6 EMRK gilt nicht absolut: Diese Bestimmung ist nur anwendbar, wenn ein aus dem innerstaatlichen Recht abzuleitender Anspruch zivilrechtlicher Natur - der klagbar beziehungsweise durchsetzbar sein muss (BGE 125 II 293 E. 5b mit Hinweisen) - in Frage steht und der Ausgang des Streits für diesen direkt entscheidend ist (vgl. BGE 125 I 7 E. 4; 124 II 499 E. 3e; 123 II 376 E. 6). In Zivilverfahren haben indessen nur die Streitparteien Anspruch auf gerichtliche Beurteilung (ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 133). Artikel 6 Ziffer 1 EMRK begründet nicht selber materiellrechtliche Befugnisse, sondern sichert den verfahrensrechtlichen Schutz von zivilen Rechten, die nach nationalem Recht bestehen (BGE 125 I 7 E. 4; 125 I 209 E. 7). Da der Beschwerdeführerin - wie dargelegt - nicht Parteistellung zukommt - kann sie sich auch nicht auf Artikel 6 EMRK berufen.

Schliesslich erweist sich auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verletzung von Artikel 10 EMRK (in Verbindung mit Artikel 13 EMRK) als unbegründet: Artikel 13 EMRK bestimmt, dass jede Person, die in ihren in der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht hat, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben. Artikel 13 EMRK verlangt aber, dass mittels Beschwerde die "vertretbare Behauptung" (sog. "arguable claim") einer Verletzung der EMRK erhoben wird. Die blosser Behauptung genügt also nicht. Es muss plausibel dargelegt werden, dass eine Verletzung vorliegen könnte (YVO HANGARTNER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, in AJP/PJA 1/94, S. 4; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, Rz. 654, S. 429; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMAN, a.a.O., S. 333). Dies gelingt der Beschwerdeführerin vorliegend indessen nicht. Die Beschwerdeführerin begnügt sich damit, pauschal eine Verletzung von Artikel 10 EMRK geltend zu machen, ohne im Einzelnen darzulegen und zu begründen, inwiefern die Informationsfreiheit durch die Genehmigung des Zusammenschlusses verletzt werden sollte.

3.7. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass im EG-Kartellrecht die Beschwerdelegitimation Dritter in Fusionsfällen anerkannt werde. Es sei nicht einzusehen, weshalb gerade in dieser Frage, bei welcher zentrale Grundrechte betroffen seien, eine Abwei-

chung zum europäischen Recht vorgenommen werden sollte.

Im Entscheid vom 15. Juli 2004 (RPW/DPC 2004/3, S. 922 ff., a.a.O., E. 3.1) hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgezeigt, dass sich das schweizerische Recht zwar stark an das europäische Recht anlehnt, dass es aber - im Unterschied zum europäischen Recht - Unternehmenszusammenschlüsse gerade nicht unter eine Bewilligungspflicht stellt (vgl. dazu auch nachfolgende E. 4 ff.). Das europäische Recht sieht in den Artikeln 6 und 8 der EG-Fusionskontrollverordnung (zitiert in E. 4.2) ausdrücklich vor, dass die Kommission nicht nur eine Verfügung erlässt, wenn sie den Zusammenschluss untersagt oder mit Bedingungen und Auflagen zulässt, sondern auch, wenn sie feststellt, dass der Zusammenschluss mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ist. Im Gegensatz dazu handelt es sich im schweizerischen Recht nur dann um eine Verfügung, wenn der Unternehmenszusammenschluss untersagt oder mit Bedingungen und Auflagen zugelassen wird (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 3.5 sowie nachfolgende E. 4 ff.). Die Anwendung von Artikel 48 Buchstabe a VwVG schwächte daher - wie die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen festgehalten hat (RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 5.4.3) - die vom Gesetzgeber gesetzte Kohärenz des Systems und führte zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit.

Im Übrigen kann auf die Beschwerde auch nicht eingetreten werden, da es sich bei der vorbehaltlosen Zulassung des Unternehmenszusammenschlusses, wie bereits angetönt, nicht um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG handelt.

4. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, beim Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 handle es sich um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG. Es sei eine Anordnung der Wettbewerbskommission, mit welcher das im Fusionskontrollverfahren bestehende gesetzliche Vollzugsverbot aufgehoben und den beteiligten Unternehmen die Genehmigung erteilt werde, das Zusammenschlussvorhaben zu vollziehen. Der Verfügungscharakter des Genehmigungsentscheids ergebe sich auch daraus, dass die Wettbewerbskommission rechtsverbindlich feststelle, dass die in Artikel 10 KG formulierten materiellen Interventionsschwellen nicht erfüllt seien und dass keine marktbeherrschende Stellung entstehe oder verstärkt werde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne.

Nach Ansicht der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 handelt es sich bei der Mitteilung der Wettbewerbskommission nicht um eine Verfügung. Die Beschwerdegegnerin 1 macht geltend, das Fehlen einer Verfügung sei eine direkte Folge der gesetzlichen Regelung, wonach es sich bei der Zusammenschlusskontrolle nicht um ein Genehmigungs-, sondern um ein Meldeverfahren mit Widerspruchsmöglichkeit handle. Die einzige Rechtsfolge der Stellungnahme der Wettbewerbskommission habe darin bestanden, dass die beteiligten Unternehmen den vollständigen Ablauf der gesetzlichen Wartefrist von 4 Monaten nicht hätten abwarten müssen. Die Beschwerdegegnerin 2 führt im Wesentlichen aus, der Gesetzgeber sei im Kartellge-

setz von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Unternehmenszusammenschlüssen ausgegangen. Das Recht zum Unternehmenskauf müsse daher nicht durch die Wettbewerbskommission festgestellt, eingeräumt oder gestaltet werden. Gestaltend seien bloss Verfügungen, welche das Zusammenschlussvorhaben nicht oder bloss unter Auflagen und Bedingungen zulassen und somit die Eigentumsgarantie beschränkten.

Auch nach der Auffassung der Wettbewerbskommission handelt es sich bei der Zulassung eines Zusammenschlussvorhabens ohne Bedingungen und Auflagen nicht um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG.

4.1. Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass eine Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens oder eine Zulassung mit Bedingungen und Auflagen eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG darstellt (vgl. BGE 131 II 497, E. 4.2 mit Hinweisen auf die Lehre).

Hingegen ist umstritten, ob es sich bei der vorbehaltlosen Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses um eine anfechtbare Verfügung handelt. Ein grosser Teil der Lehre behauptet, dass das Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im Falle einer vorbehaltlosen Zulassung mittels blosser schriftlicher Mitteilung (analog einer Unbedenklichkeitserklärung nach Art. 16 VKU), die nicht der Beschwerde unterliegt, abgeschlossen werde (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 [Kommentar KG], DUCREY/DROLSHAMMER zu Art. 10, Rz. 56; WALTER A. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCART, SZW 1997, S. 256; Kommentar KG, Gross zu Art. 44, Rz. 26; ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Band V/2, Basel/Genf/München 2000, RICHLI S. 505, DUCREY, S. 246 und 303; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, Basel 1999, S. 667, Fn. 137). Diese Auffassung entspricht auch der Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. RPW/DPC 1997/2, S. 179 ff., insbesondere Z. 114 ff., S. 196). Ein anderer Teil der Doktrin setzt die Mitteilung der vorbehaltlosen Zulassung nach Abschluss des Prüfungsverfahrens einer beschwerdefähigen Verfügung gleich (vgl. FRANK SCHERRER, das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 375 f. Fn. 1722, S. 411 f. sowie derselbe in: Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, in AJP/PJA 11/97 S. 1396; PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002, BOVET zu Art. 32, Rz. 75 und 81 bis 83).

Das Bundesgericht hat den Verfügungscharakter bei der vorbehaltlosen Zulassung eines Zusammenschlusses offen gelassen (vgl. BGE 131 II 497, E. 4.4).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kam dagegen im bereits zitierten Entscheid vom 15. Juli 2004 (RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 3 ff.) gestützt auf eine grammatikalische, historische, teleologische und

systematische Auslegung des Kartellgesetzes zum Schluss, dass es sich bei der vorbehaltlosen Zulassung eines Unternehmenszusammenschlusses nicht um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG handelt.

Im Folgenden werden kurz die wesentlichen Überlegungen genannt, aufgrund welcher die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu ihrer Schlussfolgerung gelangte:

4.2. Obschon sich das geltende Kartellgesetz stark an das europäische Wettbewerbsrecht anlehnt (vgl. RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 3.1 mit Hinweisen), ist das Parlament dem Gesetzesentwurf des Bundesrates, der Unternehmenszusammenschlüsse nach dem europäischen Vorbild (Art. 8 der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ["EG-Fusionskontrollverordnung"]) einer Genehmigungspflicht unterstellen wollte, nicht gefolgt (Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, S. 578 ff., vgl. Art. 9 und 10 des Entwurfes, S. 640 f.; vgl. auch RPW/DPC 2004/3, a.a.O., E. 3.1 mit Hinweisen).

Vor dem Nationalrat machten die Gegner des Bundesratsentwurfes geltend, dass diese Genehmigungspflicht einerseits das Risiko einer gewaltigen Bürokratie in sich berge, und andererseits die Marktmächte behindere, welche - mit den Worten der Gegner - selbst über die Zusammenschlüsse bestimmen sollten (Amtliches Bulletin [Amtl. Bull.] 1995, Nationalrat [N], S. 1095 bis 1101). Unter Berücksichtigung dieser Kritik schlug die Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Nationalrates vor, die Genehmigungs-/Bewilligungspflicht durch eine Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt zu ersetzen. In diesem Zusammenhang unterstrichen der Berichterstatter französischer Sprache sowie der Vertreter des Bundesrates, dass es mit dem System der Meldepflicht nicht nötig sei, bei einem im Sinne des Wettbewerbsrechts unproblematischen Unternehmenszusammenschluss eine formelle Verfügung zu erlassen, so dass die Bürokratie maximal reduziert werde (der Berichterstatter französischer Sprache führt dazu aus "il n'y a même pas besoin de décision, il suffit que la Commission de la concurrence renonce à s'exprimer pour que cette concentration puisse se faire [Amtl. Bull. 1995, N, S. 1100]; deutlicher erklärt Bundesrat DELAMURAZ "La variante de la majorité de la commission est en effet plus souple en ce qu'elle permet des opérations de concentration soumises à l'obligation de notifier, sans qu'une approbation formelle ou tacite soit nécessaire" [Amtl. Bull. 1995, N, S. 1101]). Diese Änderung wurde anschliessend vom Ständerat ohne Diskussion angenommen (Amtl. Bull. 1995, Ständerat [S], S. 845, insbesondere S. 859).

Die parlamentarischen Beratungen zum geltenden Kartellgesetz zeigen somit auf, dass der Gesetzgeber nicht nur auf eine Bewilligungspflicht von Unternehmenszusammenschlüssen verzichtet, sondern ausdrücklich ein Verfahren gewählt hat, welches nur durch eine formelle Verfügung im Falle einer voll-

ständigen oder teilweisen Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens abgeschlossen werden soll.

Im Bericht vom 11. Oktober 2000 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates bemerkte die Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle in Bezug auf die Kontrolle von Zusammenschlüssen, dass sich nach CHRISTIAN BOVET die vom Parlament eingeführte Änderung des Systems nicht wie erwartet ausgewirkt habe und man damit zum gleichen Resultat gekommen sei, allerdings mit juristisch weniger klaren Vorgaben. Dabei sei Folgendes hervorzuheben: "Im Fall von Unternehmenszusammenschlüssen trifft die Weko eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes nur, wenn ein Zusammenschluss untersagt oder an Bedingungen und Auflagen geknüpft wird. Bei einer Genehmigung ist keine Verfügung nötig. Es gibt demnach auch keine Einsprachemöglichkeit, was für die beteiligten Unternehmen natürlich von Vorteil ist" (BBl 2001 IV 3346, S. 3376).

Wenn der Gesetzgeber diese Praxis als systemwidrig erachtet hätte, so hätte er die Gelegenheit bei der letzten Revision (AS 2004 II 1385; Änderung in Kraft seit 1.4.2004) ergriffen und im Gesetz präzisiert, dass auch im Falle einer vorbehaltlosen Zulassung eines Zusammenschlusses eine Verfügung erlassen werden müsse.

5. Am 24. November 2005 informierte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin und die -gegnerinnen dahingehend, dass die Beschwerdesache nach einer ersten Prüfung nicht unter den Geltungsbereich von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK falle, weshalb von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

In ihrer Eingabe vom 29. November 2005 macht die Beschwerdeführerin geltend, bereits im Verfahren Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. habe die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen diesen Standpunkt vertreten, mit der Begründung, es handle sich nur um eine prozessuale Frage. Diese Auffassung teile sie indessen nicht. Die zu beurteilende Frage habe gemäss EMRK-Praxis zivilrechtlichen Charakter. Es seien im vorliegenden Fall sowohl prozessuale wie auch zivilrechtliche Fragen zu prüfen. Im Weiteren sei es mit Artikel 6 EMRK nicht vereinbar, wenn ihr die Beschwerdelegitimation abgesprochen werde. Sie sei daher zur Beschwerde legitimiert und habe gemäss Artikel 6 EMRK ein Anrecht auf eine öffentliche Verhandlung, auf welche sie indessen verzichte.

Die Europäische Menschenrechtskommission hat die Anwendbarkeit von Artikel 6 Absatz 1 EMRK für prozessrechtliche Entscheide konstant verneint, im Wesentlichen mit dem Argument, es komme in den fraglichen Verfahren nicht zu einem Sachentscheid (ULRICH ZIMMERLI, EMRK und schweizerische Verwaltungsrechtspflege, in: THÜRER/WEBER/ZÄCH, Aktuelle Fragen zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1994, S. 41 ff., S. 56; RUTH HERZOG, Art. 6 EMRK und kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 73 mit Hinweisen, S. 317 f., S. 373 f.; vgl. auch MARK E. VILLIGER, a.a.O., Rz. 402). Im vorliegenden Fall ist die

Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert, und es liegt bei der vorbehaltlosen Zulassung des Zusammenschlusses keine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG vor. Da aus diesen Gründen auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann, wird kein Sachentscheid getroffen, weshalb die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgesehen hat.

Zudem erklärte die Beschwerdeführerin ausdrücklich, sie verzichte auf das Recht einer öffentlichen Verhandlung.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin nicht legitimiert ist, gegen die Genehmigung des Zusammenschlusses Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu erheben. Darüber hinaus handelt es sich bei der Genehmigung des Zusammenschlusses nicht um eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG. Auf die Beschwerde wird deshalb nicht eingetreten.

Dem Antrag der Beschwerdeführerin, ihr sei Einsicht in die Verfahrensakten zu gewähren, wird nicht stattgegeben, da das Recht auf Akteneinsicht grundsätzlich nur einer Partei oder ihrem Vertreter zusteht (Art. 26 VwVG; Urteil des Bundesgerichts vom 19.8.2002 i.S. Flughafen Zürich AG, [1A.72/2002], E. 2, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch).

Da die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit diesem Nichteintretensentscheid ein instanzabschliessendes Urteil trifft, erweist sich der Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde vom 10. März 2005 als gegenstandslos (Urteil des Bundesgerichts vom 24.6.2003 i.S. X, [1P.263/2003] E. 4.1, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch; BGE 111 Ib 182 E. 2b; GYGI, a.a.O., S. 245).

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten, inklusive die Kosten der Zwischenverfügungen vom 6. April und vom 21. April 2005, aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung SR 172.041.0).

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Den Beschwerdegegnerinnen, welche anwaltlich vertreten sind, ist mithin eine Parteientschädigung auszurichten.

7.1. Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie die Kostennote nicht rechtzeitig ein, so setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest (Art. 8 Abs. 1 Kostenverordnung). Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstaben a bis c der Kostenverordnung umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertre-

tung, die Barauslagen und Spesen der Partei sowie deren Verdienstausschlag. Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht Anwendung (Tarif, SR 173.119.1; vgl. Art. 8 Abs. 3 Kostenverordnung).

Das Honorar richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des in diesem Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Der danach in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (vgl. Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung). Im Falle von Prozessabstand, Rückzug des Rechtsmittels, Vergleich, Nichteintreten und allgemein, wenn der Prozess nicht mit einem Sachurteil endet, kann das Honorar entsprechend gekürzt werden (Art. 7 Abs. 3 des Tarifs).

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung geht es aber nicht darum, die Rechnung des Rechtsvertreters an die Beschwerdeführerin auf ihre Angemessenheit zu beurteilen. Denn der Tarif des Bundesgerichts ist nicht anwendbar auf das Verhältnis zwischen dem Anwalt und der von ihm vertretenen Partei (vgl. Art. 10 des Tarifs). Das Honorar, das dem Rechtsvertreter von seinem Klienten geschuldet ist, darf nicht mit der Parteientschädigung verwechselt werden, welche von der Gegenpartei oder der Körperschaft, in deren Namen verfügt wurde, zu erbringen ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

7.2. Am 22. und 23. Juni 2005 ersuchten die Beschwerdegegnerinnen separat um Ausrichtung einer Parteientschädigung von CHF [...] (Swisscom AG) beziehungsweise CHF [...] zuzüglich Mehrwertsteuer (CT Cinetrade AG). Zur Begründung führen sie aus, allein für das Verfahren betreffend den Erlass der von der Beschwerdeführerin beantragten vorsorglichen Massnahmen sei von einem Streitwert von mindestens CHF [...] Mio. (Swisscom AG: CHF [...] Mio.; CT Cinetrade AG: CHF [...] Mio) auszugehen. Dieser Betrag entspreche der beantragten Sicherheitsleistung beider Zusammenschlussparteien. Da die Anträge der Beschwerdeführerin darauf abzielten, den Zusammenschluss endgültig zu verhindern, übersteige der effektive Streitwert den Betrag von CHF [...] Mio. um ein Mehrfaches. Die Wichtigkeit der Streitsache sei schon aus der Natur des Unternehmenszusammenschlusses gegeben. In Bezug auf die Schwierigkeit und den Arbeitsaufwand sei das Verfahren aussergewöhnlich komplex und umfangreich gewesen. Es hätten sich schwierige tatsächliche, verfahrensrechtliche und materielle rechtliche Fragen gestellt.

Am 29. Juni beziehungsweise 11. Juli 2005 reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 1 eine pauschale und die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 eine detaillierte Kostennote ein. Am 14. und 22. November 2005 ergänzten sie ihre Kostenno-

ten hinsichtlich ihres Aufwandes im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels. Die Rechtsvertreter wiesen jeweils darauf hin, dass diese Informationen und auch der Gesamtbetrag der Kostennoten vertraulich zu behandeln seien und machten geltend, dass die Kostennoten ein Geschäftsgeheimnis der Beschwerdegegnerinnen darstellten.

Es stellt sich demnach die Frage, ob ein wesentliches privates Interesse im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 VwVG, welches das Interesse der Beschwerdeführerin auf umfassende Akteneinsicht zu überwiegen vermag, die Geheimhaltung der Kostennote erfordert (vgl. zu Geschäftsgeheimnissen REKO/WEF 01/FB-005 E. 3 ff., publiziert in: RPW/DPC 2002/4 S. 698 ff.; BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa; VPB 68.169 E. 2.3 mit Hinweisen; VPB 59.54 E. 4b). Solche wesentlichen Interessen können insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen sein (vgl. RPW/DPC 2002/4, a.a.O., E. 3.1.2).

In der Rechtsprechung ist bis anhin - soweit ersichtlich - die Frage der Vertraulichkeit von Kostennoten nur im Zusammenhang mit Honorarstreitigkeiten zwischen Anwalt und Klient und dem Berufsgeheimnis des Anwalts beziehungsweise dem Anwaltsgeheimnis behandelt worden. Für die gerichtliche Geltendmachung der Rechnung des Anwalts beziehungsweise die Überprüfbarkeit von Kostennoten werden Angaben über den Umfang der geleisteten Arbeit, insbesondere die aufgewendete Zeit, und den Honoraransatz als genügend erachtet. Dazu wird in der Rechtsprechung übereinstimmend festgehalten, dass diese Angaben meist ohne Geheimnisverletzung gegenüber dem Klienten "offen gelegt" werden könnten (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16.2.2001 in: SGGVP 2001 N. 81 S. 208 und den Entscheid der Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten des Kantons St. Gallen vom 28.11.1983 in: SGGVP 1983 N. 77 S. 167; Urteil des Obergerichts, II. Zivilkammer, des Kantons Zürich vom 24.1.1995 in: ZR 95 (1996) N. 26 S. 84; Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 2.9.2004 in: ZR 104 (2005) N. 20 S. 74 f.; Entscheid der Urner Aufsichtskommission vom 9.6.1978 in: RBUR N. 12 S. 60). Das Zürcher Obergericht hielt kürzlich in einem Entscheid fest, das Erfordernis der Spezifikation der Kostennote mittels Leistungsjournalen (Zeitrapporten) stehe in keinem unauflösbaren Widerspruch zum Anwaltsgeheimnis. Es sei daher unter dem Aspekt des Anwaltsgeheimnisses auch unbedenklich, dass die Akten betreffend Ernennung, Entlassung und **Entschädigung** des amtlichen Verteidigers Teil des Untersuchungsverfahrens bilden und als solche von den Verfahrensbeteiligten einsehbar seien (Entscheid vom 15.6.2005 in: ZR 104 [2005] N. 66 S. 241).

Die Frage, wie es sich hinsichtlich der von den Beschwerdegegnerinnen eingereichten Kostennoten - deren Summe sich aus Honorar, Barauslagen und Mehrwertsteuer zusammensetzt - verhält, nämlich ob diese ein Geheimhaltungsinteresse gegen eine Einsichtnahme durch die Beschwerdeführerin haben, kann hier offen bleiben. Dies deshalb, weil die Be-

schwerdegegnerinnen nicht eine Parteientschädigung in der Höhe des getätigten Aufwandes verlangen, sondern sich die von ihnen beantragte Parteientschädigung auf den im Tarif vorgesehenen Höchstbetrag des geltend gemachten Streitwertes beläuft.

7.3. Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist in der Regel keine eingehende Begründung erforderlich (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 22.9.2004 [I.322/04] E. 4.3; Urteile des Bundesgerichts vom 9.10.2003 [1P.354/2003] E. 3.1; vom 9.8.2002 [1P.284/2002] E. 2.4.1; vom 9.2.2000 [4P.225/1999] E. 2; alle abrufbar im Internet unter: www.bger.ch; sowie BGE 111 Ia 1 E. 2a). Die nachfolgenden Hinweise erscheinen im vorliegenden Fall indessen als angebracht:

Für die Ermittlung des Streitwerts ist vorerst von den Rechtsbegehren der Partei auszugehen (vgl. Art. 36 Abs. 1 OG [SR 173.110] i.V.m. Art. 4 Abs. 2 des Tarifs). Nach Artikel 6 des Tarifs beträgt das Anwaltshonorar bei einem Streitwert von über CHF 5 Mio. CHF 20'000.- beziehungsweise CHF 15'000.- (für Beschwerdeverfahren vor eidgenössische Rekurskommissionen; vgl. Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung) und 1 Prozent beziehungsweise 0,75 Prozent des Streitwerts. Die Beschwerdegegnerinnen beantragen eine Entschädigung von 1 Prozent des Streitwerts. Dabei übersehen sie indessen, dass sich der zulässige Höchstbetrag nach der Kostenverordnung für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel vermindert (vgl. Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung), weshalb sie höchstens eine Entschädigung von 0,75 Prozent des Streitwerts beanspruchen können. Nach Artikel 4 des Tarifs ist das Anwaltshonorar im Rahmen des Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts zu berechnen. Die Beschwerdegegnerinnen gehen von einem Streitwert in der Grössenordnung von gesamthaft CHF 30 Mio. aus. Es handelt sich dabei um eine Schätzung des Schädigungspotenzials, welches nach ihren Angaben allein im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen drohen soll. Das Anwaltshonorar wäre demzufolge zwischen CHF 15'000.- (Mindestbetrag) und CHF 225'000.- (Höchstbetrag) festzusetzen (Art. 6 Abs. 1 des Tarifs i.V.m. Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung).

Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist zweifellos anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beteiligten von sehr grosser wirtschaftlicher Bedeutung ist. In rechtlicher Hinsicht ist anzuerkennen, dass im Rahmen des ersten Schriftenwechsels die Rechtslage in Bezug auf die Eintretensvoraussetzungen unklar war. Auch waren Abklärungen für das Verständnis der wirtschaftlichen Abläufe in der massgebenden Regelungsmaterie notwendig. Indessen ist zu beachten, dass das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht mit einem Sachurteil endet (vgl. Art. 7 Abs. 3 des Tarifs, wonach das Honorar entsprechend gekürzt werden kann) was die Beschwerdegegnerinnen nach dem klaren Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juni 2005 (BGE 131 II 497) voraussahen. Entsprechend hat sich die Argumentati-

on im zweiten Schriftenwechsel auf die Beschwerdelegitimation beschränkt. Insofern ist davon auszugehen, dass sich der Arbeitsaufwand für den vorliegenden Fall in Grenzen gehalten hat (vgl. Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Was die Grössenordnung der Entschädigung angeht, orientiert sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an ihrer ständigen Praxis.

Aufgrund dieser Überlegungen fällt eine Entschädigung von 0,75 Prozent des behaupteten Streitwerts ausser Betracht. Es kommt hinzu, dass nicht jede der beiden Beschwerdegegnerinnen für sich eine auf den gesamten Streitwert berechnete Entschädigung beanspruchen kann. Die von der Beschwerdeführerin zu entrichtende Parteientschädigung ist für das gesamte Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (inkl. die beiden Zwischenverfügungen) auf insgesamt CHF [...] festzusetzen, wobei mit dieser

Summe nebst den Anwalthonoraren (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind. Davon erhält jede Beschwerdegegnerin die Hälfte.

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. [Kosten]
3. Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt CHF [...] (je CHF [...], inkl. MWSt) zu bezahlen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

2. *Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG/ Wettbewerbskommission*

Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2006-2) vom 3. Mai 2006 in Sachen Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1), Swisscom Solutions AG (Beschwerdeführerin 2), Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin 3) (Verwaltungsbeschwerde vom 22.11.2004) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 8.11.2004) betreffend Verfahrenskosten

Nach Einsicht in:

- die Verfügung vom 8. November 2004 der Wettbewerbskommission;
- den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005;
- die dagegen am 3. Mai 2005 durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde;
- das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 19. August 2005 sowie
- die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass mit Verfügung vom 8. November 2004 die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eintrat;

dass die Beschwerdeführerinnen 1-3 mit Beschwerde vom 22. November 2004 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Rekurskommission WEF) gelangten und in formeller Hinsicht beantragten, es sei über die vorliegende Beschwerde möglichst schnell - spätestens bis am 31. Januar 2005 - zu entscheiden und den Beschwerdeführerinnen sei im Falle der Abweisung der materiellen Anträge eine Frist von mindestens sechs Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldete mögliche Wettbewerbsbeschränkung mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen;

dass die Beschwerdeführerinnen 1-3 in materieller Hinsicht beantragten, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. November 2004 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen 1-3 mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 (recte: 20.6.2003; AS 2004 1389) gemacht haben und es sei im Weiteren festzustellen, dass den Beschwerdeführerinnen 1-3 für den mit Schreiben vom 7. April 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) auferlegt werden können, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Wettbewerbskommission;

dass die Rekurskommission WEF die Beschwerde am 18. März 2005 teilweise guthiess und die angefochtene Verfügung aufhob, im Weiteren feststellte, das Schreiben der Beschwerdeführerinnen 1-3 vom 7. April 2004 stelle eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung der Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 dar, den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegte und den Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zusprach;

dass das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement diesen Entscheid am 3. Mai 2005 mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht weiterzog und unter Kostenauflegung zulasten der Beschwerdegegnerinnen beantragte, der Entscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle;

dass das Schweizerische Bundesgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 19. August 2005 guthiess, den Entscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005 im angefochtenen Umfang aufhob, feststellte, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle, die Sache im Übrigen zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Rekurskommission WEF zurückwies und die Gerichtsgebühr von CHF [...] den Beschwerdegegnerinnen unter Solidarhaftung auferlegte;

dass die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021);

dass die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG aufgrund des Entscheides des Schweizerischen Bundesgerichts als unterliegende Parteien gelten und demnach die Verfahrenskosten vor der Rekurskommission WEF zu tragen haben;

dass somit die Verfahrenskosten, ausmachend CHF [...] (Spruchgebühr) für das Verfahren vor der Rekurskommission WEF den Beschwerdeführerinnen 1-3 unter Solidarhaftung aufzuerlegen sind;

dass bei diesem Ausgang den Beschwerdeführerinnen 1-3 keine Parteientschädigung zugesprochen werden kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG);

wird verfügt:

1. [Verfahrenskosten]

-
2. Den Beschwerdeführerinnen 1-3 wird keine Partei-
entschädigung zugesprochen.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]
-

B 3	<p>3. <i>Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/ Wettbewerbskommission</i></p>
-----	--

Beschwerdeentscheid (FB/2005-5) vom 1. Mai 2006 in Sachen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) (Beschwerdeführerin 1), BKW FMB Energie AG (Beschwerdeführerin 2), Centralschweizerische Kraftwerke AG (Beschwerdeführerin 3), Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (Beschwerdeführerin 4), Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) (Beschwerdeführerin 5), Energie Ouest Suisse (EOS) SA (Beschwerdeführerin 6), Nordostschweizerische Kraftwerke AG (Beschwerdeführerin 7) (Verwaltungsbeschwerde vom 2.5.2005) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 7.3.2005) betreffend Unternehmenszusammenschluss

Es hat sich ergeben:

A. Die Beschwerdeführerinnen sind als vertikal integrierte Unternehmen im Elektrizitätsbereich tätig. Ihre Tätigkeitsbereiche (bzw. diejenigen ihrer unterschiedlichen Unternehmenseinheiten) liegen in den Märkten für Produktion, Übertragung, Verteilung, Versorgung und Handel von beziehungsweise mit Strom. Sie beabsichtigen, unter der Firma "Swissgrid AG" eine gemeinsame Übertragungsnetzgesellschaft zu gründen.

Das schweizerische Übertragungsnetz umfasst die Netzanlagen, die Elektrizität über grössere Distanzen transportieren, dem Verbund mit ausländischen Netzen dienen und auf der Spannungsebene 380/220 kV betrieben werden. Es ist ungefähr 6'000 km lang und steht zu über 90% im Eigentum der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen.

Das schweizerische Höchstspannungsnetz ist mit angrenzenden ausländischen Übertragungsnetzen verbunden und so in den europäischen Stromverkehr integriert. 23 europäische Länder bilden dabei die "Union for the Coordination of the Transmission of Electricity" (UCTE).

Laut Gesellschaftsvertrag ist die Swissgrid AG eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Laufenburg. Sie bezweckt den Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes im Rahmen des europäischen Verbundbetriebes sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen, wie insbesondere Bilanz- und Engpassmanagement, Systemdienstleistungen und Wahrnehmung nationaler und internationaler Interessen im Übertragungsnetzbereich.

Der Bundesrat verabschiedete am 3. November 2004 die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes, welche unter anderem die Gründung eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers vorsehen.

Am 29. November 2004 meldeten die Beschwerdeführerinnen das Zusammenschlussvorhaben "Swissgrid" der Wettbewerbskommission. Am 30. November 2004 bestätigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Vollständigkeit der Meldung und eröffnete eine vorläufige Prüfung des Vorhabens.

Mit Eingaben vom 7. und 8. Dezember 2004 äusserten sich die beteiligten Unternehmen auf Aufforderung des Sekretariats hin zur Frage der gemeinsamen Kontrolle über die Swissgrid AG.

Auf Antrag des Sekretariates vom 17. Dezember 2004 hin beschloss die Wettbewerbskommission am 20. Dezember 2004 die Eröffnung eines Verfahrens zur vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 32 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 KG). Die Publikation gemäss Artikel 33 des Kartellgesetzes erfolgte im Bundesblatt vom 1. Februar 2005 (BBI 2005 I 737).

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 teilte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen die Eröffnung des Prüfungsverfahrens mit und informierte diese, dass der Vollzug des Zusammenschlusses vorläufig aufgeschoben bleibe. Mit gleicher Post stellte das Sekretariat den Unternehmen den um die Geschäftsgeheimnisse bereinigten Antrag des Sekretariates vom 17. Dezember 2004 zu, auf dessen Grundlage das Prüfungsverfahren eingeleitet wurde.

Im Rahmen der vertieften Prüfung befragte das Sekretariat weitere Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, diverse Grossverbraucher sowie das Eidgenössische Starkstrominspektorat. Die beteiligten Unternehmen wurden um zusätzliche Auskünfte angegangen.

Am 16. Februar 2005 unterbreiteten die beteiligten Unternehmen der Wettbewerbskommission diverse Massnahmen zur Entflechtung von Swissgrid und stellten ihr entsprechende (überarbeitete) Entwürfe von Rahmenvertrag und Organisationsreglement zu.

Am 7. März 2005 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (publiziert in RPW 2005/2, S. 347 ff.):

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

2. Das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Verfahrenskosten

(...)"

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, das Zusammenschlussvorhaben betreffe den sachlichen Markt für Stromübertragung. Der räumliche Markt sei einzelfallspezifisch abzugrenzen. In Gebieten, in welchen der räumlich relevante Markt nicht mehr als das Übertragungsnetz eines der beteiligten Unternehmen umfasse, bestehe bei der Stromübertragung bereits heute keine aktuelle Konkurrenz. In gewissen Gebieten könnten die Elektrizitäts- und Industriewerke direkt oder indirekt von unterschiedlichen Angeboten mehrerer Übertragungsdienstleister profitieren, so dass teilweise aktueller Wettbewerb bestehe. In diesen Gebieten beseitige das Zusammenschlussvorhaben aktuelle Konkurrenz. Der potenzielle Wettbewerb sei angesichts der existierenden faktischen und regulatorischen Zutrittschranken vernachlässigbar und habe keine disziplinierende Wirkung. Das Zusammenschlussvorhaben begründe oder verstärke daher in gewissen Gebieten

eine marktbeherrschende Stellung, die wirksamen Wettbewerb beseitige. Auf den Märkten für Stromversorgung führe das Vorhaben zwar zu einer Verbesserung, die aber nicht als überwiegend bezeichnet werden könne. Eine überwiegende Verbesserung ergebe sich nur durch die Anordnung von Auflagen oder Bedingungen, welche die Möglichkeit, Stromdurchleitungen über das Übertragungsnetz zu behindern oder an unangemessene Bedingungen zu knüpfen, und den Anreiz, dies zu tun, beschränkten. Inhaltlich entsprächen diese Auflagen dem, was das in Erarbeitung begriffene Stromversorgungsgesetz zum Übertragungsnetzbetreiber vorsehe. Diesbezügliche von den beteiligten Unternehmen getroffene Massnahmen seien nicht ausreichend, da nicht sichergestellt sei, dass sie tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden.

Auf die Einzelheiten kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen zurück, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

B. Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch die Rechtsanwälte [...] und [...], am 2. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"Die Verfügung vom 7. März 2005 ist wie folgt abzuändern:

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

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

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

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

"Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, ab dem Jahr 2007 für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzulasten der Vorinstanz."

Implizit beantragen die Beschwerdeführerinnen zudem grundsätzlich, der Zusammenschluss sei ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen, da er nicht zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb führe, eventuell da er auf anderen Märkten zu einer überwiegenden Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führe.

Zur Begründung berufen sich die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht auf eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie des Gebots kooperativen Verwaltungshandelns. In materieller

Hinsicht bestreiten sie, dass der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb beseitige. Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern bestehe nicht. Allfälliger Wettbewerb finde bei der Stromversorgung statt, nicht bei der Inanspruchnahme der Übertragungsnetzinfrastruktur. Selbst wenn man entgegen den Tatsachen eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei der Stromübertragung bejahen würde, wären die Voraussetzungen für Auflagen oder Bedingungen nicht erfüllt. Denn das Vorhaben bewirke auf den Märkten für Stromversorgung und -handel Verbesserungen, die als überwiegend zu qualifizieren seien. Die Auflagen betreffend die Entflechtung von Swissgrid und der beteiligten Unternehmen erübrigten sich, da man entsprechende Massnahmen bereits selber getroffen habe. Die Auflage betreffend personelle Entflechtung auf Stufe des Verwaltungsrates von Swissgrid sei unverhältnismässig, stehe im Widerspruch zum Aktienrecht und zur entsprechenden Regelung der EU. Auch die Auflagen zur Netznutzung seien unzulässig, unter anderem da sie einem unzulässigen Eingriff in die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit sowie einer unzulässigen Verhaltensregulierung *ex ante* gleichkämen, nur unter Einräumung einer Übergangsfrist umgesetzt werden könnten und im Widerspruch zu langfristigen Lieferverträgen stünden.

Auf die Einzelheiten geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

C. Am 19. Mai 2005 liess sich die Wettbewerbskommission zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erlass vorsorglicher Massnahmen vernehmen, das diese mit der Verwaltungsbeschwerde in der Hauptsache gestellt hatten, und beantragte dessen Ablehnung.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, unter anderem mangels Dringlichkeit und weil eine Gutheissung des Gesuchs den Endentscheid in der Sache vorweg nehmen würde (vgl. RPW 2005/3, S. 502 ff.).

Gegen diese Zwischenverfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 20. Juni 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Sie beantragten, die angefochtene Zwischenverfügung sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig (d.h. während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen) gemäss den entsprechend ihren Anträgen abzuändernden Auflagen der Wettbewerbskommission zu vollziehen. Ausserdem ersuchten sie für das bundesgerichtliche Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, die es ihnen erlauben würden, das Zusammenschlussvorhaben vorläufig (d.h. während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens) unter Einhaltung der nach Massgabe ihres Hauptsachebegehrens abzuändernden Auflagen zu vollziehen.

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Juli 2005 beantragte die Wettbewerbskommission die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Mit Verfügung vom 13. Juli 2005 wies der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (vgl. RPW 2005/3, S. 578 f.).

Mit Urteil vom 3. Januar 2006 wies das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab (vgl. Urteil 2A.397/2005, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch).

D. Mit Vernehmlassung vom 30. Mai 2005 zur Hauptsache beantragte die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei nicht verletzt worden. In materieller Hinsicht verwies sie weit gehend auf ihre Verfügung und beharrte auf ihrer Auffassung, das Zusammenschlussvorhaben führe in einigen räumlich relevanten Märkten zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Ohne die verfügbaren Auflagen ergäben sich keine überwiegende Verbesserung auf dem Markt für Stromversorgung. Die Stellung der beteiligten Unternehmen im internationalen Wettbewerb sei nur für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes wesentlich, weshalb die Wettbewerbsverhältnisse im internationalen Stromhandelsmarkt irrelevant seien. Die Argumente der Beschwerdeführerinnen betreffend eine angebliche Unzulässigkeit der Auflagen seien unzutreffend. Das Begehren um Abänderungen der Verfügung im Sinne der Anträge der Beschwerdeführerinnen seien daher abzuweisen.

Auf die Einzelheiten geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

E. Im Rahmen der Instruktion unterbreitete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit Schreiben vom 6. Januar 2006 einen umfangreichen Fragekatalog zu den Realia des Elektrizitätsmarktes im weitesten Sinn sowie zu den sich bei der kartellrechtlichen Prüfung stellenden Fragen (Markt-abgrenzung, aktueller und potenzieller Wettbewerb, Verbesserung auf anderen Märkten, Auflagen und Weiteres). Dies erwies sich angesichts der Unklarheit der Verfügung als unumgänglich.

Mit Eingaben vom 27. Januar 2006 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen die an sie gerichteten Fragen.

Am 31. Januar 2006 ersuchte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien um präzisierende Auskünfte und stellte ihnen die Antworten der jeweils anderen Partei zur Stellungnahme zu. Die Beschwerdeführerinnen wurden ausserdem darauf hingewiesen, dass ein allfälliger reformatorischer Entscheid in der Sache einen Verzicht auf Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz voraussetze, weshalb für diesen Fall eine entsprechende Äusserung erforderlich sei.

Mit Eingabe vom 6. Februar und vom 8. Februar 2006 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen die zusätzlichen Fragen und äusserten sich zu den Vorbringen der jeweils anderen Partei vom 27. Januar 2006. Die Beschwerdeführerinnen beantragten zudem den Erlass eines reformatorischen Entscheides in der Sache, unter Verzicht auf die volle Wahrung des Instanzenzuges. Sie erklärten zudem ausdrücklich ihren Verzicht auf eine öffentliche Verhandlung gemäss Artikel 6 EMRK.

Diese zweiten Eingaben der Parteien wurden der jeweils anderen Partei am 10. Februar 2006 zur Kenntnis gebracht.

Auf die im Rahmen der Instruktion eingeholten Stellungnahmen der Parteien geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

F. Am 8. März 2006 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung stattfinde, nachdem sie mit Schreiben vom 8. Februar 2006 auf eine solche verzichtet hätten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 130 I 312 E. 1; 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005, mit dem sie das Zusammenschlussverfahren mit Auflagen zulässt, ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c [vgl. BGE 131 II 497 E.4.2]). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VSRK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihre Vertreter haben sich rechtsgenüchlich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Gesetzesbestimmungen

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

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

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

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 vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Fusionskontrollverordnung, VKU, SR 251.4). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Als Unternehmenszusammenschluss gilt a. die Fusion von zwei oder mehr bisher von einander unabhängigen Unternehmen, b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

Gemäss der Fusionskontrollverordnung stellt ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind der Wettbewerbskommission vor ihrem Vollzug zu melden, sofern die Umsätze bestimmte Schwellenwerte erreichen (vgl. Art. 9 Abs. 1 KG, Art. 3 ff. VKU). Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG).

Wird ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet, entscheidet die Wettbewerbskommission, ob eine Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (Art. 32 Abs. 1 KG). Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt (Art. 32 Abs. 2 KG).

Beschliesst die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung, veröffentlicht das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses und gibt die Frist bekannt, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können (Art. 33 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission führt die Prüfung innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 33 Abs. 3 KG).

Die zivilrechtliche Wirksamkeit eines meldepflichtigen Zusammenschlusses bleibt, unter Vorbehalt des Fristablaufs gemäss Artikel 32 Absatz 1 und der Bewilligung zum vorläufigen Vollzug, aufgeschoben. Trifft die Wettbewerbskommission innerhalb der Frist gemäss Artikel 33 Absatz 3 keine Entscheidung, gilt der Zusammenschluss als zugelassen, es sei denn, die Wettbewerbskommission stelle mit einer Verfügung fest, dass sie bei der Prüfung durch Umstände gehindert worden ist, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 34 KG).

Die Wettbewerbskommission kann eine Zulassung widerrufen oder die Prüfung eines Zusammenschlusses trotz Ablauf der Einmonatsfrist (Art. 32 Abs. 1 KG)

beschliessen, wenn: a. die beteiligten Unternehmen unrichtige Angaben gemacht haben; b. die Zulassung arglistig herbeigeführt worden ist; c. die beteiligten Unternehmen einer Auflage zu einer Zulassung in schwerwiegender Weise zuwiderhandeln (Art. 38 Abs. 1 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 40 KG).

Die Parteien haben Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG) und auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien. Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Art. 32 VwVG). Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; c. Unangemessenheit (...) (Art. 49 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG). Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3. Vorbehaltene Vorschriften

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 oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Insoweit ist das Kartellgesetz nicht anwendbar (RPW 2002/4, S. 648 ff.).

Die Leitungen des Übertragungsnetzes stehen im Eigentum der Überlandwerke. Laut der Verfügung bestehen hinsichtlich dieses Netzes keine vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften; der Vorbehalt sei von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht worden (Rz. 33 der Verfügung).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion befragt, ob sich bestehende öffentlich-rechtliche Vorschriften im

Strommarkt auf die Übertragungs- oder die Verteilernetze bezögen. Sie hat diese Frage nicht beantwortet. Eine Überprüfung rechtfertigt sich bezüglich des Zusammenschlussvorhabens nicht, da sich die Beschwerdeführerinnen bezüglich ihrer Weigerung, Dritten die sofortige diskriminierungsfreie Durchleitung zu gewähren, nicht auf öffentlich-rechtliche Vorschriften beriefen (Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 24).

Daraus ist zu schliessen, dass die Vorinstanz Existenz und Bedeutung vorbehaltener Vorschriften nicht geprüft hat, weil die Beschwerdeführerinnen solche nicht geltend gemacht haben. Das haben sie deshalb nicht getan, weil das Vorhaben ihres Erachtens unabhängig von allfälligen vorbehaltenen Vorschriften kartellrechtlich unbedenklich sei (Eingabe vom 8.2.2006, S. 22). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält fest, dass die Vorinstanz die Existenz vorbehaltener Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären hat, und nicht nur dann, wenn sich die Verfügungsadressaten ausdrücklich auf solche berufen.

Die Verweigerung der Stromdurchleitung fällt als unzulässige Verhaltensweise (Art. 7 KG) nur in Betracht, wenn keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen. Vorliegend geht es nicht um die Frage unzulässiger Verhaltensweisen, sondern um die Auswirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses und die Beurteilung der von der Vorinstanz verfügten Auflagen oder Bedingungen. Entsprechende Massnahmen, die die Wettbewerbskommission im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens ausspricht, müssen vorbehaltene Vorschriften ebenfalls respektieren. Denn die Wettbewerbskommission ist weder bei der Verhaltens- noch bei der Strukturkontrolle zuständig, bestehende öffentlich-rechtliche Vorschriften mittels Verfügung ausser Kraft zu setzen. Dies ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. im Übrigen Erwägung 5.4.6. c).

4. Formelles

4.1. Gehörsanspruch allgemein und Verfahren bei Auflagen und Bedingungen

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

Wer vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509). Der Umfang des Gehörsanspruchs hängt von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab: Je grösser die Gefahr der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen, desto umfassender ist der Gehörsanspruch (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1677).

Artikel 25 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) fasst die genannten Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen. Die Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation (zum Begriff vgl. J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 510) sollen sicherstellen, dass die Einzelnen nicht als Objekte, sondern als Subjekte wahr- und ernst genommen werden. Sie stehen damit im Dienst der Menschenwürde. Darüber hinaus soll der Einbezug der Rechtssubjekte in das Verfahren zur Richtigkeit des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und zur besseren Akzeptanz des Entscheids beitragen (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 510 f.; ferner ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 240, Rz. 838 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 254, Rz. 35 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 45 f., Rz 129; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBI 3/1998 S. 97 ff., S. 100; zu den einzelnen Aspekten des Gehörsanspruch vgl. im Übrigen auch RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 509 f., sowie RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 677 ff.).

Zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation zählt zunächst der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Gehörsanspruch im engeren Sinn). Er umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, den Anspruch auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung. Letzteres bildet das Kernstück des rechtlichen Gehörs (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 520 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest seine wesentlichen Elemente bekannt geben (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 1680 f.).

Zentral ist ferner der Anspruch auf Begründung eines Entscheids. Die Begründungspflicht sichert die spezifisch juristische Qualität des Urteils; die Argumentation muss sich mit den verschiedenen rechtlich relevanten Gesichtspunkten auseinandersetzen (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 537). Die Begründung soll den Rechtssubjekten zeigen, dass sich die Behörde mit ihren Eingaben und Interessen sorgfältig auseinandergesetzt hat. Sie muss umso einlässlicher sein, je intensiver ein Entscheid in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, je komplexer die zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind und je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde ist. Ein mangelhaft begründeter Entscheid ist auf Beschwerde hin grundsätzlich aufzuheben; ein Nachschieben der Begründung im Rechtsmittelverfahren genügt in der Regel nicht, um davon abzuweichen (vgl. im Einzelnen J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 535 ff.). Die Begründung darf sich auf diejenigen Aspekte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet werden; allerdings muss aus der Motivierung ersichtlich sein, wieso die Behörde die vorgebrachten Äusserungen und Einwendungen für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig gehalten hat (MICHELE ALBERTINI,

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und S. 404).

Laut der herrschenden Lehre sind die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in das Verfahren möglichst einzubeziehen und sie sollen Gelegenheit erhalten, selber Vorschläge zur Überwindung einer allenfalls bedenklichen Wettbewerbssituation zu machen (PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39–44 KG, in: ROGER ZÄCH, Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 168). Auflagen sollen nicht einseitig verordnet, sondern in einem dialogischen Verfahren mit den Parteien erarbeitet werden. Falls die erarbeiteten oder von den Unternehmen unterbreiteten verbindlichen Massnahmen als ungenügend beurteilt werden, hat die Behörde den Zusammenschluss zu untersagen (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 835, Rz. 836, Rz. 839; vgl. auch Botschaft vom 23.11.1994 zum revidierten Kartellgesetz, BBl 1995 I S. 468 ff., S. 612; ferner DUCREY/DROLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Hrsg.: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY], Zürich 1997, Art. 10 KG, Rz. 49 und Rz. 51; FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 156 ff., S. 413); PATRIK DUCREY in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] [Hrsg.: VON BÜREN/DAVID], Band V/2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 301, S. 313).

In der Praxis erfolgt in der vertieften Prüfung regelmässig nach zirka sechs Wochen eine vorläufige Beurteilung. Bestätigen sich die ursprünglichen Bedenken, wird die vorläufige Beurteilung den Beteiligten zur schriftlichen Stellungnahme innert einer kurzen Frist zugestellt. Bestehen die Bedenken auch danach fort, fordert der Kammerpräsident die beteiligten Unternehmen auf, Vorschläge über strukturelle Änderungen des Vorhabens einzureichen. Diese werden geprüft und können auf Wunsch der Beteiligten mit der Behörde diskutiert werden. Gehen keine Vorschläge ein oder sind sie ungeeignet, unterbreitet das Sekretariat der Entscheidbehörde eine Untersagungsverfügung (DUCREY, SIWR Bd. V/2, a.a.O., S. 312 f.).

4.2. Beschwerde und Vernehmlassung

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) sowie des Gebots des kooperativen Verwaltungshandelns im Zusammenschlussverfahren. Die Auflagen stellten den Kernpunkt der Verfügung dar. Da sie weit reichende Konsequenzen hätten, wäre eine vorgängige Anhörung zwingend gewesen. Man hätte Gelegenheit erhalten müssen, selber Vorschläge zur Überwindung einer allenfalls problematischen Wettbewerbssituation zu formulieren. Dieses Vorgehen sei zwecks angemessener Berücksichtigung unternehmerischer Anliegen sogar für den Fall vorgesehen, dass ein Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen worden sei (Art. 37 Abs. 2 KG). Umso mehr müsse auf diese Weise vorgegangen werden, wenn ordnungsgemäss Meldung erstattet werde. Auflagen dürften von der

Wettbewerbskommission nicht einseitig verordnet werden, sondern seien in einem dialogischen Verfahren zu erarbeiten. Die Beschwerdeführerinnen hätten vor Erlass der Verfügung nie Gelegenheit erhalten, sich zu den Auflagen zu äussern. Sie hätten schriftlich darüber informiert werden müssen, dass eine Zulassung ohne Auflagen nach Auffassung der Behörde auch nach der vertieften Prüfung nicht möglich sei. Mangels vorgängiger Information habe keine Gelegenheit bestanden, die Behörde auf den unsachlichen und unverhältnismässigen Charakter der Auflagen sowie auf die mit ihnen verbundenen technischen und betrieblichen Probleme hinzuweisen.

Die Vorinstanz entgegnet, die Beschwerdeführerinnen hätten den Antrag des Sekretariates betreffend Eröffnung einer vertieften Prüfung erhalten. Diesem sei zu entnehmen gewesen, dass Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung bestünden. Der Antrag habe auch auf die Bestimmungen des Stromversorgungs- und des Elektrizitätsgesetzes (StromVG, EleG) zur Stellung des schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers hingewiesen, welchen das Vorhaben noch nicht Rechnung trage. Aufgrund des Antrages sei den Beschwerdeführerinnen der voraussichtliche Inhalt der Verfügung klar gewesen (mögliche Feststellung der Begründung bzw. Verstärkung einer beherrschenden Stellung, Zulassung des Vorhabens höchstens unter Auflagen entsprechend der geplanten gesetzlichen Regelung). Sie hätten im Schreiben vom 16. Februar 2005 denn auch Vorschläge dazu vorgetragen, wie sie den künftigen spezialgesetzlichen Regelungen Rechnung tragen wollten. Somit treffe nicht zu, dass sie keine Gelegenheit gehabt hätten, eigene Vorschläge zu präsentieren, um eine bedenkliche Wettbewerbssituation zu beseitigen. Sie hätten denn auch Vorschläge unterbreitet. Die Vorinstanz habe diese geprüft und sie für ungenügend befunden. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs setze nicht voraus, dass die Beschwerdeführerinnen nochmals zur Präsentation von Vorschlägen eingeladen würden.

4.3. Beurteilung der Wahrung des Gehörsanspruchs

Vorliegend ist zunächst festzustellen, dass die von der Vorinstanz verfügten Auflagen betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat, die unmittelbare Gewährung des Anspruchs auf Netzzugang, die Veröffentlichung von Netznutzungstarif und -bedingungen sowie die Erstellung von Kostenrechnungen für das Netz und dessen Betrieb für die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen weit reichende Konsequenzen haben. Entsprechend hätten ihnen die wesentlichen Verfügungselemente vorgängig mitgeteilt und hätte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden müssen.

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass den Beschwerdeführerinnen der wesentliche Inhalt der Verfügung bekannt sein muss, damit eine vorgängige Stellungnahme möglich ist. Sie argumentiert vielmehr, dies sei der Fall gewesen, da der voraussichtliche Inhalt der Verfügung aus dem Antrag des Sekretariates auf Durchführung einer vertieften Prüfung ersichtlich gewesen sei.

Diese Folgerung verbietet sich aus folgenden zwei Gründen:

Erstens nennt der Antrag zwar Indizien für eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse im Übertragungsmarkt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Zur Frage, ob Verbesserungen auf einem anderen Markt vorhanden sind, die diese Nachteile überwiegen (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG), enthält er jedoch keinerlei Aussagen. Aufgrund des Antrags war schon deshalb nicht klar, dass die Voraussetzungen einer Untersagung oder Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen erfüllt sein würden. Daher konnten die Beschwerdeführerinnen nicht wissen, dass nach Auffassung der Vorinstanz nur eine Zulassung mit Auflagen in Betracht fallen würde.

Zweitens kann dem Antrag nicht entnommen werden, dass der Hinweis auf die Bestimmungen in Elektrizitäts- und Stromversorgungsgesetz bedeutet, dass die Vorinstanz entsprechende Auflagen zu verfügen und damit bezüglich ausgewählter Aspekte der Gesetzgebung interimistisch und partiell an die Stelle des Gesetzgebers zu treten beabsichtigte. Das ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Antrags noch aus dem Sachzusammenhang (Laut dem Antrag bestehen Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Die Voraussetzungen einer vertieften Prüfung seien daher erfüllt [Rz. 66 des Antrags]. Dazu könne angemerkt werden, dass die Entwürfe des Stromversorgungs- und des Elektrizitätsgesetzes die Gründung eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers vorsähen, diese jedoch an die in den Gesetzen enthaltenen Bedingungen knüpften [Rz. 67 des Antrags]. Anschliessend werden solche Regelungen aufgezählt [Rz. 68 des Antrags]).

Aus dem Antrag war somit weder ersichtlich, zu welchem Ergebnis die Prüfung hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen gelangen würde, noch, ob und welche Auflagen oder Bedingungen ausgesprochen werden würden. Für die Beschwerdeführerinnen bestand daher kein Anlass, damit zu rechnen, dass die Vorinstanz im Rahmen einer vertieften Prüfung Auflagen zwecks sofortiger umfassender Marktöffnung ohne Übergangsfristen erlassen würde. Dies ergibt sich weder aus der partiellen Prüfung gemäss Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG (Rz. 34-66 des Antrags), noch kann es aus dem Verweis auf Bestimmungen von Stromversorgungs- und Elektrizitätsgesetz geschlossen werden. Die Beschwerdeführerinnen kannten den voraussichtlichen wesentlichen Inhalt der Verfügung somit nicht.

Sodann ist festzuhalten, dass Auflagen gemäss einhelliger Lehre nicht einseitig zu verfügen, sondern in einem dialogischen Prozess mit den Beteiligten zu erarbeiten sind (für Nachweise vgl. Erwägung 4.1.). Der Grund ist darin zu erblicken, dass Auflagen und Bedingungen die Wirtschaftsfreiheit und die unternehmerische Verantwortlichkeit tangieren können. In einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung dürfen die Behörden den Unternehmen nicht vorschreiben, was sie zu tun haben. Ausserdem lässt sich im Gespräch besser als bei einseitiger Verfügung abstimmen, mit

welcher mildesten Massnahme das angestrebte Ziel erreicht werden kann (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Die Vorinstanz erläutert nicht, weshalb sie die Beteiligten im vorliegenden Verfahren nicht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung informiert und zur Stellungnahme eingeladen hat, und weshalb die Auflagen nicht dialogisch erarbeitet wurden. Zwar ist ihr zuzustimmen, dass sie gemäss Artikel 37 Absatz 4 des Kartellgesetzes eigene Massnahmen treffen kann, wenn Vorschläge der Beteiligten zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 37 Abs. 2 KG) nicht ausreichen. Doch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Behörde auch bei ordnungsgemässer Meldung eines Zusammenschlussvorhabens Auflagen einseitig verfügen darf, trifft die Beteiligten in diesem Fall doch keinerlei Mitschuld an einer Wettbewerbsbeseitigung zufolge Schaffung vollendeter Tatsachen. Weiter trifft zwar zu, dass die beteiligten Unternehmen bereits früh von sich aus Vorschläge zur Abänderung des Vorhabens unterbreiteten. Daraus ist nicht zu folgern, dass die Vorinstanz unter Einbezug der Beteiligten verfahren hat. Vorschläge der Beteiligten entbinden die Vorinstanz nicht davon, die üblichen Wege zu beschreiten, das heisst eine vorläufige Beurteilung zuzustellen, welche die Aspekte nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes einschliesst, Vorschläge einzuverlangen oder ihre eigenen solchen zu präsentieren, zu begründen, weshalb die Vorschläge der Unternehmen ungenügend sind, gegebenenfalls Einigungsgespräche zu führen und mangels einer für beide Seiten tragbaren Lösung den Zusammenschluss zu untersagen anstatt einseitig Massnahmen zu verfügen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die verfahrensrechtlichen Anforderungen und Standards in mehrfacher Hinsicht nicht eingehalten hat. Der Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör wurde daher verletzt.

4.4. Kassation und Rückweisung versus reformatorischer Entscheid in der Sache

Weil die Garantie des Gehörsanspruchs formeller Natur ist, zieht seine Verletzung prozessuale Wirkungen nach sich. Die angefochtene Verfügung wird grundsätzlich aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese aus der verfassungsmässigen Sicht resultierende Rechtsfolge der Gehörsverletzung steht in einem Spannungsverhältnis zu den gesetzlichen Verfahrensordnungen, namentlich zum Verwaltungsverfahrensgesetz, das in Artikel 61 in erster Linie einen reformatorischen Entscheid der Rechtsmittelbehörde vorsieht. Aus der formellen Natur des Gehörsanspruchs folgt nicht, dass die Rechtsmittelbehörde in allen Fällen verpflichtet ist, den Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (ALBERTINI, a.a.O., S. 452). Denn der Grundsatz der Aufhebung der Verfügung und der Rückweisung der Sache hat Grenzen (vgl. RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 516 f.):

Der Grundsatz kann zunächst durchbrochen werden, wenn die Kassation Rechtssicherheit und Verhältnismässigkeit in Frage stellen würde, wenn die Gehörs-

verletzung nicht als relevant erscheint oder wenn die Beschwerde materiell von vorneherein aussichtslos erscheint (ALBERTINI, a.a.O., S. 455 ff.). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben. Die Gehörsverletzung kann nicht als irrelevant bezeichnet werden, und die Verfügung hat auch materielle Mängel. Deshalb ist die Beschwerde nicht aussichtslos.

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

Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht diese Möglichkeit dann, wenn die Vorinstanz zu erkennen gibt, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde, so dass die Rückweisung wenig Sinn hätte, weil sich die Rekursinstanz dann ein zweites Mal mit der Sache befassen müsste, diesmal mit den materiellen Anliegen. Von einer Rückweisung kann auch abgesehen werden, wenn das Interesse des Beschwerdeführers an einer möglichst förderlichen Erledigung der materiellen Streitsache mit seinem Interesse an der Einhaltung seines Gehörsanspruchs kollidiert (ALBERTINI, a.a.O., S. 459, mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung).

Die Äusserungen der Vorinstanz im Rahmen der Instruktion lassen darauf schliessen, dass damit zu rechnen ist, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde. Daher wäre bei einer Rückweisung damit zu rechnen, dass sich die Rekursinstanz mit dem Geschäft erneut zu befassen hätte. Im Übrigen überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der förderlichen Erledigung der Streitsache ihr Interesse an der Einhaltung des Gehörsanspruchs, zumal seit Aufnahme des zeitlich beschränkten Prüfungsverfahrens bereits ein Jahr verstrichen ist. Das überwiegende Interesse an einer raschen materiellen Entscheidung ergibt sich aus den Umständen, dass sie in der Beschwerde einen materiellen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen beantragen (Abänderung der Auflagen durch die Beschwerdeinstanz), ferner daraus, dass sie mit dem Antrag, die Auflagen seien vorsorglich zu mildern, bis vor das Bundesgericht gezogen sind. Es ergibt sich auch daraus, dass im Falle der Rückweisung mit weiteren ungelösten Fragen zu rechnen ist: Ist eine erneute Prüfung des Zusammenschlusses angesichts der Regel, nach welcher der Entscheid innert vier Monaten seit der Meldung zu fällen ist (vgl. Art. 33 Abs. 3 KG), überhaupt noch möglich? Unterliegt die Verfahrensdauer noch einer zeitlichen Beschränkung, wenn die Rekursinstanz eine fristgerecht erlassene Verfügung

aufhebt? Schliesslich verzichten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 8. Februar 2006 (S. 23) ausdrücklich auf die volle Wahrung des Instanzenzugs und bekräftigen ihr überwiegendes Interesse an einem reformatorischen Entscheid in der Sache, demnach den intensiven Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts entgegenstehe.

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

Aus diesen Gründen trifft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vorliegend einen reformatorischen Entscheid in der Sache.

5. Materielles

5.1. Eingriffsvoraussetzungen bei der Zusammenschlusskontrolle

Der Normalfall der kartellrechtlichen Prüfung besteht in der Kontrolle konkreten Verhaltens gemäss Artikel 5 oder Artikel 7 des Kartellgesetzes. Ausnahmsweise kann die Wettbewerbsbehörde **unabhängig** von einer bestimmten Verhaltensweise eingreifen, wenn ein Unternehmenszusammenschluss den Markt derart verändert, dass wirksamer Wettbewerb bereits aus **strukturellen** Gründen beseitigt werden kann.

Ein solcher Eingriff setzt zunächst voraus, dass das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Zweitens setzt ein solcher Eingriff voraus, dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile dieser marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

Grund dieser zweistufigen Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen ist, dass sich ein und dasselbe Zusammenschlussvorhaben auf verschiedenen Märkten unterschiedlich auswirken kann. Daher muss die Wettbewerbsbehörde eine Gesamtbetrachtung anstellen. Diese umfasst auch die voraussichtliche künftige Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG) sowie alle weiteren Umstände des Einzelfalls (ZÄCH, a.a.O., Rz. 796). Dies gilt sowohl hinsichtlich des Aspekts der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, wie auch für die Verbesserungen in einem anderen Markt.

Die Formulierung "Entstehung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann" meint eine gegenüber der Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung in Artikel 4 Absatz 2 des Kartellge-

setzes qualifizierte Form der Marktbeherrschung (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz 780. ff.; VENTURI, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand [Hrsg.: TERCIER/BOVET], Genf/Basel/München 2002, Art. 10, Rz. 58). Marktbeherrschend gemäss Artikel 4 Absatz 2 des Kartellgesetzes ist, wer sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (vgl. Art. 7 Abs. 1 KG). Für Marktbeherrschung im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a des Kartellgesetzes wird mehr verlangt, nämlich dass das entstehende Unternehmen verhindern kann, dass existierende Konkurrenten sich ihm gegenüber weiterhin als Wettbewerber verhalten, dass es in der Lage ist, vorhandene Konkurrenten aus dem Markt zu drängen oder dass es verhindern kann, dass neue Konkurrenten auf den Markt treten können (ZÄCH, a.a.O., Rz. 783 f.).

Ob das Zusammenschlussvorhaben eine solchermaßen qualifizierte beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, beurteilt sich aufgrund des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (ZÄCH, a.a.O., Rz. 796). Verglichen werden je die Verhältnisse vor und nach dem Zusammenschluss. Die mutmasslichen Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens werden in einer dynamischen Betrachtungsweise abgeschätzt, also einer Betrachtung im Zeitverlauf. Es ist eine Prognose darüber zu erstellen, ob das Vorhaben eine Marktstellung bewirkt, die wirksamen Wettbewerb auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt beseitigen kann. Die Untersagung eines Vorhabens oder die Zulassung unter Bedingungen und Auflagen setzen voraus, dass aktueller Wettbewerb vor dem Zusammenschluss **existiert**. Das Vorhaben muss für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kausal sein (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 812; VENTURI, a.a.O., Art. 10, Rz. 47). Fehlt aktueller Wettbewerb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben, kann er durch das Vorhaben auch nicht beseitigt werden. Das Vorhaben führt dann nicht zu einer wettbewerbsbeseitigenden beherrschenden Stellung. Die Prüfung ist diesfalls zu Ende und das Vorhaben ohne weiteres zuzulassen.

Steht hingegen fest, dass der Zusammenschluss auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist die zweite Voraussetzung eines Eingriffs zu prüfen. Sie ist erfüllt, wenn das Vorhaben keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, die die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegen. Der Zusammenschluss muss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt ebenfalls kausal sein (ZÄCH, a.a.O., Rz. 820).

Die Abwägung von Artikel 10 Absatz 2 Buchstaben a und b des Kartellgesetzes verlangt eine Gewichtung der Nachteile (Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt) und der Vorteile (Verbesserungen auf anderen Märkten). Geeignete und einigermaßen objektive Messgrössen existieren nicht. Ab welchem

Punkt eine Verbesserung in einem anderen Markt die Nachteile überwiegt, ist unklar. Dieser Wertungsentcheid ist daher äusserst anspruchsvoll. Die Literatur bietet dabei keine Hilfestellungen; sie konkretisiert die Grundsätze der Wertung in keiner Weise. Die Behörde ist bei der Abwägung somit auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen. Sie muss aufgrund nachvollziehbarer Überlegungen gewichten (vgl. dazu Erwägung 5.3.2. c).

Ergeben sich überwiegende Verbesserungen in einem anderen Markt, ist der Zusammenschluss ohne weiteres zuzulassen. Andernfalls ist zu prüfen, ob er zu untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zuzulassen ist (vgl. Erwägung 4.1. am Ende).

5.2. Begründung oder Verstärkung einer möglicherweise wettbewerbsbeseitigenden marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG)?

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung, der Prüfung des aktuellen Wettbewerbs im relevanten Markt und der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf diesen Markt bilden die tatsächlichen Marktbeziehungen oder Austauschverhältnisse.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Verfügung keine Angaben dazu enthält, welche Akteure wem was anbieten oder was von wem nachfragen. In der Frage, inwiefern bestimmte Marktteilnehmer bei der Stromübertragung als Marktgegenseite bezeichnet werden können und welches die aus deren Sicht austauschbaren Güter sind, bleibt die Verfügung sehr vage. Daher hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien im Rahmen der Instruktion eingehend zu den Realia des Strommarktes im weitesten Sinne, zu den Marktbeziehungen unter den verschiedenen Akteuren, zur Bestimmung der Marktgegenseite und zur Austauschbarkeit der von ihnen nachgefragten Güter sowie zur räumlichen Marktabgrenzung befragt. Aus den Akten, den Eingaben der Vorinstanz vom 27. Januar und vom 6. Februar 2006 sowie den Eingaben der Beschwerdeführerinnen vom 27. Januar und vom 8. Februar 2006 ergibt sich Folgendes:

5.2.1. Realia des Elektrizitätsmarktes im weitesten Sinn

Das Höchstspannungsnetz (Übertragungsnetz) besteht aus Anlagen der Spannungsebenen 380 und 220kV einschliesslich Transformierung zwischen diesen Spannungsebenen. Es bildet ein einheitliches Netz; isolierte Inseln bestehen in der Schweiz nicht. Das Übertragungsnetz dient einerseits dem Stromtransit durch die Schweiz, andererseits dem Stromtransport von den Produktionsstandorten grosser Anlagen zu den Verbrauchszentren.

Das Übertragungsnetz ist ein von den Leitungseigentümern gemeinsam genutztes Verbundnetz. Elektrischer Strom fliesst beliebig über dieses Netz. Es lässt sich nicht feststellen, über wessen Leitungen Strom fliesst, der an einem bestimmten Punkt in das Netz eingespiesen wird, und man kann nicht sagen, woher

der Strom kommt, der an einem anderen Punkt aus dem Netz entnommen wird.

Unternehmen oder Anlagen, die direkt beziehungsweise über Transformatoren an das Übertragungsnetz angeschlossen sind, speisen entweder Strom ins Netz ein oder sie speisen Strom aus diesem aus. Einspeiser sind die ausländischen Übertragungsnetze sowie die grössten Kraftwerke (Kernkraftwerke, grosse hydraulische Speicherkraftwerke). Die Ausspeisung erfolgt mittels Transformatoren durch den Betreiber des Netzes. Direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind die überregionalen und regionalen Verteilnetze (Hochspannungsnetze) sowie einzelne sehr grosse Endverbraucher wie das CERN.

Hochspannungsnetze sind separate, überregionale (teils auch regionale) Verteilnetze, die untereinander nur indirekt über das Höchstspannungsnetz verbunden sind. Sie werden auf den Spannungsebenen 150 - 50kV betrieben. Wiederum über Transformatoren sind Mittelspannungsnetze als regionale Verteilnetze (Spannungsebene 30-1kV) an den Hochspannungsnetzen angeschlossen. Die Niederspannungsnetze als lokale Verteilnetze (Spannungsebene bis 1kV, i.d.R. 0,4kV) hängen, wiederum über Transformatoren, an den Mittelspannungsnetzen.

Die Einspeisung von Strom durch die Produzenten erfolgt auf unterschiedlichen Netzebenen. Die grössten Kraftwerke speisen in die Höchstspannungsebene ein, Laufwasserkraftwerke in der Regel in die Hochspannungsebene, Kleinkraftwerke in der Regel in ein Mittel- oder Niederspannungsnetz. Massgeblich dafür sind die Stromtragfähigkeit der Netze sowie Effizienzüberlegungen (Investitionskosten, Energie- und Übertragungsverluste). Am effizientesten ist die Produktion möglichst nahe am Verbraucher.

Strom kann sowohl von höheren auf tiefere Spannungen als auch von tieferen auf höhere transformiert werden. Indessen ist jede Transformation mit einem Energieverlust verbunden. Eine Transformation von tieferen auf höhere Netzebenen erfolgt bei den Kraftwerken (die Generatorspannung ist nicht identisch mit Netzspannung), aber auch dann, wenn überschüssige Energie von einer tieferen in eine höhere Netzebene abgeführt werden muss, weil der Verbrauch auf der tieferen Ebene kleiner ist als die dort erzeugte oder eingespiesene Energie. Verbrauch und Erzeugung beziehungsweise Ein- und Ausspeisung müssen immer im Gleichgewicht sein, da die Netze sonst zusammenbrechen (*black-out*).

Weil verschiedene Anlagen des Übertragungsnetzes direkt oder über Transformatoren miteinander verknüpft sind, bedarf es der Abstimmung. Daher bestehen Regelzonen, für die je ein Überlandwerk verantwortlich ist (Überlandwerk = Unternehmen, das über Höchstspannungsanlagen verfügt, eine Regelzone betreibt und die UCTE-Anforderungen in Europa einhält). Diese Aufgabe, die heute von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen erfüllt wird, soll künftig von der Swissgrid erfüllt werden (Zusammenführung der sieben bestehenden Regelzonen).

Die verschiedenen Netzebenen erfüllen unterschiedliche Funktionen. Das Übertragungsnetz dient der Stromfortleitung über weite Distanzen, die unterliegenden Verteilnetze dienen der überregionalen, regionalen und lokalen Grob- und Feinverteilung von Strom. Massgeblich für den Anschluss von (Gross-)Verbrauchern an eine bestimmte Netzebene sind der Umfang des Konsums, die geografische Nähe zu einer Netzebene und das Verhältnis der Kosten von Energie und Netznutzung bei einem Bezug ab einer bestimmten Netzebene zur Höhe von Investitionen in eigene Netzanlagen. Im Rahmen einer Gesamtkostenoptimierung suchen Grossverbraucher möglichst günstige Netzanschlüsse. Je mehr Grossverbraucher einen direkten Anschluss an das Übertragungsnetz realisieren, desto teurer wird die Netznutzung für die verbliebenen Verbraucher auf einer tieferen Netzebene, und je mehr Anschlüsse ans Übertragungsnetz bestehen, desto störungsanfälliger wird zudem das Netz und desto schwieriger sein Betrieb (sinkende Versorgungssicherheit).

Die Netzbetreiber sind weder im heutigen Recht noch aufgrund des Stromversorgungsgesetzes verpflichtet, Gesuchen um Anschluss an das Übertragungsnetz zu entsprechen. Inwiefern sie dazu im Einzelfall gestützt auf das Kartellgesetz verpflichtet werden könnten (Verweigerung eines Direktanschlusses als unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG?), wurde bisher nie beurteilt und ist somit offen.

5.2.2. Zu unterscheidende Märkte, Anbieter und Nachfrager der Stromübertragung

Die Vorinstanz unterscheidet im Elektrizitätsmarkt im weitesten Sinn folgende Märkte: Übertragung, Verteilung, Produktion, Versorgung und Handel. Übertragung und Verteilung fasst sie als separate Dienstleistungsmärkte auf, die Stromversorgung als Produktmarkt. Jede Art der Lieferung von Strom ist ein Vorgang der Stromversorgung. Die Märkte für Stromverteilung und für -versorgung sind nicht einheitliche Märkte, sondern je nach den Umständen weiter aufzuteilen (vgl. Rz. 42 ff. der Verfügung).

Wer das Produkt "Strom" nachfragt, fragt gleichzeitig eine Transportdienstleistung nach. Diese wird auch als Netznutzung bezeichnet. Elektrischer Strom kann nur über Leitungen fließen. Die Leitungsnetze müssen von jemandem betrieben werden. Das Produkt (Strom) und die entsprechende Dienstleistung (Übertragung auf Höchstspannungs- oder Verteilung auf Hoch-, Mittel- oder Niederspannungsebene) werden daher als Paket nachgefragt.

Anbieter von Stromübertragungsleistungen sind die Betreiber des Übertragungsnetzes. Marktgegenseite ist, wer die Stromübertragung nachfragt. Die Parteien vertreten unterschiedliche Meinungen zur Frage, wer als Nachfrager der Stromübertragung zu gelten hat. Die Vorinstanz bezeichnet Produzenten, Händler, Versorger und Verbraucher als Marktgegenseite. Dabei differenziert sie nicht danach, auf welcher Netzebene die Marktgegenseite Strom ein- oder ausspeist, oder danach, ob die Marktgegenseite direkt am Übertragungs- oder am Verteilnetz (unterschiedliche

Ebenen) angeschlossen ist. Entsprechend dieser Logik sind für die Vorinstanz auch alle Elektrizitäts-, Industrierwerke und Kleinkonsumenten Nachfrager von Stromübertragung. Laut den Beschwerdeführerinnen sind es bei den heutigen Marktverhältnissen vor allem die Eigentümer des Höchstspannungsnetzes (in ihrer Eigenschaft als Energielieferanten), welche die Stromübertragungsdienstleistung beanspruchen. Erst im Zuge der bevorstehenden Marktöffnung könnten durch die Wahl von anderen als den angestammten Stromlieferanten vermehrt auch Dritte Übertragungsdienstleistungen nachfragen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass zwischen Übertragungsdienstleistern und Elektrizitäts- und Industrierwerken in der Regel keine Vertragsbeziehungen über die Netznutzung bestehen. Die Elektrizitäts- und Industrierwerke unterhalten Marktbeziehungen nicht mit diesen Netzbetreibern, sondern mit Unternehmen, die auf der Stufe der Verteilnetze als Anbieter in den Märkten für Stromversorgung tätig sind (z.B. kantonale Elektrizitätswerke). Die Vorinstanz widerspricht dieser Darstellung der Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 6. Februar 2006 nicht.

5.2.3. Argumentation der Vorinstanz zur Beseitigung aktuellen Wettbewerbs

Die Vorinstanz stützt ihre Folgerung, der Zusammenschluss sei kartellrechtlich problematisch, auf die Befragung diverser Elektrizitäts- und Industrierwerke. Diese verfügten bei Strombezug und -übertragung heute teilweise über Ausweichmöglichkeiten (Rz. 58 ff., Rz. 63, Rz. 65 ff. der Verfügung). Sie könnten die Stromübertragung von verschiedenen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beanspruchen. Nach dem Zusammenschluss werde nur noch Swissgrid diese Leistung anbieten (Rz. 69, 71 der Verfügung). Angesichts der resultierenden Beseitigung des aktuellen Restwettbewerbs und wegen des vernachlässigbaren potenziellen Wettbewerbs (Rz. 72 ff. der Verfügung) begründe oder verstärke das Vorhaben eine wettbewerbsbeseitigende marktbeherrschende Stellung (Rz. 82 der Verfügung).

5.2.4. Sachlich relevanter Markt

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

Laut der Verfügung ist vom Zusammenschluss in sachlicher Hinsicht einzig der Markt für Stromübertragung betroffen. Er wird als Markt für die Fortleitung von Elektrizität über Leitungen der Spannungsebenen 220/380 kV definiert (Rz. 41 ff. der Verfügung).

a) Existenz eines Marktes für Stromübertragung?

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die sachliche Marktabgrenzung nicht explizit, argumentieren jedoch im Zusammenhang mit der angeblichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Rz. 44 ff. der Verwaltungsbeschwerde), mangels eines Angebots von

Übertragungskapazität gegen Entgelt existiere kein Markt für die Übertragung von Strom. Die Übertragungsnetze würden fast ausschliesslich von den jeweiligen Eigentümern im Rahmen bestehender Eigentumsrechte und eigentumsähnlicher Transportrechte genutzt. Nach Auffassung der Vorinstanz folgt aus dem Umstand, dass ein Unternehmen seine Infrastruktur Dritten nicht zur Verfügung stellt, nicht, dass dafür kein Markt besteht. Die Abgrenzung eines Marktes für Stromübertragung stehe im Einklang mit der bundesgerichtlich abgestützten Praxis der Markt-abgrenzung im Strombereich (BGE 129 II 497).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat im Rahmen der Instruktion nähere Angaben zur Existenz eines Marktes für Stromübertragung einverlangt. Die Vorinstanz definiert den Begriff "Markt" als Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage unter Bestimmung von Preis und Leistung. Ein Markt für Stromübertragung könne abgegrenzt werden, weil die vorausgesetzten Anbieter und Nachfrager von Stromübertragung existierten (Anbieter = Netzbetreiber, Nachfrager = Marktgegenseite). Dass die Stromübertragung aufgrund der vertikalen Integration der Stromwirtschaft überwiegend von den Eigentümern der Übertragungsleitungen genutzt werde, ändere an der Existenz von Anbietern und Nachfragern (und damit eines Marktes) nichts. Die Stromübertragung habe einen Preis, auch wenn dieser nicht separat, sondern als Bestandteil des Strompreises verrechnet werde (Eingabe vom 27.1.2006, S. 5 ff.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt die Auffassung der Vorinstanz, nach welcher ein Markt für Stromübertragung existiert. Das ergibt sich daraus, dass die Stromübertragung angeboten und nachgefragt wird. Dass Angebot und Nachfrage auch und gerade innerhalb vertikal integrierter Unternehmen aufeinander treffen, ändert daran nichts. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen (Eingabe vom 27.1.2006, S. 14 f., und Eingabe vom 8.2.2006, S. 11), führt zu keinem gegenteiligen Schluss. Eine andere Frage ist, ob auf dem Markt für Stromübertragung Wettbewerb herrscht. Die Beschwerdeführerinnen trennen die zwei Aspekte "Markt" und "Wettbewerb" nicht; ihre Argumentation bezieht sich eher auf den Aspekt "kein Wettbewerb". Ob auf dem Stromübertragungsmarkt Wettbewerb besteht, ist nach der Abgrenzung des Marktes separat zu prüfen (vgl. Erwägung 5.2.6. und 5.2.7.).

b) Verfügung klärt Marktgegenseite und Austauschbarkeit nicht

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Daher überprüft sie die sachliche Markt-abgrenzung, obwohl sich die Beschwerdeführerinnen dazu in der Beschwerde abgesehen vom soeben genannten Aspekt nicht äussern.

Entsprechend der Definition von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung stellt sich bei der Abgrenzung des sachlichen Marktes zunächst die Frage, welche Akteure die jeweiligen Marktpar-

teien sind. Diese Frage kann auch im Elektrizitätsmarkt im weitesten Sinne nur beantwortet werden, wenn Klarheit darüber besteht, wer bezüglich welcher Ware oder Leistung was tut, oder konkret, wer wem was anbietet und wer von wem was nachfragt. Wie bereits erwähnt, führt die Verfügung nicht aus, wer mit wem in welchem Austauschverhältnis steht. Die Vorinstanz bestreitet dies nicht. Das ist daraus zu schliessen, dass sie die Frage, inwiefern sie geklärt habe, wer auf welchem Markt als Anbieter und Nachfrager auftrete, nur mit einem Verweis auf Randziffer 42 der Verfügung und einen weiteren Entscheid beantwortet (Eingabe vom 27.1.2006, S. 4). Diese Stellen liefern keine Antworten auf die gestellte Frage, weder allgemein noch mit Bezug auf die Elektrizitäts- und Industrierwerke, aus deren Aussagen die Vorinstanz Folgerungen für angeblichen aktuellen Wettbewerb zieht.

Sodann ist der sachliche Markt laut der zitierten Bestimmung aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Wer fragt ein Gut nach, und welche Güter sind aus der Sicht dieses Nachfragers austauschbar? Die Verfügung enthält beim sachlichen Markt (Rz. 41 ff.) auch zu diesen Fragen keinerlei Angaben. Erst bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes hält die Verfügung, allerdings wiederum ohne Begründung und ohne bezüglich der Elektrizitäts- und Industrierwerke zu differenzieren, fest, Marktgegenseite der Stromübertragung seien Produzenten, Händler, Versorger und Konsumenten (Rz. 51 der Verfügung). Hier und bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz (Rz. 57 ff. und Rz. 63 ff. der Verfügung) geht die Vorinstanz implizit davon aus, die Elektrizitäts- und Industrierwerke seien Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister. Zur Austauschbarkeit der Stromversorgung ab dem Verteilnetz und der Stromversorgung ab dem Übertragungsnetz oder zur Austauschbarkeit von indirekter und direkter Inanspruchnahme des Übertragungsnetzes äussert sich die Verfügung weder bei der Abgrenzung des sachlichen noch des räumlichen Marktes.

Für die Markt-abgrenzung sind diese Fragen jedoch zentral. Nur wenn sie klar beantwortet werden, lässt sich feststellen, wer bezüglich welchen Gutes mit wem im Wettbewerb steht. Lässt man diese Frage offen, bleibt die Definition des sachlichen Marktes unvollständig. Das eröffnet Spielräume für eine unzutreffende Abgrenzung des räumlichen Marktes, für eine intransparente Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sowie der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf diesen. An diesen Mängeln krankt denn auch die angefochtene Verfügung.

Die Abgrenzung des sachlichen Marktes durch die Vorinstanz ist aus diesen Gründen unvollständig und die darauf gestützte Verfügung materiell mangelhaft.

c) Beurteilung von Marktgegenseite und Austauschbarkeit

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Parteien im Rahmen der Instruktion dazu befragt, ob die Elektrizitäts- und Industrierwerke tatsächlich

Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister seien. Die Beschwerdeführerinnen verneinen diese Frage (Eingaben vom 27.1.2006, S. 8 f., S. 13 f., und vom 8.2.2006, S. 8 ff.). Die Vorinstanz gesteht zu, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke nur dann Marktgegenseite bildeten, wenn sie direkt an das Höchstspannungsnetz angeschlossen seien. Wenn sie ab einer tieferen Netzebene beliefert würden, seien sie nicht Marktgegenseite im engeren Sinn und beanspruchten die Stromübertragung nur indirekt. Durch Realisierung einer eigenen Verbindung zum Übertragungsnetz würden sie zur direkten Marktgegenseite (Eingaben vom 27.1.2006, S. 2 f., und vom 6.2.2006, S. 3, S. 6).

Beziehen Elektrizitäts- und Industrierwerke Strom von einem Lieferanten ab dem Verteilnetz, wie das heute in aller Regel der Fall ist, sind sie somit auch nach Auffassung der Vorinstanz nicht Marktgegenseite der Anbieter von Stromübertragung. Daher ist der Stromübertragungsmarkt nicht aus der Sicht dieser Elektrizitäts- oder Industrierwerke abzugrenzen. Sie sind für das Produkt "Strom" Nachfrager auf dem Versorgungsmarkt. Bezüglich der mit diesem Produkt verbundenen Dienstleistung "Stromtransport/Netznutzung" sind sie Nachfrager der Verteilungsdienstleistung. Anbieter dieser Güter sind ihre Stromlieferanten und die Betreiber der entsprechenden Verteilnetze. Auf diesen Produkte- und Dienstleistungsmärkten treten die Übertragungsdienstleister nicht auf.

Will man die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Stromübertragung und die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens darauf prüfen, ist auf die tatsächlichen Alternativen der effektiv auf *diesem* Markt als Nachfrager auftretenden Teilnehmer abzustellen. Dass Marktteilnehmer auf einem nachgelagerten Markt, konkret die Elektrizitäts- und Industrierwerke als Nachfrager auf den Märkten für Stromversorgung und für Stromverteilung, möglicherweise auf einen anderen Lieferanten (Strom) und einen anderen Stromverteiler (Netznutzung) ausweichen können, bedeutet nicht, dass die Akteure auf dem vorgelagerten sachlich relevanten Übertragungsmarkt ebenfalls über Ausweichmöglichkeiten verfügen. Für die Existenz aktuellen Wettbewerbs im Übertragungsmarkt wäre dies aber ausschlaggebend.

Da die Vorinstanz für die Elektrizitäts- und Industrierwerke, die Strom ab den Verteilnetzen beziehen und Verteilleistungen nachfragen, die Möglichkeit eines Direktanschlusses an das Übertragungsnetz als Ausweichmöglichkeit postuliert, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien im Rahmen der Instruktion auch zur Austauschbarkeit des Strombezugs ab dem Verteilnetz und ab dem Übertragungsnetz befragt. Die Beschwerdeführerinnen führen diesbezüglich aus, angesichts der hohen Investitionskosten und regulatorischer Schranken des Baus entsprechender Anlagen (Unterstationen zur Transformation des Stroms auf eine tiefere Spannungsebene und Leitungen zum entsprechenden Werk) seien solche Ausweichmöglichkeiten zu verneinen (Eingaben vom 27.1.2006, S. 9 ff., und vom 8.2.2006,

S. 9 f., S. 14). Aus der Sicht der Vorinstanz ist Substituierbarkeit zu bejahen, auch wenn diese Ausweichmöglichkeit nur ein imperfektes Substitut darstelle. Die Märkte seien nicht nach der Stromspannung abzugrenzen. Die Unterscheidung von Stromübertragung und -verteilung beruhe auf den dafür notwendigen Infrastrukturen, die nicht identisch und nicht austauschbar seien. Strom könne aber auf tiefere Spannungen transformiert werden, was bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Angebotsumstellungsflexibilität zu berücksichtigen sei (Eingaben vom 27.1.2006, S. 3 und S. 14 f., und vom 6.2.2006, S. 5).

Die Verfügung selber enthält keinerlei Angaben zur Angebotssubstituierbarkeit und zu den imperfekten Substituten. Soll eine bestimmte Ausweichmöglichkeit aber zum sachlichen Markt geschlagen werden, muss diese Ausweichmöglichkeit plausibel sein. Vorliegend sind vor allem die Kosten und die regulatorischen Schranken der Realisierung solcher Anlagen zu beachten. Zu den von der Vorinstanz in der Vernehmung und den Eingaben vom 27. Januar 2006 und vom 6. Februar 2006 nachträglich vorgebrachten Argumenten, welche auf eine Erweiterung des sachlichen Marktes zielen, hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Folgendes fest:

Das Argument der Angebotssubstituierbarkeit erweist sich als nicht stichhaltig. Zwar ist bei der Marktabgrenzung nicht nur die Nachfragesubstituierbarkeit zu berücksichtigen, sondern auch die Angebots-substituierbarkeit. Entsprechende Erweiterungen des sachlichen Marktes sind aber von vorneherein nur relevant, wenn weitere Anbieter kurzfristig und ohne wesentliche Kosten auf den Markt treten können (vgl. RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 683 ff.). Das ist gerade nicht der Fall, wenn ein Elektrizitäts- oder Industrierwerk hohe Investitionskosten zu gewärtigen hat, um eigene Anlagen zu erstellen, wenn die Realisierung angesichts der Planungshorizonte und regulatorischer Schranken Jahre dauern kann, und wenn sie angesichts einer bis dato fehlenden Pflicht des Übertragungsnetzbetreibers, einem Anschlussgesuch zu entsprechen, sowie angesichts der entgegenstehenden Interessen der Netzbetreiber an einem sicheren Betrieb des Übertragungsnetzes völlig ungewiss ist.

Will man eine Ausweichmöglichkeit als "imperfektes Substitut" zum relevanten Markt schlagen, wäre bei der Marktabgrenzung zu zeigen, inwiefern sich dies angesichts der Kosten rechtfertigt. Das schreibt in ihrer Eingabe vom 27. Januar 2006 (S. 14 f.) auf entsprechende Befragung hin auch die Vorinstanz. Genau das hat sie in der Verfügung aber nicht getan. Sie gibt zu, keine diesbezüglichen Abklärungen getroffen zu haben, und liefert auch nachträglich keine.

Laut den Beschwerdeführerinnen werden theoretische Substitutionsmöglichkeiten bezüglich weniger Strecken des Übertragungsnetzes nicht wahrgenommen, weil ein Wechsel des Anbieters mit grossen technischen Anpassungen verbunden sei und beträchtliche Investitionen bedinge (Rz. 46 der Beschwerde). Die Vorinstanz erblickt in diesem Argument das Zugeständnis eines Substitutionsverhältnisses. Wegen der Kosten seien die Ausweichmöglichkei-

ten zwar keine perfekten Substitute; dennoch werde eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, da auch der Wegfall imperfekter Substitute eine Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten begründe oder verstärke. Eine bestehende Wettbewerbsbeziehung setze nicht voraus, dass Wechsel des Anbieters effektiv stattfänden (Rz. 17 der Vernehmlassung).

Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden: Zwar ist zutreffend, dass aktueller Wettbewerb keine Wechsel des Lieferanten voraussetzt. Dass ein Wechsel angesichts aktueller oder kurzfristig realisierbarer Ausweichmöglichkeiten überhaupt möglich ist, ist aber sehr wohl eine Voraussetzung aktuellen Wettbewerbs. Die Beschwerdeführerinnen anerkennen keineswegs, dass die Übertragungsleitungen in einer Substitutionsbeziehung stehen. Ihrem Hinweis auf die Kosten, die der Realisierung der theoretischen Ausweichmöglichkeiten im Weg stehen, und die regulatorischen Schranken ist vielmehr zu entnehmen, dass eine Substitutionsbeziehung bestritten wird. Sind die Kosten theoretischer Ausweichmöglichkeiten zu hoch, gehören sie nicht zum selben sachlichen Markt. Die Vorinstanz liefert keinerlei Angaben dazu, wie die Kosten zu beziffern wären und inwiefern sie zu einem Bezug beim aktuellen Lieferanten in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Daher ist weder erstellt, dass die theoretischen Ausweichmöglichkeiten zum selben sachlichen Markt gehören, noch dass sie wenigstens beim potenziellen Wettbewerb veranschlagt werden könnten.

Materiell verfügt die Vorinstanz somit über kein Argument, das der Darstellung der Beschwerdeführerinnen widersprechen würde, nach welcher der Bau eigener Anlagen für einen Direktanschluss an das Übertragungsnetz angesichts der Kosten und der regulatorischen Schranken nicht als Ausweichmöglichkeit zu qualifizieren sei. Das Gegenteil lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch aus den Angaben der befragten Werke nicht ableiten (vgl. Erwägung 5.2.7.). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt daher zum Schluss, dass die Alternative "Bau eigener Anlagen zwecks Andocken an das Übertragungsnetz" keine Ausweichmöglichkeit darstellt. Sollte sich eine solche Massnahme in einem Einzelfall als wirtschaftlich erweisen, was offenbar der Fall sein könnte, wenn ein Werk mindestens 250GWh pro Jahr bezieht (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 27.1.2006, S. 10) und könnte sie daher grundsätzlich als Substitut aufgefasst werden, bliebe immer noch zu berücksichtigen, dass eine solche Ausweichmöglichkeit bei einem Planungs- und Realisierungshorizont von ca. fünf Jahren ausserhalb des zeitlich relevanten Marktes liegen würde und daher bei der aktuellen Konkurrenz trotzdem nicht zu veranschlagen wäre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke als Marktgegenseite der Stromübertrager ausser Betracht fallen, wenn sie wie heute Nachfrager eines Stromversorgers auf einer tieferen Netzebene sind und Verteilungsdienstleistungen

nachfragen. Der Markt ist daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Eingaben der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 2 f., und vom 6.2.2006, S. 3) nicht aus der Sicht dieser Werke abzugrenzen.

5.2.5. Räumlich relevanter Markt

Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Die Abgrenzung des räumlichen Marktes zielt einerseits darauf festzustellen, in welchem Gebiet die Marktgegenseite die zum sachlichen Markt gehörenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet, andererseits darauf festzustellen, welche Unternehmen aus welchen Gebieten bezüglich dieser Güter miteinander im Wettbewerb stehen. Sie bildet zusammen mit der Abgrenzung des sachlichen Marktes die Voraussetzung für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Abgrenzung des räumlichen Marktes nicht ausdrücklich. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen überprüft die räumliche Marktabgrenzung dennoch, da sie das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG).

Der räumliche Markt kann erst bestimmt werden, wenn feststeht, welche Güter aus wessen Sicht austauschbar sind und daher zum sachlichen Markt gehören. Wie ausgeführt, ist der Verfügung dazu nichts zu entnehmen. Die Vorinstanz hat diesen Schritt bei der sachlichen Marktabgrenzung gewissermassen übersprungen (vgl. Erwägung 5.2.4.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz auch bei ihren Ausführungen zum räumlich relevanten Markt (Rz. 50 ff. der Verfügung) nicht ausführt, ob und inwiefern die befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke zu den dort als Marktgegenseite erwähnten Versorgern oder Verbrauchern gehören. Im Übrigen ist die räumliche Marktabgrenzung sehr abstrakt; sie erwies sich mangels Definitionen der verwendeten Begriffe (Bedeutung der Punkte A und B und ihre Situierung auf dem gesamten Stromnetz, parallele Leitungen von A nach B, direkte oder indirekte Inanspruchnahme unterschiedlicher Übertragungsleitungen) ohne weitergehende Abklärungen als nicht nachvollziehbar (vgl. dazu die Eingabe der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 7 ff.). Ausserdem liefert die Verfügung die von der Vorinstanz als erforderlich bezeichnete Abgrenzung des räumlichen Marktes im Einzelfall in keiner Weise, weder in Randziffer 50 ff., noch im Zusammenhang mit den konkreten Beispielen bei der Beurteilung des angeblichen aktuellen Wettbewerbs (Rz 63 ff.). Entsprechend ist die Aussage in Randziffer 64 der Verfügung unzutreffend, nach welcher "der räumliche Markt (...) einzelfallspezifisch abgegrenzt (wurde) ".

Die Auffassung der Vorinstanz, der räumliche Markt könne auch dann aus der Sicht dieser Werke abgegrenzt werden, wenn diese die Stromübertragung nur indirekt, das heisst über ihren Lieferanten beanspruchen, und er erstrecke sich diesfalls auf den gesamten Stromweg vom Produzenten bis zum Werk

einschliesslich Übertragungsnetz (Eingabe der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 10, und vom 6.2.2006, S. 3), ist unzutreffend:

- Erstens ist der räumliche Markt aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen, und die in der Verfügung zitierten Elektrizitäts- und Industriewerke sind auch gemäss der Vorinstanz nicht Marktgegenseite der Stromübertrager (vgl. Erwägung 5.2.4.).
- Zweitens führt eine solche Abgrenzung zu einem räumlichen Markt, der unterschiedliche sachliche Märkte umfasst (Übertragung, Verteilung). Eine solche räumliche Abgrenzung widerspricht der Umschreibung in der Fusionskontrollverordnung, nach welcher der räumliche Markt die zum sachlichen Markt gehörenden Güter umfasst.
- Drittens sind die Elektrizitäts- und Industriewerke im Markt für Stromversorgung auch nicht Marktgegenseite der Produzenten, die möglicherweise in das Übertragungsnetz einspeisen, sondern ihrer Lieferanten. (Dass die Verfügung keine Angaben dazu enthält, ob die Produzenten, von welchen die Lieferanten der befragten Werke den Strom beziehen, überhaupt in das Übertragungsnetz einspeisen, sei nur in Klammern erwähnt.) Das Produkt "Strom" und die Dienstleistung "Transport/Netznutzung" fallen zusammen. Es kann nicht sein, dass die Elektrizitäts- und Industriewerke das Produkt entsprechend den Marktbeziehungen von einem Unternehmen auf tieferer Netzebene beziehen, die Dienstleistung dagegen von einem Unternehmen auf einer höheren Ebene.

Im Übrigen trifft nicht zu, dass die befragten Unternehmen angegeben hätten, dass sie Strom über die parallelen Übertragungsleitungen mehrerer am Zusammenschluss beteiligter Parteien beziehen oder beziehen könnten (vgl. Erwägung 5.2.7.).

Die räumliche Marktabgrenzung der Vorinstanz ist aus diesen Gründen materiell ebenfalls mangelhaft.

5.2.6. Aktueller Wettbewerb

a) Auffassung der Vorinstanz

Aufgrund einer unvollständigen und unzutreffenden Marktabgrenzung argumentiert die Vorinstanz bezüglich des aktuellen Wettbewerbs wie folgt (vgl. Verfügung, Vernehmlassung, Eingaben vom 27.1. und vom 6.2.2006):

- Elektrizitäts- und Industriewerke, die von einem Verteilnetz aus beliefert werden, beanspruchen nicht nur Verteilleistungen (Nutzung des Verteilnetzes), sondern indirekt auch Übertragungsleistungen (Nutzung des Übertragungsnetzes). Wenn sie von zwei oder mehreren Verteilnetzen aus beliefert werden, stehen die hinter ihren Lieferanten angesiedelten Übertragungsdienstleister indirekt im Wettbewerb. Die Elektrizitäts- und Industriewerke haben die Möglichkeit, von einem Übertragungsdienstleister auf einen anderen auszuweichen. Aus ihrer Sicht besteht Substituierbarkeit der Stromübertragung.

- Elektrizitäts- und Industriewerke können mittels eigener Anlagen Strom direkt von einer Übertragungsleitung beziehen. Der Übertragungsdienstleister, der hinter ihrem aktuellen Lieferanten steht, und der Übertragungsdienstleister, an dessen Leitung der Direktanschluss andockt, stehen in direktem Wettbewerb.

b) Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist diese Argumentation unzutreffend. Sie steht nicht im Einklang mit den Abklärungen zu Sachverhalt und Marktabgrenzung und lässt sich nicht auf die Angaben der befragten Werke stützen (vgl. Erwägung 5.2.7.):

Um aktuellen (Rest-)Wettbewerb in bestimmten Märkten nachzuweisen, bedient sich die Vorinstanz einer unklaren Begrifflichkeit: "Elektrizitäts- und Industriewerke sind nicht Marktgegenseite im engeren Sinn, sie beanspruchen die Stromübertragung indirekt über ihren Lieferanten, Übertragungsdienstleister stehen indirekt im Wettbewerb, durch Andocken an einer Übertragungsleitung werden Elektrizitäts- und Industriewerke direkte Marktgegenseite, und es entsteht direkter Wettbewerb unter Stromübertragern".

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gibt es weder eine Marktgegenseite im engeren und weiteren Sinn noch indirekten und direkten Wettbewerb. Es gibt nur die Marktgegenseite; sie setzt sich aus den Marktteilnehmern zusammen, die bestimmte Güter nachfragen. Und es gibt nur Wettbewerb; er besteht zwischen den Unternehmen, die diese Güter anbieten und auf die die Marktgegenseite ausweichen kann. Die Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager und die konkurrierenden Unternehmen sind in jedem Markt oder für jede Marktstufe gesondert zu ermitteln. Die von der Vorinstanz im vorliegenden Fusionskontrollverfahren eingeführte "innovative Rechtsanwendung" findet auch keinerlei Stütze in der kartellrechtlichen Literatur.

Die Elektrizitäts- und Industriewerke werden auch dadurch nicht zur Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister, dass die in den Strompreisen zum Ausdruck gelangenden Gebühren heute nach Netzbetreibern divergieren, und die Betreiber der Übertragungsnetze werden auch dadurch nicht zu Konkurrenten, dass ihre Netznutzungsgebühren offenbar unterschiedlich sind. Dass die von Endnachfragern oder kleineren Händlern zu entrichtenden Preise letztlich die Leistungen sämtlicher vorgelagerten Marktstufen umfassen, ist normal. Deshalb grenzt man vorgelagerte Märkte trotzdem nicht aus der Sicht der Endnachfrager oder kleinerer Händler ab und beurteilt die Wettbewerbsverhältnisse auf vorgelagerten Märkten dennoch nicht aufgrund ihrer Ausweichmöglichkeiten, sondern aus der Sicht und aufgrund der Alternativen der Marktteilnehmer, welche im vorgelagerten Markt Marktgegenseite bilden.

Ein "indirekter Wettbewerb" der Übertragungsdienstleister, der darin bestehen würde, dass die hinter den Lieferanten der Elektrizitäts- und Industrie-

werke stehenden Versorger und Verteiler den Strom ab unterschiedlichen Übertragungsleitungen beziehen würden, existiert daher nicht. Die Anbieter der Stromübertragung sind auf einem anderen Markt tätig. Auf diesem Markt kann es Wettbewerb nur geben, wenn die Unternehmen, welche Strom von einer Übertragungsleitung beziehen, auf einen anderen Übertragungsdienstleister ausweichen könnten. Dass dies der Fall sei, behauptet die Vorinstanz nicht. Es ist auch nicht anzunehmen, da sonst eine Duplizierung des Netzes nötig wäre, was auch nach Auffassung der Vorinstanz ineffizient wäre.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke mittels Bau eigener Anlagen direkt an das Übertragungsnetz andocken könnten und dadurch zur Marktgegenseite eines Übertragungsdienstleiters würden, ergäbe sich daraus kein Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern. Denn die Variante "Bezug von Strom vom Versorger plus Verteilungsdienstleistung des entsprechenden Verteilernetzbetreibers" würde ersetzt durch die Variante "Bezug von Strom eines anderen Versorgers plus Übertragungsdienstleistung". Es käme also zur Substitution einer Verteilungsdienstleistung durch eine Übertragungsdienstleistung, nicht zur Substitution einer Übertragungsdienstleistung durch eine andere Übertragungsdienstleistung. Das gilt unabhängig davon, ob das Elektrizitäts- oder Industrierwerk mittels eigenen Anlagen an die Übertragungsleitung andocken würde, an welcher ihr Versorger hängt, oder ob es an die Übertragungsleitung eines Dritten andocken würde.

Die Auffassung der Vorinstanz, in bestimmten räumlichen Märkten stünden die Übertragungsdienstleister in indirektem oder direktem Wettbewerb, ist daher unzutreffend. Zwar trifft zu, dass die Vorinstanz auch Marktteilnehmer nach Ausweichmöglichkeiten befragen darf, welche heute nicht Marktgegenseite der Anbieter von Stromübertragung sind (zitierte Elektrizitäts- und Industrierwerke), wie sie dies beansprucht. Aus dieser Befragung lässt sich aber vorliegend kein aktueller Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern ableiten (vgl. Erwägung 5.2.7.).

5.2.7. Angaben der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke

a) Versorgung ab unterschiedlichen Ebenen des Verteilnetzes

Dass die mit Blick auf den aktuellen Wettbewerb befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke Strom nicht ab dem Höchstspannungsnetz, sondern von einer tieferen Netzebene beziehen, ist teilweise aktenkundig. Für das Gemeindewerk Zollikon kann dies aus dessen Aussage geschlossen werden, nach der "auch für die Alternative (ewz) nur der Bezug ab 22kV finanziell machbar wäre", für die Elektra Birseck aus der Angabe "... bei Atel und BKW besteht auf der Netzebene 3 ein Pancaking ...". Das Elektrizitätswerk Jona-Rapperswil wird auf der Netzebene 4 (50-16kV) von der SAK beliefert, und Coop bezieht Strom auf Netzebene 5. Für zwei in der Verfügung zitierte Wer-

ke geht aus den Akten nicht hervor, auf welcher Spannungsebene sie heute beliefert werden. Das gilt für das Elektrizitätswerk Erstfeld und für die Ems Chemie AG.

Die Vorinstanz behauptet in ihren Eingaben vom 27. Januar 2006 und vom 6. Februar 2006 nicht, diese beiden Werke würden ab dem Übertragungsnetz beliefert. Für nähere Angaben verweist sie auf die Antworten der befragten Werke, die zu dieser Frage aber bezüglich des Elektrizitätswerks Erstfeld und der Ems Chemie AG nichts aussagen. Immerhin führt die Vorinstanz aus, Industrierwerke (und damit wohl auch die Ems Chemie AG) würden in der Regel ab dem Mittelspannungsnetz beliefert. Nach Angabe der Beschwerdeführerinnen ist das Elektrizitätswerk Erstfeld nicht am Übertragungsnetz angeschlossen.

Aus diesen Gründen schliesst die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass die in der Verfügung zitierten Werke nicht direkt an das Übertragungsnetz angeschlossen sind.

b) Verfügung und Beschwerde

Laut der Verfügung existieren drei Gebiete, in denen Elektrizitäts- und Industrierwerke bei Strombezug und -übertragung über Ausweichmöglichkeiten verfügen sollen (vgl. Rz. 58 ff., Rz. 63, Rz. 65 ff. der Verfügung). In der Region Nordwestschweiz ergebe sich dies aus den Angaben der Elektra Birseck (im Folgenden: EB) und von Coop (Industrierwerk), in der Region Zürich-Walensee-Chur aus den Angaben des Gemeindewerks Zollikon (im Folgenden: GZ), des Elektrizitätswerks Jona-Rapperswil (im Folgenden: EWJR) sowie der Ems Chemie AG (Industrierwerk) und in der Region Gotthard aus den Angaben des Elektrizitätswerks Erstfeld (im Folgenden: EE).

Laut den Beschwerdeführerinnen entspricht die Auffassung, auf dem Übertragungsmarkt bestehe heute aktueller Wettbewerb, nicht den Tatsachen. Aus den rudimentären Sachverhaltsabklärungen der Vorinstanz ergäben sich keine Hinweise für Wettbewerb auf Stufe Übertragung. Die gegenteilige Behauptung basiere auf hypothetischen Aussagen der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke. Weder die Fragebogen noch die Antworten würden zwischen Stromversorgung und -übertragung unterscheiden. Diese Unterscheidung hätte jedoch getroffen werden müssen, da die Vorinstanz selber sage, es handle sich um getrennte sachliche Märkte (vgl. Rz. 42 f. der Verfügung). Vorliegend gehe es einzig um die Verhältnisse auf der obersten Netzebene. Dass bei der Versorgung eventuell Alternativen bestünden, heisse nicht, dass bezüglich der Nutzung des Übertragungsnetzes Wettbewerb herrsche. Umgekehrt bedeute die Zusammenführung der Stromübertragung im Vorhaben "Swissgrid" ebenso wenig, dass sich allfälliger Wettbewerb unter den Beschwerdeführerinnen im Versorgungsmarkt ändern würde. Die Vorinstanz sage denn auch nur, dass die Elektrizitäts- und Industrierwerke indirekt Strom über andere Übertragungsleitungen beziehen könnten. Beweise für aktuellen Wettbewerb im Stromübertragungsmarkt lege sie nicht vor. Wettbewerb finde bei der Lieferung von

elektrischer Energie statt, nicht auf Stufe Übertragungsnetzinfrastruktur. Der Zusammenschluss betreffe ausschliesslich die Infrastruktur und bewirke keine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse (Rz. 45 der Beschwerde).

Zu diesen Argumenten äussert sich die Vorinstanz in der Vernehmlassung nicht. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf einen Verweis auf ihre Verfügung (Rz. 13 der Vernehmlassung). Dieser ist zu den genannten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen jedoch nichts zu entnehmen. In ihrer einzigen materiellen Äusserung zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bestreitet die Vorinstanz, dass ihre Folgerungen auf hypothetischen Aussagen der befragten Werke beruhen (Rz. 14 der Vernehmlassung). Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen können die Angaben insofern als hypothetisch bezeichnet werden, als die Werke auf theoretische, potenzielle Alternativen hingewiesen haben, deren Realisierung zeitlich und finanziell aufwändig ist und deren Wirtschaftlichkeit nicht feststeht. Im Übrigen gibt die Vorinstanz die als Beleg genannten Angaben der Ems Chemie AG in der Vernehmlassung unzutreffend wieder und wertet diejenigen des EE zu Unrecht als Beleg für aktuellen Wettbewerb (vgl. im Übrigen die nachfolgenden Einzelheiten).

c) Beurteilung der Angaben der befragten Werke

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat überprüft, ob aus den Auskünften der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke tatsächlich auf aktuellen Wettbewerb unter Stromübertragern geschlossen werden kann (vgl. dazu in allgemeiner Hinsicht Erwägung 5.2.6.). Folgendes ergibt sich dazu aus den Angaben der Befragten:

aa) Wettbewerb auf dem Versorgungsmarkt?

Nur ein Elektrizitätswerk hat angegeben, es verfüge bei der Belieferung über aktuelle Ausweichmöglichkeiten (EB). Gemäss ihren Angaben bezieht die EB Strom von zwei Lieferanten (Atel und BKW). Die Antwort unterscheidet nicht nach Übertragung und Belieferung. Hat EB zwei Lieferanten, existiert aktueller Wettbewerb im Versorgungsmarkt.

Im Falle eines weiteren Elektrizitätswerks konnte aufgrund der Akten nicht ausgeschlossen werden, dass eventuell aktueller Wettbewerb im Versorgungsmarkt besteht. Die Rede ist vom EWJR, das aktuell von der SAK beliefert wird. Die SAK bezieht den Strom von der NOK. Das EWJR unterscheidet zwischen Belieferung und Übertragung. Es hat sich bereits aktiv um Belieferungsalternativen bemüht. Vom ewz wurde eine Belieferung ab dem Übertragungsnetz verweigert. Ob sie technische und bauliche Massnahmen bedingt hätte, ist nicht aktenkundig; sollte dies nicht der Fall sein, wäre aktueller Wettbewerb auf Stufe Belieferung zu bejahen. Die Verfügung weist dies nicht nach, der gegenteilige Schluss lässt sich aufgrund der Akten auch nicht ziehen.

Die Vorinstanz hat entsprechende Ergänzungsfragen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht

beantwortet, sondern auf die Vorakten verwiesen, denen sich die benötigten Angaben aber nicht entnehmen lassen (vgl. Eingabe vom 27.1.2006, S. 13). Laut den Beschwerdeführerinnen wurde das Projekt einer Belieferung durch die ewz aus Kostengründen nicht weiterverfolgt (vgl. Eingabe vom 8.2.2006, S. 15 f.). Daraus schliesst die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass aktueller Wettbewerb auf Stufe "Versorgung" im Verhältnis EWJR/ewz zu verneinen ist.

Die übrigen Elektrizitätswerke haben keine Aussagen gemacht, die für aktuellen Wettbewerb im Versorgungsmarkt sprechen:

- Das GZ wird von der EKZ beliefert, die den Strom von der NOK bezieht. Belieferung und Übertragung werden in der Antwort nicht unterschieden. Die Darstellung der Vorinstanz, das GZ habe einen Anschluss an die Netze des ewz als Ausweichmöglichkeit bezeichnet, ist unzutreffend. Das GZ gab in seiner Antwort an, dieser Möglichkeit stünden eventuell rechtliche Hindernisse im Wege; ausserdem müssten ein Anschluss erstellt und Investitionen getätigt werden, um ein Ausweichen zu ermöglichen.
- Das EWJR nennt eine weitere Alternative zur Belieferung durch die SAK, nämlich eine direkte Belieferung durch die NOK ab Netzebene 110-50kV mittels Bau einer werkseigenen direkten Leitung ab dem Unterwerk Grynau. Diese Lösung wurde von der NOK abgelehnt.
- Das EE gibt an, es beziehe Strom "über die Übertragungsleitung des EW Altdorf". Auf Zusatzfrage der Vorinstanz (EW Altdorf hat keine Übertragungsleitungen) ergänzte es, die Zuleitung zum EW Altdorf erfolge über die Übertragungsleitungen der CKW. Ob das EE Belieferung und Übertragung unterscheidet, ist aus der Antwort nicht ersichtlich (der genannte Irrtum spricht eher gegen eine solche Unterscheidung). Ausweichmöglichkeiten bestehen nach Angabe des EE nicht. Durch den Bau einer Unterstation mit der Atel würde eine solche entstehen. Eine Beilage des EE zur Antwort (A4-Blatt mit schematischem Leitungspfad) wird als konkretes Konzept bezeichnet. Das EE macht die Realisierung des Konzeptes von der Marktöffnung abhängig und bezeichnet den Bau der Unterstation als sehr kostspielig. Die Evaluation der Wirtschaftlichkeit setze Kenntnis und Vereinheitlichung der Netznutzungspreise voraus.

Aktueller Wettbewerb bei der Versorgung ergibt sich auch nicht aus den Angaben der befragten Industrierwerke:

- Coop wurde nicht nach dem heutigen Lieferanten gefragt; sie nannte ihn in der Antwort auch nicht. Ob das Unternehmen Lieferung und Übertragung unterscheidet, ist nicht ersichtlich. Coop gibt an, theoretisch könnte Strom von Atel und BKW bezogen werden, konkrete Projekte für einen Wechsel bestünden aber nicht. Coop sagte ausdrücklich, ein Bezug ab dem Übertragungsnetz bedinge Investitionen und technische Anpassungen und müsste in ökonomischer Hinsicht detailliert evaluiert werden.

Ein Wechsel zwischen Anbietern verschiedener Netzebenen sei nicht ohne weiteres möglich.

- Die Ems-Chemie AG wurde ebenfalls nicht nach ihrem aktuellen Lieferanten gefragt; ihre Antwort enthält keine Angaben dazu. Die Antwort unterscheidet nicht zwischen Lieferung und Übertragung. Die Fragen nach direkten oder indirekten Übertragungsalternativen wird in der rudimentären Antwort mit einem blossen "Ja" beantwortet. Für das Werk in Domat/Ems werden ewz und Axpo als Übertragungsmöglichkeit angegeben. Hindernisse der Substitution werden nicht genannt (Antwort: "Keine"). Der Antwort ist nicht zu entnehmen, auf welcher Netzebene die angeblichen Alternativen realisiert werden müssten und ob bauliche Investitionen und technische Anpassungen nötig wären. Die Angaben des Werks sind dermassen unsubstanziert, dass sie nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ohne nähere Abklärungen nicht als Beleg für aktuellen Wettbewerb auf Stufe Belieferung gewertet werden können.

bb) Wettbewerb auf dem Stromübertragungsmarkt?

Die Aussage der Vorinstanz, die EB habe angegeben, sie beziehe Elektrizität über die Übertragungsleitungen von Atel und BKW, gibt deren Angabe unzutreffend wieder. Die EB führte aus, sie beziehe Strom von den zwei Lieferanten Atel und BKW (Übertragung und Belieferung werden nicht unterschieden). "Indirekter aktueller Wettbewerb" unter Übertragungsdienstleistern lässt sich aus diesen Angaben nicht ableiten.

Im Verhältnis EWJR/ewz besteht im Versorgungsmarkt kein aktueller Wettbewerb. Entsprechend kann es auch keinen "indirekten Wettbewerb" der Übertragungsdienstleister geben. Was einen Direktanschluss des EWJR an Übertragungsleitungen der NOK angeht, bringen die Beschwerdeführerinnen zu Recht vor, dass sich dadurch ebenfalls kein Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern ergeben würde, weil in beiden Fällen die Leitungen der NOK beansprucht würden (indirekt im Fall der Versorgung durch die SAK, direkt im Fall eines eigenen Anschlusses an das Übertragungsnetz) (vgl. Eingabe vom 8.2.2006, S. 15).

Im Falle der übrigen Elektrizitäts- und Industriewerke fehlt es bereits an aktuellem Wettbewerb im Versorgungsmarkt. Die Frage eines "indirekten Wettbewerbsverhältnisses" auf Stufe Übertragung im Sinne der Konstruktion durch die Vorinstanz stellt sich daher nicht mehr.

cc) Angaben der befragten Werke belegen die Folgerungen der Vorinstanz nicht

Die Aussage, mehrere Elektrizitätswerke hätten angegeben, dass sie gegenwärtig von mehr als einem an "Swissgrid" beteiligten Unternehmen Strom beziehen oder beziehen könnten und demzufolge direkt oder indirekt verschiedene Übertragungsstrecken in Anspruch nehmen beziehungsweise nehmen könnten (Rz. 58 der Verfügung), ist unzutreffend.

Den Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zufolge hat ein einziges Elektrizitätswerk angegeben, dass es Strom von mehreren Lieferanten bezieht (EB). Kein anderes Elektrizitätswerk hat gesagt, es könne aktuell auf andere Lieferanten ausweichen. Vielmehr wurde ausgeführt, zwecks Realisierung von Ausweichmöglichkeiten müssten zuerst Investitionen getätigt werden, von denen offen sei, ob sie ökonomisch sinnvoll wären. Kein Elektrizitätswerk hat gesagt, es könne direkt oder indirekt verschiedene Übertragungsstrecken in Anspruch nehmen. Bei dieser Aussage handelt es sich um eine (sachlich nicht begründete) Interpretation der Vorinstanz, nicht um eine Aussage der befragten Werke.

Die Aussage in Randziffer 58 der Verfügung, in der Nordwestschweiz werde Strom von BKW und Atel bezogen, trifft für ein Elektrizitätswerk zu (EB). Die weitere Aussage, im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems werde Strom von der NOK bezogen und der Bezug über das ewz sei als Ausweichmöglichkeit aufgeführt worden, ist unzutreffend. Die Befragten aus diesem Gebiet sprachen nicht von einer Belieferung durch die NOK: Ein Befragter sprach von einer Belieferung durch die EKZ, der zweite von einer Belieferung durch die SAK und der dritte machte keine Angaben zum Lieferanten. Der erste Befragte hat das ewz nicht als Ausweichmöglichkeit bezeichnet, sondern redete von rechtlichen und ökonomischen Hindernissen. Bezüglich des zweiten ist ein Ausweichen auf die ewz aktuell nicht möglich. Der dritte erwähnte zwar ewz und Axpo als Alternativen; die Antwort ist aber dermassen rudimentär und unsubstanziert, dass daraus ohne weitere Klärungen nicht auf aktuelle Ausweichmöglichkeiten geschlossen werden kann. Unzutreffend ist schliesslich die Aussage, im Gebiet Gotthard wäre statt eines indirekten Strombezugs über die Übertragungsleitung der CKW der direkte Bezug über die Übertragungsleitungen der Atel möglich. Das befragte Werk sagte vielmehr, der Bezug ab der Übertragungsleitung der Atel würde den Bau einer Unterstation bedingen, was sehr kostspielig sei; zudem sei ungewiss, ob sich die Investition rechnen würde.

Entsprechend ist die Folgerung in Randziffer 59 der Verfügung unzutreffend, aus den Angaben der Elektrizitätswerke ergebe sich, dass für gewisse Gebiete die (teilweise wahrgenommene) Möglichkeit bestehe, Strom über die Übertragungsleitungen verschiedener Unternehmen zu beziehen. Die Angaben der befragten Unternehmen belegen die Aussage nicht, dass Gebiete existieren, bei denen der Markt für die Stromübertragung von einem Punkt A zum Elektrizitätswerk grösser sei als das Übertragungsnetz eines Unternehmens (ganz abgesehen davon, dass die Vorinstanz den Punkt A nicht identifiziert und in keiner Weise dartut, dass für die konkrete Transaktion effektiv - auch nur indirekt - Leitungen des Übertragungsnetzes beansprucht werden).

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist somit aufgrund der Angaben der befragten Werke keinesfalls "zweifelsfrei erstellt", dass der Bau von Anlagen zwecks Realisierung eines

Direktanschlusses an das Übertragsnetz ein nahes, zum sachlichen Markt gehörendes Substitut darstellt. Für einen Nachweis von Ausweichmöglichkeiten bei der Stromübertragung (aktueller Wettbewerb) ist es sodann nicht ausreichend, sich auf undifferenzierte Antworten der befragten Werke zu ungenauen Fragen zu berufen (und diese Angaben teilweise unzutreffend wiederzugeben oder sie überzuinterpretieren).

5.2.8. Schlussfolgerungen für den aktuellen Wettbewerb bei der Stromübertragung

Aktueller Wettbewerb setzt nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen voraus, dass Ausweichmöglichkeiten tatsächlich bestehen oder kurzfristig und ohne wesentliche Kosten realisiert werden können. Müssen Ausweichmöglichkeiten mittels hoher Investitionen erst noch geschaffen werden, ist dies nur mittel- oder längerfristig möglich und die Realisierung zudem ungewiss, da die Netzbetreiber nicht verpflichtet sind, Direktanschlüsse zuzulassen, und da solche im Widerspruch zu einem sicheren Netzbetrieb stehen können, ist aktueller Wettbewerb zu verneinen. Das gilt auch und gerade dann, wenn möglicherweise regulatorische Schranken bestehen (GZ), wenn zuerst Rentabilitätsstudien erstellt werden müssen, die angesichts fehlender Daten eventuell noch gar nicht möglich sind, und wenn Investitionen für kostspielige bauliche Massnahmen mit entsprechendem Planungs- und Realisierungshorizont getätigt werden müssen (GZ, EWJR, EE, Coop). Die von der Vorinstanz genannten theoretischen Ausweichmöglichkeiten sind kein Beleg für aktuellen Wettbewerb im Markt für Stromübertragung (vgl. Erwägung 5.2.6. und 5.2.7.).

Gemäss den Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist aktueller Wettbewerb bei der Versorgung (Strom) und der Verteilung (Netznutzung) einzig im Fall der EB erstellt. Der angebliche "indirekte Wettbewerb" auf dem Übertragungsmarkt beruht auf einer unzutreffenden Betrachtung und kann aus den Angaben der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke in keinem Fall geschlossen werden. Ein "direkter Wettbewerb" unter Übertragungsdienstleistern aus der Sicht der Elektrizitäts- und Industrierwerke (mittels Bau von Anlagen zum Andocken an das Übertragungsnetz) würde nur entstehen, wenn eines dieser Werke gleich zwei Anschlüsse an die Leitungen unterschiedlicher Netzbetreiber realisieren würde.

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, aktueller Wettbewerb bei der Stromübertragung sei nicht dargetan und bestehe nicht, ist daher begründet. Die Verfügung erweist sich somit auch hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbs als materiell unzutreffend.

5.2.9. Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Vorhaben

Der Verfügung lässt sich bezüglich einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung des Vorhabens nicht viel entnehmen. Ausgehend von der (unzutreffenden) Annahme, in bestimmten Gebieten stünden die Übertragungsdienstleister im Wettbewerb, hält sie

fest, nach dem Zusammenschluss werde die Stromübertragung in diesen Gebieten nur noch von Swissgrid angeboten. Der Wettbewerb zwischen Atel und BKW, NOK und ewz sowie CKW und Atel verschwinde daher (Rz. 69 der Verfügung).

Laut den Beschwerdeführerinnen ändert sich durch die Zusammenführung des Übertragungsnetzes im Gemeinschaftsunternehmen Swissgrid an einer allfälligen Konkurrenzsituation im Versorgungsmarkt gegenüber den Verhältnissen ohne dieses Vorhaben nichts. Wettbewerb im Übertragungsmarkt sei in den meisten Fällen schon deshalb nicht möglich, weil nur ein Übertragungsnetz bestehe. Dieses stelle ein natürliches Monopol dar (Rz. 46 der Beschwerde). Die Vorinstanz bezeichnet dieses Argument als unerheblich. Sie habe sich bei der Beseitigung von wirksamem Wettbewerb nur auf jene Gebiete bezogen, in welchen verschiedene Übertragungsnetze in Konkurrenz stünden (Rz. 16 der Vernehmlassung). Diesen Nachweis hat die Vorinstanz jedoch nicht erbracht, wie die vorangehenden Ziffern zeigen. Weitere Argumente bringt die Vorinstanz bezüglich der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht vor.

Besteht im Markt für Stromübertragung kein wirksamer Wettbewerb, kann solcher durch das Zusammenschlussvorhaben auch nicht beseitigt werden:

Was die Alternativen der Elektrizitäts- und Industrierwerke in den Märkten für Versorgung und Verteilung angeht, ändert das Vorhaben an den Verhältnissen in der Übergangszeit nichts. Nach der Marktöffnung und der Realisierung des einheitlichen Netznutzungsmodells (Zielzustand) können diese Akteure ihre Lieferanten im Rahmen des Möglichen ohnehin frei wählen (nicht diskriminierender Netzzugang).

Das Verschwinden des Konstrukts "indirekter Wettbewerb bei der Stromübertragung" im Zielzustand ist irrelevant, da es auf einer unzutreffenden Marktabgrenzung und einer unzutreffenden Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs beruht. Die theoretische Ausweichmöglichkeit "Direktanschluss an das Übertragungsnetz durch Bau eigener Anlagen" wird durch den Zusammenschluss nicht berührt. Die bereits heute bestehenden Kostenhürden und regulatorischen Schranken existieren unabhängig davon, ob das einheitliche Übertragungsnetz von einem oder mehreren Unternehmen betrieben wird. Ausser von diesen Hindernissen hängt ein Direktanschluss heute wie künftig von der Bereitschaft des Netzbetreibers ab, solche Direktanschlüsse zuzulassen. Das Einzige, was sich diesbezüglich ändert, ist dass der Netzbetreiber bei einem Direktanschluss künftig Swissgrid heissen wird (statt wie heute NOK, Atel, ewz etc.).

Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt weder, dass bestehende Konkurrenten vom Markt gedrängt werden oder sich nicht mehr als Konkurrenten verhalten, noch dass neue Wettbewerber vom Markt ferngehalten werden (vgl. Erwägung 5.1.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt aus diesen Gründen zum Schluss, dass die erste Voraussetzung eines Eingriffs im Rahmen der

Fusionskontrolle (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) nicht erfüllt ist.

- 5.3. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten, welche die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG)?

Führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Stromübertragungsmarkt, erübrigt sich an sich die weitere Prüfung, ob es in anderen Märkten eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt, welche die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegt.

Dennoch rechtfertigen sich aus prozessökonomischen Gründen und angesichts des Anspruchs der Parteien auf Behandlung wesentlicher Vorbringen eine Reihe von Hinweisen zur Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf anderen Märkten.

5.3.1. Darstellung in der Verfügung

Nach Auffassung der Vorinstanz bewirkt das Zusammenschlussvorhaben auf einem anderen Markt eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse. Eine solche erblickt sie darin, dass sich Unternehmen, welche die Durchleitung von Strom durch das Übertragungsnetz verlangten, sich künftig nicht mehr mit den einzelnen Netzeigentümern über die Bedingungen einer Durchleitung verständigen müssten, sondern nur noch mit einem einzigen Ansprechpartner. Zudem vereinfache der einheitliche Ansprechpartner die technischen Abläufe, die Koordination und die Bereitstellung von Regelenergie für die Stromdurchleitung. Somit vereinfache der Zusammenschluss die Durchleitung von Strom über die Übertragungsnetze mehrerer Netzeigner grundsätzlich. Dies wiederum vereinfache und verbessere die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Stromversorgungsmarkt (Rz. 85 der Verfügung).

Die Frage, ob diese Verbesserung die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiege, wird von der Vorinstanz dagegen verneint. Zwar beziehe sich die Verbesserung auf das ganze Land, während die Verschlechterung auf dem Übertragungsmarkt nur in bestimmten Gebieten entstehe. Zwar könnten von der Verbesserung bei der Stromversorgung viele profitieren, während von den Nachteilen nur wenige betroffen seien. Diese Überlegungen würden an sich für ein Überwiegen der Vorteile sprechen. Diese Folgerung könne aber nur gezogen werden, wenn die Verbesserungen tatsächlich eintreten würden beziehungsweise wenn dies hinreichend wahrscheinlich sei. Dies sei nicht der Fall. Denn Swissgrid werde in der Praxis die Möglichkeit haben, einen Durchleitungsanspruch zu bestreiten, die Durchleitung zu verzögern oder sie an unangemessene Bedingungen zu knüpfen. Möglicherweise müsse eine Durchleitung zu angemessenen Bedingungen somit im Einzelfall mittels kartellrechtlicher Verfahren angestrengt werden. Angesichts der finanziellen und personellen Verflechtungen bestehe zudem ein Anreiz, die Durchleitung zu erschweren. Von einer überwiegenden Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Stromversorgung könne daher nicht ausgegangen

werden. Überwiegende Vorteile ergäben sich nur, wenn das Vorhaben an Auflagen oder Bedingungen geknüpft werde, welche die Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, und den Anreiz, dies zu tun, in genügendem Mass einschränkten (Rz. 87 und Rz. 88 der Verfügung).

5.3.2. Beurteilung überwiegender Verbesserungen in anderen Märkten

a) Vorbemerkung und Überblick

Hinsichtlich der bei Artikel 10 Absatz 2 des Kartellgesetzes anzustellenden Gesamtbetrachtung fällt zunächst auf, dass die Vorinstanz ausschliesslich die Auswirkungen auf den Stromversorgungsmarkt berücksichtigt hat. Zur Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auch auf anderen Märkten Vorteile bewirkt, ist der Verfügung nichts zu entnehmen.

Solche Verbesserungen könnten sich insbesondere mit Blick auf den internationalen Handelsmarkt ergeben. Es ist nur schwer einsichtig, weshalb die Vorinstanz die Auswirkungen auf diesen Markt nicht veranschlagt hat, dient das Vorhaben doch primär der Integration der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft in den entstehenden europäischen Stromhandelsmarkt.

Im Folgenden wird daher zunächst geprüft, ob das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Handelsmarkt führt (vgl. unten b). Alsdann wird die Beurteilung der Auswirkungen auf den Stromversorgungsmarkt durch die Vorinstanz überprüft (vgl. unten c) und zieht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Schlussfolgerung bezüglich überwiegender Verbesserungen in anderen Märkten (vgl. unten d).

b) Verbesserungen im Stromhandelsmarkt?

aa) Argumentation der Parteien

Laut der Beschwerdeführerinnen steht das Zusammenschlussvorhaben im Zusammenhang mit dem europäischen Stromübertragungsmarkt (Rz. 50 ff. der Beschwerde). Ohne Teilnahme am liberalisierten europäischen Strombinnenmarkt riskiere die einheimische Stromwirtschaft, bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten und bei der Abgeltung entsprechender Leistungen ins Hintertreffen zu geraten (Nachteile bei internationalem Stromhandel und internationalem Marktzugang). Um als gleichberechtigter Partner im europäischen Verbundsystem integriert zu werden, müssten die schweizerischen Regelwerke als gleichwertig anerkannt werden. Ein einheitlicher schweizerischer Übertragungsnetzbetreiber bilde die Voraussetzung dazu. Genau dies solle mit Swissgrid erreicht werden. Dieses Unternehmen sei die Voraussetzung dafür, dass die schweizerische Elektrizitätswirtschaft im internationalen Stromhandelsmarkt nicht benachteiligt werde. Das Vorhaben verbessere daher die internationale Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Marktteilnehmer. Dies sei in die Beurteilung des Zusammenschlusses einzubeziehen (Art. 10 Abs. 4 KG).

Die Wettbewerbskommission führt dazu aus, Artikel 10 Absatz 4 des Kartellgesetzes wolle sicherstellen, dass einer möglichen internationalen Dimension des relevanten Marktes bei der geografischen Abgrenzung genügend Rechnung getragen werde. Vorliegend gehe es um regionale räumliche Märkte, weshalb nicht die internationalen Verhältnisse, sondern diejenigen auf den relevanten regionalen Märkten massgebend seien (Rz. 22 der Vernehmlassung).

bb) Beurteilung

Laut Artikel 10 Absatz 4 des Kartellgesetzes berücksichtigt die Wettbewerbsbehörde bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb. Dem Wortlaut des Gesetzes nach geht es bei der Berücksichtigung der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb um die Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses, nicht nur um die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes. Selbst wenn sich die Formulierung in der zitierten Bestimmung aber ausschliesslich auf die Abgrenzung des relevanten Marktes beziehen sollte, ist nicht einzusehen, weshalb man bei der bei Unternehmenszusammenschlüssen anzustellenden Gesamtmarkt Betrachtung nicht auch sollte berücksichtigen dürfen, wie sich ein Vorhaben auf internationale Märkte auswirkt. Sind Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten zu veranschlagen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG), spricht nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts dagegen, hier auch Verbesserungen auf dem internationalen Handelsmarkt zu berücksichtigen. Das Gesetz schliesst dies in keiner Weise aus.

Die Beschwerdeführerinnen erläutern, inwiefern das Unternehmen für die Stellung der schweizerischen Stromwirtschaft im internationalen Handelsmarkt notwendig und für die Wettbewerbsverhältnisse positiv sei. Die Vorinstanz bestreitet diese Vorteile in ihrer Vernehmlassung nicht und formuliert keine entgegengesetzte Auffassung.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion befragt, aus welchen Gründen sie die Schaffung eines einheitlichen Übertragungsnetzbetreibers nicht als Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG) veranschlagt habe. Die Vorinstanz wiederholt ihre Argumentation aus der Vernehmlassung und ergänzt, die Prüfung allfälliger Verbesserungen auf dem Handelsmarkt hätte sich selbst dann erübrigt, wenn man die Stellung der Unternehmen im Handelsmarkt berücksichtigt hätte, da bereits eine Verbesserung auf dem Versorgungsmarkt festgestellt worden sei (Eingabe der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 19 f.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht davon aus, dass diese Formulierung Folgendes bedeutet: "Die Prüfung von Verbesserungen im Handelsmarkt wäre angesichts bereits festgestellter Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt selbst dann nicht

erforderlich gewesen, wenn die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb grundsätzlich zu veranschlagen wäre." Diese Folgerung ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unzutreffend. Bei Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes geht es um die Frage überwiegender Verbesserungen. Kommt die Vorinstanz zum Schluss, der Zusammenschluss bewirke zwar eine Verbesserung im Versorgungsmarkt, diese könne aber nicht als überwiegend bezeichnet werden, stellt sich die Frage allfälliger Verbesserungen in weiteren Märkten durchaus. Ergeben sich in weiteren benachbarten Märkten wie beispielsweise dem Handelsmarkt ebenfalls Verbesserungen, ist die Frage des Überwiegens nicht gleich zu beurteilen wie ohne solche Verbesserungen und kann die Grundlage für Auflagen und Bedingungen mangels Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen dadurch entfallen.

Die Vorinstanz scheint die Auffassung zu vertreten, Verbesserungen im internationalen Handelsmarkt seien nicht von ihr, sondern allenfalls vom Bundesrat im Rahmen von Artikel 11 des Kartellgesetzes zu berücksichtigen (ausnahmsweise Zulassung eines untersagten Zusammenschlusses zur Verwirklichung öffentlicher Interessen), da sie keine politische Behörde sei, sondern das Kartellgesetz anzuwenden habe (Eingabe vom 27.1.2006, S. 22 f.). Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesst das Gesetz wie gesagt in keiner Weise aus, dass auch Verbesserungen in internationalen Märkten veranschlagt werden. Die Prüfung von Verbesserungen im internationalen Handelsmarkt kann nicht einfach als politische Frage qualifiziert und mit einem Verweis auf Artikel 11 des Kartellgesetzes abgetan werden.

Sachlich bestreitet die Vorinstanz wie erwähnt nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben die von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Verbesserungen im Handelsmarkt bewirkt. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sieht kein Argument, das gegen eine solche Verbesserung sprechen würde, und stellt fest, dass die Vorinstanz diesen Aspekt hätte prüfen und veranschlagen müssen. Die Verfügung ist auch deswegen mangelhaft, weil dies nicht geschehen ist.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist aufgrund der Aktenlage nicht im Stande zu beurteilen, ob das Zusammenschlussvorhaben eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse im internationalen Handelsmarkt bewirkt. Entsprechende einlässliche Abklärungen hätten den Rahmen dessen gesprengt, was in der Instruktion des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens geleistet werden kann. Solche Abklärungen sind aber auch nicht erforderlich, da die Verbesserungen bei der Stromversorgung nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen entgegen der Vorinstanz als überwiegend zu qualifizieren sind (vgl. nachfolgend c und d).

c) Verbesserungen im Stromversorgungsmarkt?

Bei der Gewichtung der Vor- und Nachteile auf dem Übertragungs- und dem Stromversorgungsmarkt argumentiert die Vorinstanz in der Verfügung wie

folgt: Die Nachteile betreffen nur bestimmte begrenzte Gebiete und nur wenige Stromverbraucher. Von den Vorteilen profitiert das gesamte Gebiet der Schweiz und die überwiegende Mehrheit der Befragten. Als überwiegend kann die Verbesserung aber nur gewertet werden, wenn sie tatsächlich eintritt oder wenn dies hinreichend wahrscheinlich ist. Das ist nur der Fall, wenn die Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, und der entsprechende Anreiz zu solchem Verhalten mittels Bedingungen oder Auflagen eingeschränkt werden (Rz. 87 f. der Verfügung; vgl. auch Rz. 19 der Vernehmlassung).

Das Argument der Beschwerdeführerinnen (Rz. 47 der Beschwerde), die Vorinstanz komme selber zum Schluss, dass die Vorteile des Vorhabens überwiegen, wird von der Vorinstanz zu Recht bestritten (Rz. 18 f. der Vernehmlassung). Möglicherweise wollten die Beschwerdeführerinnen sagen, die Vorinstanz hätte aufgrund ihrer Ausführungen zum Schluss gelangen müssen, überwiegende Vorteile seien gegeben. Selber begründen sie die Auffassung, die Vorteile des Vorhabens überwiegen auch ohne Auflagen, abgesehen von den bereits behandelten Ausführungen zum Handelsmarkt nur mit dem Argument, die Auflagen zur Entflechtung seien durch eigene Vorkehren bereits praktisch erfüllt, die Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs ergebe sich bereits aus dem Kartellgesetz und dem Rahmenvertrag, und im Übrigen seien die Auflagen zur Netznutzung unzulässig. Diese Ausführungen und die entsprechenden Angaben der Vorinstanz (Rz. 20 f. der Vernehmlassung) betreffen die Auflagen als solche, nicht das Überwiegen von Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt. Sie sind daher bei der Beurteilung der Auflagen zu prüfen (vgl. Erwägung 5.4.).

Zur Abwägung der Vor- und Nachteile durch die Vorinstanz hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Folgendes fest:

aa) Zusammenschluss muss kausal sein für die Verbesserung

Der Zusammenschluss muss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt kausal sein (vgl. Erwägung 5.1. am Ende). Durch Auflagen oder Bedingungen bewirkte Verbesserungen sind bei der Abwägung der Vor- und Nachteile nicht zu berücksichtigen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 820; S. VENTURI, a.a.O., Art. 10, Rz. 84).

Daran hat sich die Vorinstanz nicht gehalten. Indem sie die Abwägung der Vor- und Nachteile unter Einbezug selber definierter Auflagen und Bedingungen vorgenommen hat, hat sie das Gegenteil getan.

Dass die Behörde überwiegende Verbesserungen nicht selber konstruieren soll, hat aber gute Gründe:

- Stellt die Behörde überwiegende Verbesserungen mit Auflagen oder Bedingungen selber her, bestimmt sie die Therapie, bevor die Diagnose gestellt ist. Eine richtige Diagnose setzt voraus, dass mögliche Verbesserungen nicht nur auf einem Markt geprüft werden, wenn sie dort nicht als überwiegend taxiert werden, sondern auch auf anderen Märkten.

Lässt man das ausser Acht, kann die Folge sein, dass man Massnahmen verfügt, für die mangels Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen keine Grundlage existiert. Dies ist auch im vorliegenden Zusammenschlusskontrollverfahren geschehen (vgl. Erwägung 5.3.2. b). Eine solche Vermischung der Eingriffsvoraussetzungen und der Konsequenzen der Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen ist darum zu verhindern. Zuerst ist zu Ende zu prüfen, ob die Gesamtbetrachtung überhaupt zur Feststellung eines kartellrechtlichen Problems führt (vgl. Erwägung 5.4.1.).

- Stellt die Behörde überwiegende Verbesserungen auf einem bestimmten Markt selber her, wählt sie Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes als Anknüpfungspunkt für die Lösung der wettbewerblichen Probleme. Damit begibt sie sich auf das Feld schwieriger Wertungsentscheide (vgl. Erwägung 5.1). Mangels geeigneter Messgrössen lässt sich kaum feststellen, wie weit Massnahmen gehen dürfen, die für ein Überwiegen der Verbesserungen erforderlich sind, und ab welchem Punkt die Massnahme als sachlich nicht mehr gerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Freiheit zu qualifizieren ist. Entsprechende Massnahmen könnten die Unternehmen zwar von sich aus anbieten oder in Verhandlungen akzeptieren. Sie verfügungsweise anzuordnen, steht der Behörde aber nicht zu. Weil sich die Behörde hier im Graubereich zwischen zulässigen und unzulässigen Eingriffen bewegt, sind die Massnahmen mit den beteiligten Unternehmen zu erarbeiten (vgl. Erwägung 4.1. und 4.3.). Es ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Parteirechte problematisch, wenn die Behörde überwiegende Verbesserungen selber konstruiert.

Aus diesen Gründen ist das Vorgehen der Vorinstanz bei der Frage überwiegender Verbesserungen auf anderen Märkten methodisch unzulänglich.

bb) Abstellen auf Elemente ungewissen künftigen Verhaltens

Laut der Vorinstanz ist nicht gewährleistet, dass die Verbesserungen tatsächlich eintreten werden oder dass ihr Eintreten hinreichend wahrscheinlich ist. Sie begründet diese Folgerung damit, Swissgrid habe die Möglichkeit, einen Durchleitungsanspruch zu verzögern oder ihn an unangemessene Bedingungen zu knüpfen.

Die Beschwerdeführerinnen rügen diesbezüglich, die Vorinstanz sei bei ihrer Abwägung von künftigem kartellrechtswidrigem Verhalten von Swissgrid ausgegangen. Die Vorinstanz bestreitet, je die Annahme getroffen zu haben, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu einem Verhalten anstiften, das missbräuchlich sein könnte, wie es diese in Randziffer 49 der Beschwerde formuliert haben (Rz. 21 der Vernehmlassung). Dieser Vorwurf ist zwar hart formuliert, erscheint aber im Kern als begründet: Auch wenn die Vorinstanz nicht annimmt, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu kartellrechtswidrigem Verhalten anstiften, geht sie doch davon aus, Swissgrid werde sich wahrscheinlich

unzulässig verhalten. Denn sonst bestünde kein Anlass, Auflagen zu formulieren, welche erklärtermaßen das Ziel haben, einer Behinderung von Stromdurchleitungen entgegenzuwirken.

Bei der Zusammenschlusskontrolle geht es um strukturelle Auswirkungen eines Vorhabens, nicht um verhaltensindizierte Auswirkungen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion gefragt, inwiefern es im vorliegenden Fall legitim sei, bei der Beurteilung von Verbesserungen auf anderen Märkten auch Aspekte möglichen künftigen Verhaltens zu veranschlagen. Die Vorinstanz hat diese Frage nur mit einem Verweis auf Randziffer 21 der Vernehmlassung beantwortet. Dieser lässt sich zur gestellten Frage keine Antwort entnehmen (dort steht, die Behörde sei nicht davon ausgegangen, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu kartellrechtswidrigem Verhalten anstiften, und die Auflagen zur Netznutzung bezweckten eine Vereinfachung der Netznutzung, welche es erlaubten, überwiegende Verbesserungen anzunehmen). Die Vorinstanz bringt also kein Argument dafür vor, weshalb im Rahmen des konkreten Strukturkontrollverfahrens auch Aspekte künftigen Verhaltens veranschlagt werden dürften.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dürfen überwiegende Vorteile auch im konkreten Einzelfall nicht gestützt auf mögliches, aber keineswegs gewisses künftiges Verhalten verneint werden (von dem übrigens zudem nicht feststeht, dass es mit dem Kartellgesetz im Widerspruch stehen würde; vgl. Erwägung 5.4.6. d). Ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte ist bei der Abwägung der Vor- und Nachteile davon auszugehen, dass sich das Unternehmen kartellrechtskonform verhalten wird. Sollte dies nicht der Fall sein, steht der Wettbewerbsbehörde das Instrument der Verhaltenskontrolle zu Gebot.

cc) Abstellen auf unterschiedliche Zeiträume und Gegebenheiten

Die Vorinstanz stellt bei der Prüfung der Nachteile des Vorhabens im Übertragungsmarkt und der überwiegenden Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt auf unterschiedliche Zeiträume mit unterschiedlichen Gegebenheiten ab. Das führt zu logischen Widersprüchen in der Argumentation, die deshalb inkohärent ist und nicht überzeugt.

Laut der Vorinstanz bewirkt das Zusammenschlussvorhaben eine Verbesserung auf dem Stromversorgungsmarkt, indem es einen einheitlichen Ansprechpartner für die Durchleitung schafft. Das vereinfacht die Verhältnisse. Bei dieser Aussage stellt die Vorinstanz auf den Zielzustand ab, in dem die Swissgrid über Durchleitungen in eigener Regie befinden wird und in welchem die Kostenrechnungen, die Durchleitungstarife und -bedingungen existieren werden. Wenn die Vorinstanz das Überwiegen der Verbesserung verneint, so deshalb, weil die Verbesserung möglicherweise nicht sofort eintritt. Hier stellt die Vorinstanz auf die Übergangsphase ab, in welcher die Durchleitung noch gemeinsam mit den jeweiligen

Netzeignern geregelt wird. Weil man in der Übergangsphase noch mit den einzelnen Übertragungsnetzeigentümern verhandeln müsse, ergebe sich ohne die Auflagen noch keine Vereinfachung (vgl. Rz. 69, Rz. 85 f., Rz. 88 der Verfügung, Rz. 19 der Vernehmlassung).

Geht man von der Übergangsphase aus, in welcher die Netznutzung noch mit mehreren Netzeigentümern zu regeln ist und die Gebühren unterschiedlich sind, bestehen aber auch keine Nachteile auf dem Übertragungsmarkt, die darin bestehen würden, dass nur noch Swissgrid die Übertragung anbietet und der Zusammenschluss den Wegfall der mehreren Übertragungsdienstleister mit unterschiedlichen Gebühren bewirken würde. Existiert in der Übergangsphase auf dem Übertragungsmarkt aber kein Nachteil, erübrigt sich die Prüfung, ob in einem anderen Markt überwiegende Vorteile resultieren.

Bei der Beurteilung der Nachteile und der überwiegenden Vorteile darf daher nicht auf unterschiedliche Zeiträume mit unterschiedlichen Verhältnissen abgestellt werden. Bejaht die Vorinstanz eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, weil im Endzustand nur noch ein Übertragungsdienstleister mit einheitlichen Netznutzungsgebühren vorhanden sein wird, muss sie für die Prüfung der überwiegenden Verbesserungen ebenfalls auf diesen Endzustand abstellen, und nicht auf den Übergangszeitraum, in welchem die Netznutzung noch mit den jeweiligen Netzeigentümern geregelt wird und in dem die Durchleitungsbedingungen noch nicht einheitlich sind. Stellt man auch bei den Verbesserungen auf anderen Märkten auf eine zukunftsgerichtete Betrachtung ab (einheitlicher Netzbetreiber und Ansprechpartner, Vorliegen der Kostenrechnungen und Nutzungstarife), entfallen Anlass und Bedarf, den anvisierten Endzustand mittels Auflagen vorzuziehen.

Dass die Argumentationsweise unter dem Strich nicht aufgeht, ist die Konsequenz davon, dass die Vorinstanz bei der Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse ("indirekter Wettbewerb" der Übertragungsdienstleister) und bei der Verbesserung in anderen Märkten letztlich vom selben ausgeht, nämlich von den Ausweichmöglichkeiten der Elektrizitäts- und Industriewerke bei der Versorgung und damit verbunden dem Stromtransport über das Verteilnetz (und indirekt über das Übertragungsnetz). Bei diesem Ansatz kann es Vorteile, welche die Nachteile überwiegen, praktisch nur geben, wenn man unterschiedliche Zeiträume und Verhältnisse veranschlagt. Auf diese Weise hat die Vorinstanz ihre Betrachtungsweise (Abgrenzung des räumlichen Marktes über unterschiedliche sachliche Märkte hinweg, Annahme eines "indirekten Wettbewerbs" unter Übertragungsdienstleistern als Folge von Alternativen in den Märkten für Versorgung und Verteilung) gewissermassen selber ad absurdum geführt.

d) Schlussfolgerungen für die überwiegenden Verbesserungen auf anderen Märkten

Die Abwägung der Vor- und Nachteile durch die Vorinstanz ist ungenügend, weil die Auswirkungen auf

den internationalen Handelsmarkt nicht berücksichtigt wurden (vgl. Erwägung 5.3.2. b) und weil die Abwägung der Nachteile im Übertragungsmarkt und der Verbesserungen im Versorgungsmarkt in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft ist (vgl. Erwägung 5.3.2. c). Die Ausführungen, mit welchen die Vorinstanz das Überwiegen der Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt verneint, genügen den Anforderungen an eine sachgerechte und nachvollziehbare Wertung nicht (vgl. Erwägung 5.1.).

Bei der Herstellung überwiegender Verbesserungen mittels Auflagen scheint sich die Vorinstanz eher am Ziel orientiert zu haben, so rasch wie möglich eine umfassende Marktöffnung zu erreichen, als daran, ausgehend von einer klaren Diagnose der mit dem Zusammenschlussvorhaben verbundenen wettbewerblichen Probleme den Handlungsbedarf zu identifizieren und die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten und -erfordernisse mit den Beteiligten auszuloten. Entsprechend sucht man in der Verfügung vergeblich nach grundsätzlichen Überlegungen zur Identifikation der geeigneten, erforderlichen und im engeren Sinn verhältnismässigen Massnahmen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt zum Schluss, dass sich bei der Gewichtung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten durchaus begründen lässt: Verzichtet man auf unbegründete negative Verhaltensprognosen und stellt man bei der Abwägung der Vor- und Nachteile auf denselben Zeitraum ab, bleiben unter dem Strich nur noch die Elemente "Verbesserung für das ganze Land versus Verschlechterung in bestimmten begrenzten Räumen" und "Vorteil für alle versus Nachteil für wenige Stromverbraucher". Diese Elemente stellt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nicht in Frage. Ein Überwiegen der Vorteile lässt sich bei dieser Betrachtung aus Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kaum verneinen. (Dies hätte umso mehr zu gelten, wenn zudem Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse im Handelsmarkt zu berücksichtigen wären.)

Aus all diesen Gründen ist die Verfügung auch bezüglich der überwiegenden Verbesserungen auf anderen Märkten nicht haltbar. Bei diesem Ergebnis besteht für Auflagen oder Bedingungen kein Raum, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen (Rz. 54 der Beschwerde).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gemäss Randziffer 47 f. der Beschwerde und diejenigen der Vorinstanz gemäss Randziffer 18 ff. der Vernehmlassung betreffen, soweit darauf oben noch nicht eingegangen wurde, die Auflagen als solche. Darauf ist in Erwägung 5.4. zurückzukommen.

5.4. Auflagen

5.4.1. Grundsätzliches

a) Allgemein

Auflagen oder Bedingungen sind Nebenbestimmungen einer Verfügung. Sie regeln die Modalitäten einer Verfügung, die nähere Ausgestaltung von in der

Verfügung geregelten Rechten und Pflichten und die Voraussetzungen der Wahrnehmung dieser Rechte und Pflichten. Nebenbestimmungen sind also Präzisierungen der verfügungsweise geregelten Rechte und Pflichten. Sie belasten den Adressaten der Verfügung mit einer zusätzlichen Verpflichtung, sind rechtlich eigenständig und mittels Vollstreckungsverfügung selbstständig erzwingbar. Nebenbestimmungen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen mit dem Zweck, der mit der Hauptregelung verfolgt wird, und sie müssen verhältnismässig sein (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., S. 232 ff., Rz. 89 ff.). Die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung ergibt sich aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 918). Nebenbestimmungen, die andere Zwecke verfolgen, sind als zu weit gehend abzulehnen (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 921).

Auflagen und Bedingungen setzen voraus, dass die mit der Verfügung erteilten Rechte auch verweigert werden können (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., S. 234, Rz. 94). Einer anderen Umschreibung zufolge sind Nebenbestimmungen gerechtfertigt, wenn eine Bewilligung verweigert werden könnte (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 902). Die unterschiedlichen Formulierungen meinen dasselbe, nämlich dass Nebenbestimmungen eine mildere Alternative eines Verbots oder der Verweigerung einer Bewilligung sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., S. 234, Rz. 94). Sachfremde Nebenbestimmungen sind unzulässig (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 918).

b) Im Kartellrecht

Führt ein Zusammenschlussverfahren auf einem bestimmten Markt zu einer beherrschenden Stellung, die wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, und resultieren auf anderen Märkten keine überwiegenden Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse, sind die Voraussetzungen eines Eingriffs im Rahmen der Fusionskontrolle, also der Untersagung eines Vorhabens oder seiner Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen, erfüllt (Art. 10 Abs. 2 KG). Die Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen ist eine mildere Form der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens. Wie die Untersagung setzt auch sie die Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen voraus. Die beiden Arten von Eingriffen sind an dieselben Voraussetzungen gebunden.

Der kartellrechtlichen Literatur zufolge hat die Wettbewerbsbehörde bei Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen erstens festzustellen, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht bewilligt werden kann. Zweitens muss sie prüfen, ob es untersagt werden muss oder ob es mit Änderungen zugelassen werden kann. Änderungsvorschläge sind Sache der Parteien; die Änderungen sind in einem dialogischen Vorgehen zu erarbeiten. Darin ist sich die Lehre einig. Die Vorinstanz hat das nicht beachtet und die Auflagen oder Bedingungen einseitig und ohne Konsultation festgelegt (vgl. Erwägung 4.1., 4.3., 5.3.2. d). Hätte sie Diagnose und Therapie klar getrennt und wäre sie in der vorgesehenen Weise vorgegangen, hätte sie mit

den Beteiligten eine Lösung anstreben können, mit welcher sich wettbewerbliche Probleme ohne unnötige Eingriffe in die unternehmerische Freiheit und ohne Konflikte mit diversen Rechtssätzen hätten lösen lassen.

Auflagen oder Bedingungen können sowohl strukturelle wie auch Verhaltensaspekte betreffen, wobei strukturbezogene Massnahmen vorgehen sollen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 827 ff., Rz. 833 f.).

5.4.2. Darstellung in der Verfügung

Laut der angefochtenen Verfügung ergeben sich im Verhältnis zu den Nachteilen auf dem Übertragungsmarkt überwiegende Vorteile auf dem Stromversorgungsmarkt nur, wenn das Vorhaben mit Auflagen oder Bedingungen verbunden wird. Diese betreffen erstens die Möglichkeit von Swissgrid, **Stromdurchleitungen zu behindern** (Rz. 89 der Verfügung), und zweitens den Anreiz, dies zu tun (Rz. 90 der Verfügung).

Bezüglich der Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, sei erforderlich

- die Pflicht von Swissgrid, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren,
- die Pflicht von Swissgrid, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen,
- die Pflicht der am Vorhaben beteiligten Unternehmen, für ihre von Swissgrid betriebenen Stromübertragungseinrichtungen eine separate Kostenrechnung zu erstellen,
- die Pflicht von Swissgrid, Netznutzungstarife und -bedingungen zu publizieren.

Der erste Punkt solle sicherstellen, dass ein möglicher Durchleitungsanspruch nicht in jedem Einzelfall überprüft werden müsse. Die weiteren drei Punkte sollten sicherstellen, dass Wettbewerbsbehörde und Preisüberwacher die Angemessenheit der Tarife effizient überprüfen könnten.

Bezüglich des Anreizes, Durchleitungen zu behindern, sei erforderlich

- das Verbot an Swissgrid, Strom zu erzeugen, verkaufen, handeln und Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder eignen, soweit nicht dem Eigenverbrauch und dem sicheren Netzbetrieb dienlich oder Regelenergie betreffend,
- das Verbot an Swissgrid, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, die solche Tätigkeiten kommerziell ausübten,
- das Verbot, dass Mitglieder von Geschäftsleitung oder Verwaltungsrat der Swissgrid gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die genannten Tätigkeiten kommerziell ausübten.

Diese Bedingungen seien notwendig und ausreichend für eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse. Die Auflagen entsprächen den Bestimmungen des Entwurfs des Stromversorgungsgesetzes bezüglich der nationalen Netzgesellschaft.

Das Stromversorgungsgesetz bezwecke, Anreize für mehr Wettbewerb zu schaffen. Unter Experten sei unbestritten, dass die zitierten Bestimmungen für die Förderung des Wettbewerbs notwendig und ausreichend seien. Die Befragung von kommerziellen Stromverbrauchern im Rahmen des Verfahrens habe gezeigt, dass von einer nationalen Netzgesellschaft eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Stromversorgungsmarkt erwartet werde, wenn Bestimmungen analog zum Stromversorgungsgesetz eingeführt würden (Rz. 91 der Verfügung).

Im Gegensatz zur EU, die eine personelle Entflechtung nur bezüglich des operativen Geschäfts vorsehe, sei die Wettbewerbskommission der Überzeugung, eine genügende Verbesserung lasse sich nur erreichen, wenn die personelle Entflechtung auch auf Stufe Verwaltungsrat greife. Eine eigentumsrechtliche Trennung von Übertragungsnetzbetreiber und übrigen Elektrizitätsunternehmen würde zwar eine weitere Belebung des Wettbewerbs auf den Stromversorgungsmärkten bringen, eine Verbesserung werde aber auch ohne diese Trennung erreicht. Die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Modifikationen (d.h. Entflechtung der Tätigkeiten, Verbot von Beteiligung, personelle Entflechtung auf Stufe Geschäftsleitung, Verbot der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern zur Einflussnahme auf das operative Geschäft) entsprächen den Auflagen der Wettbewerbsbehörde zwar weit gehend. Auf die Auflagen der Wettbewerbsbehörde könne aber nicht verzichtet werden, weil die Vorschläge der Beteiligten nur Absichtserklärungen darstellten, und weil sichergestellt werden müsse, dass sie tatsächlich umgesetzt und eingehalten und nicht nachträglich rückgängig gemacht werden könnten. Beides sei ohne die Auflagen nicht möglich (Rz. 92-94 der Verfügung).

5.4.3. Massnahmen betreffend die Unabhängigkeit von Swissgrid

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen halten die diesbezüglichen Auflagen der Vorinstanz (Rz. 90 der Verfügung) für nicht erforderlich. Denn sie hätten die mit Blick auf die Unabhängigkeit von Swissgrid nötigen Vorkehrungen im Verlauf des Fusionskontrollverfahrens bereits selber getroffen: Swissgrid dürfe Strom weder erzeugen noch verkaufen oder damit handeln. Sie dürfe sich nicht an Unternehmen beteiligen, die solche kommerzielle Tätigkeiten ausübten. Die Mitglieder der Geschäftsleitung von Swissgrid dürften den Geschäftsleitungen der beteiligten Unternehmen nicht angehören, und den Vertretern der beteiligten Unternehmen im Verwaltungsrat von Swissgrid sei es untersagt, in operative Entscheide der Geschäftsleitung des Netzbetreibers einzugreifen. All dies ergebe sich aus dem Gesellschaftszweck, dem Rahmenvertrag und dem Organisationsreglement. Die vorgenommene rechtliche und organisatorische Verselbstständigung schliesse eine Einflussnahme der Gründerunternehmen auf die operativen Entscheide von Swissgrid aus. Die Auflagen zur Unabhängigkeit von Swissgrid seien daher praktisch erfüllt, mit Ausnahme der personellen Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat (Rz.

48 der Beschwerde). Diese letztgenannte Auflage sei rechtswidrig und unverhältnismässig, da sie zur Erreichung des angestrebten Ziels weder geeignet noch erforderlich sei; im Gegenzug verhindere sie eine wirkungsvolle strategische Führung (vgl. sogleich aa). Ausserdem stehe sie im Widerspruch zu entsprechenden Vorschriften des europäischen Rechts (nachfolgend bb) und greife in das schweizerische Aktienrecht ein (unten cc) (Rz. 85 ff. der Beschwerde).

aa) Unverhältnismässigkeit der Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat

Die Auflage sei unverhältnismässig, weil sie für eine unabhängige Führung des Netzbetreibers nicht erforderlich sei. Die unter dem Aspekt von Kollisionen mit Eigentümerinteressen problematischen Entscheidung aus dem Bereich von Kapazitätsallokationen und Engpassmanagement würden im Rahmen des Tagesgeschäfts von der unabhängigen Geschäftsleitung gefasst. Eine personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat mache keinen Sinn, weil dieser nicht ins Tagesgeschäft eingreifen könne. Allfällige Interessenkonflikte könnten daher keine Wirkung entfalten. Die Auflage sei nicht geeignet, Interessenkonflikten vorzubeugen. Wenn die Aktionäre keine Personen aus ihren Organen in den Verwaltungsrat entsenden könnten, würden sie weisungsgebundene Mitarbeiter delegieren, die die Position der Aktionäre ebenfalls einbringen würden. Dass der Verwaltungsrat nichts mit den Entscheidungen des Tagesgeschäfts zu tun habe, sondern die strategische, finanzielle und personelle Oberleitung der Gesellschaft wahrnehme, gelte bereits nach allgemeinen aktienrechtlichen Prinzipien und sei im Organisationsreglement von Swissgrid ebenfalls vorgesehen. Das Zusammenschlussvorhaben könne nur in Zusammenarbeit mit den bisherigen Netzbetreibern umgesetzt werden, weshalb diese im Verwaltungsrat vertreten sein müssten. Man sei auf ihr Fachwissen angewiesen, um das Vorhaben zum Erfolg führen zu können. Die bisherigen Netzbetreiber stellten dem Unternehmen ihre Anlagen zur Verfügung und würden im Gegenzug als Aktionäre an Swissgrid beteiligt. Das Verbot, Mitglieder ihrer Organe in den Verwaltungsrat zu entsenden, stelle einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit dar. Das Anliegen der Unabhängigkeit von Swissgrid rechtfertige die Massnahme nicht. Die Auflage schiesse über ihr Ziel hinaus, stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen der Aktionäre und sei daher unverhältnismässig (Rz. 89-95 der Beschwerde).

bb) Widerspruch der Auflage zur europäischen Regelung

Im Widerspruch zu den europäischen Regelungen stehe die Auflage, weil diese die operative Funktion der Geschäftsleitung und die Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates unterscheide und nur hinsichtlich der operativen Tätigkeit eine Entflechtung vorsehe. Dieselbe Regelung hätten die Beschwerdeführerinnen für Swissgrid vorgesehen. Die Vorinstanz begründe ihre Auffassung, eine Entflechtung sei auch auf Stufe Verwaltungsrat erforderlich, in keiner Weise. Die Ausdehnung der Entflechtung auf den Ver-

waltungsrat sei sachlich nicht begründbar (Rz. 96-100 der Beschwerde).

cc) Verletzung des Aktienrechts

Die Auflage verletze das Aktienrecht, weil es gemäss Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 2 des Obligationenrechts (OR) eine unübertragbare Befugnis der Generalversammlung der Aktionäre sei, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu bestimmen. Gemäss Artikel 707 Absatz 3 des Obligationenrechts sei eine an einer Aktiengesellschaft beteiligte juristische Person ausdrücklich befugt, Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden. Die Auflage sei daher ein Eingriff in zwingende Bestimmungen des Aktienrechts. Der Wettbewerbsbehörde sei es verwehrt, mittels Verfügung geltendes Bundesrecht ausser Kraft zu setzen; solches vermöchte nur der Gesetzgeber (Rz. 101-104 der Beschwerde).

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz argumentiert, die Anstrengungen der Unternehmen betreffend Unabhängigkeit der Swissgrid seien nicht ausreichend (Rz. 20 der Vernehmlassung). Die Beschwerdeführerinnen räumten selbst ein, dass Mechanismen zur Wahrung der Unabhängigkeit erforderlich seien. Die Auflage zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates stelle eine solche Massnahme dar. Die Beschwerdeführerinnen könnten sehr wohl Personen mit dem nötigen Fachwissen entsenden; diese müssten einfach auf Einsitznahme in ein Organ eines anderen Elektrizitätsunternehmens verzichten. Angesichts der Bedeutung der Unabhängigkeit von Swissgrid für funktionierenden Wettbewerb in der Stromversorgung sei dies verhältnismässig (Rz. 35 f. der Vernehmlassung).

Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte EU-Richtlinie enthalte nur die Grundvorgaben für die Mitgliedstaaten, denen es frei stehe, schärfere Vorschriften zu erlassen, wenn sie dies für die Sicherung des Wettbewerbs notwendig hielten. Die Regeln zur Entflechtung würden ausdrücklich als Mindestkriterien aufgefasst. Länderspezifische Gegebenheiten seien zu beachten, und angesichts der atomistischen Struktur der schweizerischen Stromwirtschaft sei der Unabhängigkeit des Netzbetreibers ein höherer Stellenwert einzuräumen (Rz. 37 der Vernehmlassung).

Die Auflage verletze das Aktienrecht nicht, denn das Recht der juristischen Personen (Art. 707 OR), Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden, werde nicht tangiert. Die Beschwerdeführerinnen könnten Vertreter entsenden, bloss nicht solche, die gleichzeitig einem Organ angehörten (Rz. 38 der Vernehmlassung).

Die Auflage sei daher gesetzeskonform, verhältnismässig und notwendig.

5.4.4. Beurteilung der Auflagen/Bedingungen zur Unabhängigkeit von Swissgrid

a) Keine Begründung der Auflage betreffend Entflechtung Verwaltungsrat

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass sich die Beschwerdeführerinnen mit Massnahmen zur Vermeidung von Interessenskonflikten

grundsätzlich einverstanden erklären. Sie haben ihre Bereitschaft zu solchen Massnahmen im Lauf des Verfahrens bekundet und in den Gesellschaftsdokumenten verankert.

Weiter stellt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, dass die Verfügung keinerlei Angaben dazu enthält, welches Anliegen mit der zusätzlichen Auflage betreffend Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat erreicht werden soll und inwiefern sich dieses mit den beiden Massnahmen der Beschwerdeführerinnen (Unabhängigkeit der Geschäftsleitung, kein Eingreifen des Verwaltungsrates in die operative Tätigkeit) nicht ebenfalls erreichen liesse. Die Verfügung begründet die weitergehende Massnahme nicht. Dies stellt eine Verletzung der Begründungspflicht und damit eine von Amtes wegen festzustellende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Auflage betreffend Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat ist daher schon aus formellen Gründen aufzuheben.

Der einzigen Angabe in der Verfügung ist zu entnehmen, die Massnahmen der beteiligten Unternehmen entsprächen den Auflagen weit gehend. Weil nicht sichergestellt sei, dass die Massnahmen tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden, seien Auflagen dennoch erforderlich. Diese Ausführungen beziehen sich aber nur auf die Form der Massnahmen, nicht auf ihren Inhalt. Dass die Auflagen verbindlich sein sollen, rechtfertigt keine inhaltlich nicht begründeten weitergehenden Massnahmen. Die Vorinstanz hätte die von den Beschwerdeführerinnen getroffenen Massnahmen ohne weiteres als Nebenbestimmungen ihrer Verfügung festhalten können. Im Übrigen ist den Beschwerdeführerinnen darin beizupflichten, dass sich eine Zulassung auf das Vorhaben samt den getroffenen Massnahmen bezieht; diese können daher nachträglich nicht beliebig geändert werden.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz in der Instruktion aufgefordert, eine Begründung nachzuliefern. Die Vorinstanz hat diesbezüglich auf ihre Verfügung verwiesen, der sich zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat in sachlicher Hinsicht wie ausgeführt keine Begründung entnehmen lässt. Die Frage, was mit dieser Auflage konkret erreicht werden solle, wurde mit einem Hinweis auf eine bessere Gewährleistung der Unabhängigkeit und auf die Oberleitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat beantwortet. Die Frage, inwiefern das zusätzlich Angestrebte nicht auch mit den beiden Massnahmen der beteiligten Unternehmen erreicht werden könne, beantwortet die Vorinstanz nicht. Die Frage schliesslich, ob die Auflage verhindern solle, dass die beteiligten Unternehmen die bei Gemeinschaftsunternehmen begrifflich vorausgesetzte gemeinsame Kontrolle ausüben könnten, verneint die Vorinstanz; sie dürften die gemeinsame Kontrolle aber nicht dazu missbrauchen, ihr Verhalten auf anderen Märkten zu koordinieren (Eingabe der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 21 f.).

Aus diesen Ausführungen wird weder ersichtlich, welchem konkreten Zweck die zusätzliche Massnah-

men einer Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat dienen soll, noch, inwiefern die Massnahmen der beteiligten Unternehmen dazu nicht ebenfalls ausreichend sein sollten. Zur Frage, ob die Auflage für die Unabhängigkeit geeignet und erforderlich ist, vergleiche nachfolgend b). Die von der Vorinstanz offenbar befürchteten Missbräuche einer beherrschenden Stellung auf anderen Märkten sind im Rahmen der Verhaltenskontrolle (Art. 5, Art. 7 KG) zu prüfen; sie reichen zur nachträglichen Begründung der Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat nicht aus.

b) Unverhältnismässigkeit der Auflage betreffend Entflechtung Verwaltungsrat

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat für die Unabhängigkeit des Netzbetreibers weder geeignet noch erforderlich: Ungeeignet sei sie, weil auch Vertreter im Verwaltungsrat, die keinem Organ der beteiligten Unternehmen angehörten, die Position der Aktionäre einbringen würden. Nicht erforderlich sei sie, weil die Bereiche, in welchen überhaupt Interessenkollisionen auftreten könnten (Kapazitätsallokation, Engpassmanagement), im Tagesgeschäft geregelt würden, das in der Zuständigkeit der unabhängigen Geschäftsleitung liege und Eingriffen des Verwaltungsrats entzogen sei.

Die Vorinstanz bestreitet diese Auffassung in ihrer Vernehmlassung in keiner Weise. Sie führt nur aus, die Beschwerdeführerinnen würden anerkennen, dass Massnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit erforderlich seien. Die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat sei eine solche Massnahme.

Dass sich die Beschwerdeführerinnen Massnahmen zur Entflechtung nicht grundsätzlich widersetzen, heisst nicht, dass die Wettbewerbsbehörde bei weitergehenden (von den Unternehmen abgelehnten) Massnahmen die Eignung und Erforderlichkeit mit Blick auf das angestrebte Ziel nicht prüfen müsste. Das Argument der Vorinstanz, angesichts der Bedeutung der Unabhängigkeit für funktionierenden Wettbewerb im Versorgungsmarkt sei die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat verhältnismässig, entbindet sie von dieser Prüfung ebenso wenig. Denn die Frage der Verhältnismässigkeit von Zweck und Mittel stellt sich nur, wenn Eignung und Erforderlichkeit der Massnahme zu bejahen sind. Die Vorinstanz äussert sich auch nicht zum Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn sei nicht gewahrt, weil die Massnahme die strategische Führung unnötig erschwere, ohne dass sich damit mehr erreichen liesse als mit den beiden getroffenen Massnahmen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht mit den Beschwerdeführerinnen davon aus, dass eine Einflussnahme der Aktionäre auf die in den Verwaltungsrat entsandten Vertreter auch dann möglich ist, wenn diese nicht ihren Organen angehören. Sind diese Vertreter Mitarbeiter der beteiligten Unternehmen, sind sie ohnehin an Weisungen des Arbeitgebers gebunden (*Art. 321 d Abs. 2 OR*, SR 220). Sind sie als Aussenstehende aufgrund eines Mandatsver-

hältnisses tätig, sind sie zwar rechtlich nicht weisungsgebunden, faktisch aber sehr wohl. Denn das Mandat kann entzogen werden, wenn die Auftraggeber mit dessen Ausübung nicht einverstanden sind. Zwar geht die Treuepflicht der Verwaltungsräte gegenüber der Gesellschaft derjenigen gegenüber der delegierenden juristischen Person vor und lehnt die Lehre eine Weisungsbefugnis der delegierenden Gesellschaft teilweise ab. Das ändert aber nichts daran, dass mindestens faktisch eine Bindung an Weisungen besteht, unabhängig davon, ob der Vertreter einem Organ des delegierenden Unternehmens angehört oder nicht. Das Verbot, Vertreter in den Verwaltungsrat von Swissgrid zu entsenden, die gleichzeitig einem Organ der beteiligten Unternehmen angehören, ist daher nicht geeignet, die Unabhängigkeit von Swissgrid zu erhöhen.

Die diesbezügliche Auflage ist auch nicht erforderlich. Denn die beiden Massnahmen der Beschwerdeführerinnen (unabhängige Geschäftsleitung, kein Eingriff des Verwaltungsrates in möglicherweise heikle Fragen des Tagesgeschäfts) stellen selber sicher, dass allfällige Interessenkollisionen auf Stufe Verwaltungsrat bei der operativen Tätigkeit nicht zum Tragen kommen.

Dass der Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft innehat, ändert nichts daran, dass die Auflage weder geeignet noch erforderlich erscheint.

Ist die Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat für die Unabhängigkeit von Swissgrid weder geeignet noch erforderlich, kann sie auch nicht verhältnismässig sein. Sie ist daher auch aus materiellen Gründen aufzuheben.

c) Widerspruch der Auflage zu Bestimmungen des Aktienrechts

Die Generalversammlung der Aktionäre verfügt über die unübertragbare Befugnis, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu bestimmen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Juristische Personen, die an einer Aktiengesellschaft beteiligt sind, haben das Recht, Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden (Art. 707 Abs. 3 OR). Die Beschwerdeführerinnen leiten aus diesen Bestimmungen ab, die Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat sei aktienrechtswidrig. Nur der Bundesgesetzgeber könnte eine solche Einschränkung statuieren.

Die juristische Person, die Aktionärin ist, kann Vorschläge machen zur Wahl ihrer Vertreter. Die Wahl selber obliegt der Generalversammlung. Bei der Wahl des Verwaltungsrates ist die Generalversammlung insofern eingeschränkt, als Wählbarkeitsvoraussetzungen zu beachten sind (z.B. Nationalität, vgl. Art. 708 ff. OR). Sodann können statutarische Schranken der Wählbarkeit bestehen (z.B. strengere Nationalitätskriterien, fachliche Qualifikation, Unabhängigkeit, Konkurrenzverbot, Höchst- und Mindestalter, Amtszeitbeschränkung, Familienangehörigkeit, Beachtung allgemeiner Grundsätze wie Gleichbehandlung, Rechtsmissbrauch, sachliche Gründe etc.) (vgl. M. WERNLI, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage,

Basel-Genf-München 2002, Art. 707, Rz. 30). Eine statutarische Beschränkung der Wählbarkeit im Sinne der Unabhängigkeit der Vertreter ist also zulässig und nicht aktienrechtswidrig.

Die Frage, ob die Wettbewerbsbehörde solche Beschränkungen verfügungsweise anordnen darf, wenn die Statuten sie nicht vorsehen, ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu verneinen, auch wenn die Bestimmungen des Obligationenrechts nicht als zwingendes Recht im Sinne der Unabänderlichkeit aufzufassen sind. Das Recht der Gesellschaften, sich Beschränkungen aufzuerlegen, ist nicht gleichbedeutend mit dem Recht einer Behörde, Beschränkungen verfügungsweise anzuordnen. Das behauptet auch die Vorinstanz nicht. Sie hat die aktienrechtlichen Bestimmungen bei Erlass ihrer Verfügung offenbar nicht berücksichtigt. In der Vernehmlassung bezieht sie sich nur auf das Recht der Beschwerdeführerinnen, Vertreter zu entsenden; dieses werde durch die Auflage nicht tangiert, da die Beschwerdeführerinnen Vertreter bezeichnen könnten, bloss nicht solche, die ihren Organen angehören. Zur unübertragbaren Befugnis der Generalversammlung, den Verwaltungsrat zu bestimmen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), und zu den Schranken der Wählbarkeit äussert sie sich nicht.

d) Verhältnis der Auflage zu Bestimmungen der EU

Der Verfügung lässt sich wie ausgeführt nichts zur Frage entnehmen, weshalb die Wettbewerbsbehörde im Gegensatz zur EU der Auffassung ist, die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetreibers bedinge auch eine personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat. Weitergehende Massnahmen müssen nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sachlich begründbar sein, auch wenn die Regelungen der EU für die Schweiz nicht verbindlich sind.

Das Argument in der Vernehmlassung, die EU-Bestimmungen seien nur Mindestkriterien, die Länder dürften aufgrund länderspezifischer Gegebenheiten weitergehende Massnahmen treffen und die Unabhängigkeit des Netzbetreibers habe aufgrund der atomistischen Struktur einen höheren Stellenwert, stellt keine sachliche Begründung für weitergehende Massnahmen dar. Dass der Stellenwert der Unabhängigkeit grösser ist, heisst nicht, dass es zu deren Herstellung weitergehender Massnahmen bedarf. Auch wenn man den Ländern die Befugnis, weitergehende Massnahmen zu treffen, nicht abspricht, heisst dies nicht, dass sie Massnahmen wählen können, die mangels Eignung und Erforderlichkeit unverhältnismässig sind.

Weshalb bei einer atomistischen Marktstruktur höhere Anforderungen an die personelle Entflechtung zu stellen wären, ist nicht ohne weiteres einzusehen. Eine atomistische Marktstruktur mit entsprechend dezentralen Entscheidungsstrukturen spricht eher für eine gegenteilige Folgerung. Die Vorinstanz hat eine entsprechende Frage der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Rahmen der Instruktion mit einem Verweis auf die schon heute bestehenden zahlreichen

personellen Verflechtungen und Interessenvertretungen beantwortet; diese erschwerten Wettbewerb (Eingabe vom 27.1.2006, S. 22). Offenbar befürchtet die Vorinstanz somit, das Vorhaben "Swissgrid" führe zu einer Zunahme kollusiven Verhaltens. Diese Befürchtung steht jedoch im Widerspruch zur Verfügung selbst, die festhält, das Vorhaben bewirke keine nennenswerte Begünstigung von Abreden (Rz. 47 der Verfügung), und angesichts bereits bestehender Verflechtungen bewirke es in den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel keine kollektiv marktbeherrschende Stellung (Rz. 48 der Verfügung). Die Argumentation der Vorinstanz ist daher kaum nachvollziehbar.

Was den Verweis auf Vorschriften zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat im Stromversorgungsgesetz angeht, ist festzuhalten, dass dieses Gesetzgebungsprojekt noch nicht abgeschlossen ist. Dass der Gesetzgeber möglicherweise eine solche Bestimmung beschliessen wird, heisst nicht, dass die Vorinstanz befugt wäre, eine entsprechende Massnahme ebenfalls zu treffen, wenn sie für die Unabhängigkeit von Swissgrid weder geeignet noch erforderlich ist und in die Kompetenzen der Generalversammlung eingreift.

e) Schlussfolgerungen

Nicht nur hat die Vorinstanz die Auflage betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat nicht begründet. Die Auflage erweist sich zudem als unverhältnismässig, weil sie für einen unabhängigen Netzbetreiber weder geeignet noch erforderlich ist. Ausserdem steht sie im Widerspruch zur Befugnis der Generalversammlung, den Verwaltungsrat zu bestimmen.

Die Auflage ist daher aus formellen und materiellen Gründen aufzuheben.

5.4.5. Massnahmen betreffend die Nutzung des Übertragungsnetzes

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen erachten die Netznutzungsaufgaben, die einer umfassenden Verhaltensregulierung entsprächen, für unzulässig. Das Kartellgesetz gehe bewusst von einer *ex post* Verhaltenskontrolle im Einzelfall aus. Auflagen zu einer *ex ante* Verhaltensregulierung seien bei der Zusammenschlusskontrolle nicht zulässig. Das Kartellgesetz bilde keine genügende gesetzliche Grundlage für eine prophylaktische Anordnung zeitlich unbeschränkter Verhaltenspflichten, die den Kern der unternehmerischen Tätigkeit betreffen (Rz. 49 der Beschwerde).

Bei der Formulierung von Nebenbestimmungen zu einer Verfügung sei die Vorinstanz an die Gebote der pflichtgemässen Ermessensbetätigung, das Gebot der Sachlichkeit und der Verhältnismässigkeit gebunden. Auflagen müssten erstens geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, zweitens erforderlich mit Blick auf dieses Ziel, und drittens müssten der angestrebte Zweck und der Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Auflagen dürften keine unzumutbare Belastung darstellen. Die

Unternehmen seien aktiv geworden, um den mit Blick auf die bestmögliche Integration in den europäischen Strombinnenmarkt erforderlichen einheitlichen Ansprechpartner zu schaffen. Davon werde die Stromversorgung in der Schweiz unmittelbar profitieren. Ein Projekt dieser Grössenordnung könne nur schrittweise verwirklicht werden. Gesetze sähen deshalb bei solchen Vorhaben jeweils Übergangsfristen vor, um einen geordneten Übergang zu ermöglichen und um zu gewährleisten, dass bestehende Verträge eingehalten und die technischen Voraussetzungen geschaffen werden könnten. Dass die Wettbewerbsbehörde ihre Auflagen ohne Rücksicht auf die von den Parteien geplante Umsetzung ausgesprochen habe, sei rechtswidrig (Rz. 57-59 der Beschwerde):

aa) Einseitige Änderung des Vorhabens durch ex ante Verhaltensregulierung ohne zeitliche Staffelung

Die Wettbewerbskommission sei nicht berechtigt, Auflagen zu erlassen, welche die Parteien zu einer Änderung des gemeldeten Vorhabens zwingen. Die beteiligten Unternehmen sähen vor, dass der Netzzugang nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung geregelt sein und nach einer Übergangsphase gestützt auf ein einheitliches Netznutzungsmodell erfolgen solle. Die betriebliche Ausgliederung des Übertragungsnetzes könne rasch bewältigt werden, die Umsetzung auf Ebene Netznutzung benötige aber Zeit. Eine zeitliche Staffelung sei unumgänglich. Die Auflage verlange dagegen von Beginn weg ein Netznutzungsmodell mit Entschädigung in Form einer einheitlichen Briefmarke (Rz. 60-63 der Beschwerde). Der Wettbewerbskommission fehle die Zuständigkeit, die Unternehmen mit Auflagen zu wesentlichen Änderungen eines Vorhabens zu zwingen, wie der einschlägigen Literatur zu entnehmen sei. Auflagen dienten der Umsetzung von Zusagen der Parteien und seien in einem dialogischen Verfahren zu erarbeiten. Die Anordnung eines umfassenden Netzzugangsanspruchs stelle eine *ex ante* Verhaltensregulierung dar, die weit über das hinausgehe, was die Wettbewerbskommission im Rahmen der Verhaltenskontrolle in einem konkreten Einzelfall verfügen könnte. Die Vorinstanz habe eine generell-abstrakte Verhaltensnorm erlassen, was dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Beim Netzzugang stellten sich etliche grundsätzliche Fragen, etwa wie weit er privaten Haushalten zustehen solle. Der Netzzugang müsse aus sachlichen Gründen verweigert werden können (Kapazitätsgrenzen, Einhaltung langfristiger Verträge). Die Umgehung der Einzelfallkontrolle nach Artikel 7 des Kartellgesetzes mittels Auflagen durch die Wettbewerbsbehörde sei nicht statthaft. Dieses Anliegen verfolge die Wettbewerbsbehörde, wenn sie mit den Auflagen verhindern wolle, Missbräuche im Einzelfall prüfen zu müssen. In seiner Absolutheit umfasse der angeordnete Netzzugangsanspruch auch Export und Transit; mangels Auswirkungen auf den Schweizer Markt fehle der Vorinstanz hier jedoch eine Zuständigkeit. Dass sich Swissgrid diskriminierungsfrei zu verhalten habe, ergebe sich bereits aus Artikel 7 des Kartellgesetzes und zudem aus dem Rahmenvertrag. Die Genehmigung eines Zusammen-

schlusses erstrecke sich auf das gemeldete Vorhaben, das nicht beliebig geändert werden könne. Daher sei unzutreffend, dass die Vereinbarungen der Unternehmen wegen Abänderbarkeit nicht ausreichend seien (Rz. 64-67 der Beschwerde).

bb) Unverhältnismässigkeit der Auflagen

Die Auflagen seien unsachlich und unverhältnismässig, da etwas verlangt werde, was nicht möglich sei. Nach der Betriebsübernahme durch Swissgrid seien zunächst die technischen und betrieblichen Voraussetzungen, die Nutzung des Gesamtnetzes und der Schnittstellen zu unterliegenden Verteilnetzen auf einheitlicher Basis abzuwickeln. Die volle Marktöffnung setze voraus, dass die Stromkunden messtechnische Voraussetzungen erfüllten (Installation von Geräten mit der Möglichkeit der Fernablesung). Für kleinere Kunden müssten Standardlastprofile erstellt und jahreszeitlich abgestimmt werden. Diese Vorbereitungsarbeiten benötigten mindestens zwei Jahre. Die deutsche Stromwirtschaft hätte zur Entwicklung des Netznutzungsmodells vier Jahre gebraucht. Laut der Plänen der Beschwerdeführerinnen hätte die Übertragungsregelung ab Januar 2005 auf der Basis der bestehenden Nutzungsrechte eingeführt werden sollen. Die Nutzung durch Dritte werde durch Swissgrid als Ansprechpartnerin in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Netzeigentümern geregelt. Der Kunde oder sein Händler zahlten dem Bilanzonenverantwortlichen am Ausspeisepunkt eine Gebühr, welche sich nach dem Kostenrechnungsschema des betreffenden Unternehmens richte. Für die fallweise Durchleitung würden zurzeit Grundsätze erarbeitet, die sich am Bundesgerichtsentscheid in Sachen EEF - Watt/Migros orientierten. Die Netznutzung erfolge bereits in der Übergangsphase nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, insbesondere bezüglich Handhabung von Engpässen, wie der Rahmenvertrag festhalte. Sobald das endgültige Übertragungsnetzmodell in Kraft trete, werde das heutige System aufgehoben. Dann gelte das einheitliche Entschädigungsmodell mit einer Entschädigung in Form einer Briefmarke. Für Engpässe würden Auktionsmechanismen geprüft. Die Publikation von Netznutzungsgebühren und -bedingungen sei zurzeit gar nicht möglich, weil diese zuerst erarbeitet werden müssten. Vorarbeiten seien auch für die Einführung einer Kostenrechnung auf Stufe Swissgrid nötig. Die Netzaktivitäten müssten separiert und entsprechende Informatiksysteme aufgebaut werden. Die Kostenrechnung könne nicht vor 2007 erstellt werden. Die Gewährleistung des sofortigen Netzzugangs sei somit technisch und betrieblich nicht möglich, weshalb die Auflage aufzuheben oder anzupassen sei (Rz. 68-74 der Beschwerde).

cc) Verletzung langfristiger Verträge

Die sofortige Umsetzung der Auflage verletze bestehende Langfristverträge. Der grenzüberschreitende Stromhandel habe zufolge verstärkten Wettbewerbs in der EU und unterschiedlichen Produktionskosten und -kapazitäten in den Ländern stark zugenommen und zu grossen physischen Stromtransporten durch die Schweiz geführt. Swissgrid werde im Stromhandel

eine zentrale Rolle spielen (Kapazitätsallokationen an den Grenzen, Fahrplanbilanzgruppen auf dem Schweizer Netz für sämtliche Händler, Engpassmanagement gegenüber Ausland). Die bisherigen Netzbetreiber seien durch langfristige Verträge verpflichtet, welche Kapazitäten bänden. Diese Verträge müssten respektiert werden. Bei einer sofortigen Umsetzung des Netzzugangs wäre dies nicht mehr möglich, weil dieser die Kapazitätsverteilung ohne Rücksicht auf bestehende Verträge erfordere. Die europäische und die vorgesehene schweizerische Elektrizitätsmarktordnung würden den bestehenden Verpflichtungen denn auch Rechnung tragen. Die Umsetzung des Vorhabens könne daher auch aus rechtlichen Gründen nur schrittweise erfolgen. Die Vorinstanz könne die Beschwerdeführerinnen nicht zum Bruch von in guten Treuen eingegangenen Verträgen zwingen (Rz. 75-80 der Beschwerde).

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz argumentiert, die Auflagen bezweckten eine Vereinfachung der Netznutzung durch Dritte, damit eine ausreichende Belegung des Wettbewerbs auf dem Stromversorgungsmarkt resultiere (Rz. 21 der Vernehmlassung). Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen äusserte sie sich wie folgt:

aa) Einseitige Änderung durch ex ante Verhaltensregulierung und ohne zeitliche Staffelung

Betreffend ihres Rechts, Auflagen zur Änderung eines Vorhabens aufzuerlegen, verweist die Vorinstanz auf das Kartellgesetz, das Auflagen ausdrücklich vorsehe. Die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen, nach welcher Auflagen nur freiwillige Selbstverpflichtungen darstellten, die nachträglich in eine Verfügung aufgenommen würden, sei unzutreffend. Diese Auffassung würde Auflagen ausschliessen, die zu erlassen seien, weil das öffentliche Interesse an einem verbleibenden Wettbewerb die Interessen der Zusammenschlussparteien überwögen. Das könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Der Verweis der Beschwerdeführerinnen auf Artikel 37 Absatz 2 des Kartellgesetzes gehe fehl, weil Absatz 4 dieser Bestimmung die Wettbewerbsbehörde ermächtigt, andere geeignete Massnahmen zu verfügen, wenn die Vorschläge der Unternehmen nicht gebilligt werden könnten. So habe es sich auch vorliegend verhalten. Eine Schlechterstellung gegenüber Unternehmen, die die Meldepflicht verletzen würden, ergebe sich daher nicht (Rz. 23-25 der Vernehmlassung).

bb) Unverhältnismässigkeit der Auflagen

Die Vorinstanz argumentiert, Auflagen zielten darauf, negative Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu korrigieren. Sie habe erläutert, weshalb die Auflagen für eine überwiegende Verbesserung notwendig seien. Ohne diese Auflagen hätte das Vorhaben nicht zugelassen werden können. Die Beschwerdeführerinnen wollten die Nutzung des Übertragungsnetzes auf unbestimmte Zeit nur fallweise unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte gewähren. Der Zeitpunkt der diskriminierungsfreien Durchleitung nach einheitlich

chen Grundsätzen bliebe so dem freien Ermessen der Unternehmen überlassen, ohne dass für den unbefristeten Aufschub Gründe genannt würden. Dass der sofortige Netzzugang aus technischen Gründen noch nicht möglich sei, sei eine reine Schutzbehauptung. Wenn der Zugang aus technischen Gründen nicht möglich wäre, könnte er auch im Einzelfall nicht gewährt werden. Im Fall von Verbrauchern, die über die nötigen Installationen verfügten, könne man nicht argumentieren, der Zugang sei wegen fehlender Installationen technisch ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht konkretisiert, inwiefern Installationen und Lastprofile heute fehlten. Das Bundesgericht habe seinen Entscheid, in dem die Verweigerung der Stromdurchleitung als unzulässige Verhaltensweise qualifiziert worden sei, im Juni 2003 gefällt. Hätten die Beschwerdeführerinnen mit den Vorbereitungsarbeiten für Kostenrechnungen und Tarife damals begonnen, wären sie nun abgeschlossen. Sie seien für das Versäumnis selber verantwortlich und könnten daraus keine Vorteile zu ihren Gunsten ableiten. Dass die Kostenrechnung erst 2007 eingeführt werden könne, sei nicht glaubwürdig, weil die Beschwerdeführerinnen bei Inkrafttreten der Revision des Elektrizitätsgesetzes per 2006 ebenfalls verpflichtet wären, eine Kostenrechnung zu führen (Rz. 26-33 der Vernehmlassung).

cc) Verletzung langfristiger Verträge

Nach Auffassung der Vorinstanz trifft nicht zu, dass sie von den Beschwerdeführerinnen die Verletzung langfristiger Verträge verlange. Gefordert werde nur, dass Dritten zu denselben Bedingungen Zugang gewährt werde wie den Vertragspartnern der beteiligten Unternehmen. Dies bedinge weder Bruch noch Anpassung bestehender Verträge (Rz. 34 der Vernehmlassung).

5.4.6. Beurteilung der Auflagen/Bedingungen zur Netznutzung

a) Etappenweises Vorgehen

Die am Vorhaben Swissgrid beteiligten Unternehmen haben einen Aufbau des einheitlichen Netzbetreibers in zwei Phasen vorgesehen. Zunächst wird vor allem die Integration der schweizerischen Stromwirtschaft in den europäischen Handelsmarkt angestrebt, dann sollen die Marktöffnung und der Netzzugang umgesetzt werden. In der Übergangsphase bleiben die Verhältnisse auf Stufe Übertragung an sich unverändert (Netznutzung durch die Eigentümerinnen); Durchleitungen werden auf der Basis der Kostenrechnungen der bisherigen Netzbetreiber im Einzelfall geregelt. Im Zielzustand wird der Netznutzungsanspruch nach Gleichbehandlungsprinzipien und zu einheitlichen Entschädigungen realisiert.

Die beteiligten Unternehmen bestimmen die Dauer des Übergangszustandes nicht. Wird das Stromversorgungsgesetz angenommen, bestimmt dieses, wann der Zielzustand eintritt. Andernfalls ist offen, wie lange der Übergangszustand dauern soll.

Die Beschwerdeführerinnen führen überzeugend aus, weshalb die Realisierung des Zielzustandes schrittwei-

se erfolgen muss (v.a. Erarbeitung der Kostenrechnungen, der Tarifierung und Netznutzungsbedingungen, Aufbau der Informatiksysteme, Wahrung der Ansprüche aus bestehenden langfristigen Vertragsverhältnissen, Erstellung von Standardlastprofilen, falls der Netznutzungsanspruch auch privaten Haushalten offen stehen soll [was sich nicht ausschliessen lässt; die Verfügung lässt offen, wer die Dritten sind, denen der Anspruch zustehen soll]).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz nicht bestreitet, dass diese Arbeiten Zeit brauchen. Ihr Argument, die Beschwerdeführerinnen hätten diese Arbeiten sofort nach dem Bundesgerichtsentscheid an die Hand nehmen können, die zeitlichen Probleme seien daher selbst verschuldet, geht aus zwei Gründen fehl: Erstens verpflichtet der Bundesgerichtsentscheid die Beschwerdeführerinnen in keiner Weise, Kostenrechnungen und Tarife für den Übertragungsnetzbetrieb zu erstellen; er stellt im Rahmen der Einzelfallprüfung ausschliesslich fest, dass sich EEF als Verteilnetzbetreiber gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes unzulässig verhält, wenn sie die Stromdurchleitung über ihr Verteilnetz verweigert. Von einer selbstverschuldeten Säumnis kann daher keine Rede sein. Zweitens ändert die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen diese Arbeiten noch nicht erledigt haben, nichts daran, dass dafür Zeit gebraucht wird. Eine Übergangsfrist ist darum erforderlich. Dass es möglicherweise Stromkunden gibt, die die Voraussetzungen für eine sofortige Netznutzung bereits heute erfüllen (Geräte mit Fernablesung), so dass diesbezüglich keine technischen Hindernisse bestehen, ändert daran nichts. Das weitere Argument der Vorinstanz, die sofortige Netznutzung sei auch deshalb möglich, weil sonst auch Durchleitungen im Einzelfall nicht möglich wären, geht insofern fehl, als solche Durchleitungen in der Übergangsphase nach den Kostenrechnungen der diversen bisherigen Netzbetreiber abgewickelt werden, nicht nach dem zu schaffenden einheitlichen Nutzungstarif; es ändert an der Notwendigkeit einer Übergangsfrist ebenfalls nichts.

Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführerinnen daher für die Massnahmen zur Netznutzung eine angemessene Übergangsfrist einräumen müssen. Hätte sie mit ihnen das Gespräch gesucht, hätte sie spätestens bei dieser Gelegenheit realisiert, dass sie etwas anzuordnen im Begriff ist, was sich nicht machen lässt. Ist die sofortige Umsetzung nicht möglich, kann die Auflage schon deshalb nicht verhältnismässig sein.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion gefragt, ob sie in Betracht gezogen habe, sich mit den Unternehmen auf eine konkrete Übergangsfrist zu verständigen. Die Vorinstanz verneint diese Frage; sie gehe davon aus, dass die Auflagen technisch umsetzbar und zudem notwendig seien, um die negativen Auswirkungen des Vorhabens zu korrigieren (Eingabe vom 27.1.2006, S. 21). Diese Ausführungen ändern an der Schlussfolgerung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts. Die Erarbeitung der er-

forderlichen Grundlagen braucht auch dann Zeit, wenn der Realisierung der Auflagen insofern keine technischen Hindernisse entgegenstehen, als bestimmte Endverbraucher über die nötigen Geräte verfügen.

b) Einseitige Änderung

Die Verpflichtung zu einer sofortigen Realisierung des Zielzustandes stellt eine wesentliche Änderung des von den Beschwerdeführerinnen geplanten Vorhabens und damit einen behördlichen Eingriff in die unternehmerische Tätigkeit und Verantwortung dar. Eine solche Befugnis fehlt der Vorinstanz. Sie ist gehalten, allfällige Massnahmen gemeinsam mit den Beteiligten auszuarbeiten (vgl. Erwägung 4.1., 4.3., 5.3.2. c und d).

Das Argument der Vorinstanz, diese Rechtsauffassung könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, weil sonst Auflagen im überwiegenden öffentlichen Interesse am Wettbewerb ausgeschlossen wären, ist nicht begründet. Erstens enthält die Verfügung keinerlei Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen. Für den vorliegenden Fall lässt sich aus diesem Argument daher nichts ableiten. Zweitens behaupten die Beschwerdeführerinnen nicht, nur freiwillige Selbstverpflichtungen könnten Gegenstand von Auflagen sein. Sie beanspruchen, dass Auflagen gemeinsam und unter Berücksichtigung dessen erarbeitet werden, was möglich ist und mit der Rechtsordnung im Einklang steht. Im Gespräch werden normalerweise auch Zugeständnisse gemacht, die eine Seite nicht freiwillig von sich aus anbietet. Lässt sich das Erforderliche nicht aushandeln, ist das Vorhaben zu untersagen. Überwiegende öffentliche Interessen lassen sich mit dieser (nur ausnahmsweise zu treffenden) Lösung immer wahren. Das von der Vorinstanz genannte Anliegen setzt nicht voraus, dass sie den Zusammenschlussparteien ohne Konsultation einseitig Änderungen aufzwingt.

c) Ex ante Verhaltensregulierung

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ermächtigt das Kartellgesetz sie, gegen möglicherweise wettbewerbsbeseitigende Zusammenschlüsse einzuschreiten. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass das Kartellgesetz jede beliebige Massnahme zulässt.

Die Vorinstanz leitet aus dem Umstand, dass das Stromversorgungsgesetz die Marktöffnung herbeiführen und dass der Gesetzgeber zu diesem Zweck diejenigen Rechtsnormen erlassen wolle, die er mit Blick auf dieses Ziel für notwendig hält, offenbar ab, sie sei bei der Strukturkontrolle befugt, für die Zwischenzeit bis zur Marktöffnung oder bis zur Umsetzung des Projektes durch die Beschwerdeführerinnen gewissermassen an die Stelle des Gesetzgebers zu treten und einen Teil der geplanten, aber noch nicht bereinigten und beschlossenen Normen mittels Verfügung anzuordnen.

Diese Auffassung ist zunächst unzutreffend, weil sie den Grundsatz der Gewaltenteilung ausser Acht lässt. Rechtssetzende und rechtsanwendende Tätigkeit sind zu unterscheiden. Der Erlass generell-abstrakter Nor-

men ist Sache des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Vorinstanz liegt in der Anwendung des Kartellgesetzes im Einzelfall. Dass der Gesetzgeber voraussichtlich gewisse Normen zur Regulierung des Übertragungsnetzes erlassen wird, verleiht einer verfügungsweisen Anordnung eines Teils dieser (noch nicht definitiven) Vorschriften durch die Wettbewerbsbehörde keine höhere Legitimität.

Das Übertragungsnetz stellt eines der wenigen echten natürlichen Monopole dar. Im Gegensatz zu anderen netzgebundenen Industrien, beispielsweise der Telekommunikation, die sich durch Wettbewerb auf verschiedenen Plattformen auszeichnet, kann es in der Elektrizitätswirtschaft keinen Wettbewerb auf unterschiedlichen Infrastrukturen geben. Das ergibt sich auch aus den Ausführungen der Vorinstanz zum potenziellen Wettbewerb. Die Öffnung des Elektrizitätsmarktes setzt daher eine sektorspezifische Regulierung zwingend voraus. Diese zu erlassen ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission, sondern des Gesetzgebers und der künftigen Regulierungsbehörde, und zwar nicht zuletzt darum, weil das kantonale Recht teilweise öffentlich-rechtliche Vorschriften enthält, die der Stromdurchleitung im Einzelfall entgegenstehen und der Wettbewerbsbehörde eine partielle Marktöffnung wegen vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) verwehren können.

Die Auffassung, die Wettbewerbskommission sei befugt, anstelle des Gesetzgebers regulierend tätig zu werden, ist weiter unzutreffend, weil sie den Grenzen von Struktur- und Verhaltenskontrolle nicht Rechnung trägt. Im Rahmen der Verhaltenskontrolle kann die Vorinstanz eine konkrete Verhaltensweise beurteilen und gegebenenfalls für **unzulässig erklären**, wenn nötig mit Hinweisen auf zulässige Alternativen. Dies kann im Elektrizitätsbereich zu einer partiellen Marktöffnung führen, wie sie im Fall EEF - Watt/Migros eingeleitet worden ist. Den Unternehmen **generell vorschreiben**, wie sie ihre Tätigkeit auszuüben haben, kann die Vorinstanz bei der Verhaltenskontrolle dagegen nicht.

Im Rahmen der Strukturkontrolle kann die Wettbewerbsbehörde nicht mehr bewirken als bei der Verhaltenskontrolle und quasi mittels Auflagen oder Bedingungen eine generelle Marktöffnung veranlassen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Kartellgesetz bei der Strukturkontrolle eine Verhaltensregulierung bezweckt, die die Möglichkeiten der Verhaltenskontrolle überschreitet. Erstens sind Massnahmen hier nur für den Fall der möglichen Wettbewerbs**beseitigung** vorgesehen, während die Verhaltenskontrolle ein Einschreiten schon bei Wettbewerbs**beschränkungen** ermöglicht. Die Eingriffsschwelle ist bei der Strukturkontrolle höher, der Handlungsrahmen entsprechend beschränkt. Zweitens geht es bei der Fusionskontrolle um strukturelle Auswirkungen eines Vorhabens. Zwar ist eine allgemeine, von konkreten Einzelfällen losgelöste Prognose über die künftigen Auswirkungen des Vorhabens zu stellen. Das heisst aber nicht, dass das Kartellgesetz der Wettbewerbsbehörde gleich auch eine weitergehende Befugnis zur Regelung künftigen Verhaltens verleiht, die im

Rahmen der Verhaltenskontrolle nicht existieren würde. Aus der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörde *strukturellen* Problemen auch mit Verhaltensaufgaben begegnen kann, folgt nicht, dass *Verhaltensaufgaben* im Rahmen der Strukturkontrolle auch allfälliges *künftiges Verhalten* regeln dürfen (vgl. z.B. DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Art. 10, Rz. 54 und Fn. 64, mit weiteren Hinweisen). Was bei der Verhaltenskontrolle aufgegriffen werden kann, braucht nicht bereits bei der Strukturkontrolle erfasst zu werden.

Aus diesen Gründen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Vorinstanz ihre gesetzlichen Befugnisse mit den Auflagen zur Netznutzung überschritten hat. Sie stellt im Übrigen fest, dass die Vorinstanz die Argumente der Beschwerdeführerinnen zur Unzulässigkeit einer *ex ante* Verhaltensregulierung bei der Strukturkontrolle in ihrer Vernehmlassung nicht bestreitet.

Die Auflagen der Vorinstanz zur Netznutzung zielen darauf, einen heute in aller Regel nicht stattfindenden Wettbewerb bei der Stromversorgung zu schaffen. Die Zusammenschlusskontrolle ist aber kein Instrument zur Durchsetzung einer heute weitestgehend nicht existierenden Wettbewerbsordnung im Elektrizitätsbereich.

Die von der Vorinstanz verfügte Pflicht von Swissgrid, Dritten Netzzugang zu gewähren, ist ohnehin nur sehr beschränkt geeignet, Wettbewerb bei der Stromversorgung zu bewirken. Dazu bedürfte es in den meisten Fällen auch eines Anspruchs auf Stromdurchleitung durch die Verteilnetze (vgl. die Eingaben der Vorinstanz vom 27.1.2006, S. 22, S. 24 f., und der Beschwerdeführerinnen vom 8.2.2006, S. 21, S. 22). Dieser muss einstweilen im Einzelfall durchgesetzt werden (Verhaltenskontrolle). Dem können öffentlich-rechtliche Bestimmungen entgegenstehen, deren Beseitigung den gesetzgeberischen Behörden von Bund und Kantonen vorbehalten ist. Solche Bestimmungen kann die Wettbewerbsbehörde auch bei der Strukturkontrolle nicht dadurch ausser Kraft setzen, dass sie ohne jegliche Differenzierung einen Anspruch Dritter auf Nutzung des Übertragungsnetzes verfügt.

Die Vorinstanz hat nicht geklärt, ob hinsichtlich des Übertragungsnetzes oder der Verteilnetze vorbehaltene öffentlich-rechtliche Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG) bestehen, da sich die Beschwerdeführerinnen nicht auf solche berufen hätten (vgl. Erwägung 3.). In ihrer Eingabe vom 27. Januar 2006 (S. 24) stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Hypothese, hinsichtlich des Übertragungsnetzes existierten vorbehaltene Vorschriften, sei inkorrekt. Die Beschwerdeführerinnen widersprechen dem nicht. Dass hinsichtlich des Verteilnetzes teilweise öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, bestreitet die Vorinstanz nicht. Darin dürfte der Grund zu erblicken sein, dass sie den Anspruch auf Nutzung des Übertragungsnetzes nachträglich praktisch auf Marktteilnehmer mit einem Direktanschluss an dieses Netz beschränkt, welche nicht Nachfrager nach Vertei-

lungsdienstleistungen sind, oder die bereits einen Durchleitungsanspruch durch ein Verteilnetz haben. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Stromversorgung trete in diesem Sinn auch ohne einen Anspruch auf generelle diskriminierungsfreie Durchleitung durch die Verteilnetze ein. Entsprechende Differenzierungen sind der Verfügung jedoch nicht zu entnehmen. Sie stehen auch nicht im Einklang mit der Darstellung, nach welcher es um Alternativen der (ab tieferen Netzebenen belieferten) Elektrizitäts- und Industriewerke bei Stromversorgung und -übertragung gehe. Die angefochtene Verfügung genügt somit auch den Anforderungen an die Bestimmtheit einer behördlichen Anordnung nicht.

d) Unbedingter Netzzugangsanspruch

Die Auflagen zur Netznutzung sollen die Möglichkeit einschränken, Stromdurchleitungen zu behindern. Die Vorinstanz geht also offenbar davon aus, die Verweigerung der Stromdurchleitung durch das Übertragungsnetz sei grundsätzlich unzulässig. Es steht aber heute weder fest, dass ein genereller Anspruch auf Stromdurchleitung durch die Verteilnetze besteht, noch, dass im Einzelfall ein Anspruch auf Durchleitung durch das Übertragungsnetz (oder auf einen Direktanschluss an dieses) existiert. Der Bundesgerichtsentscheid in Sachen EEF - Watt/Migros bezieht sich nicht auf das Übertragungsnetz. Selbst wenn man - in Übertragung dieses Entscheides auf das Höchstspannungsnetz - davon ausgehen würde, eine Weigerung sei grundsätzlich eine unzulässige Verhaltensweise, kann sie sich im Einzelfall als sachlich gerechtfertigt erweisen (z.B. bei ausgeschöpften Kapazitäten). Ob eine Weigerung einen Verstoss gegen das Kartellgesetz darstellt, kann daher nicht generell gesagt werden, sondern ist in einem entsprechenden Verfahren zu klären.

Mit der Auflage, Dritten Netzzugang zu gewähren, will die Vorinstanz bewirken, dass ein möglicher Anspruch auf Stromdurchleitung nicht in jedem Einzelfall überprüft werden muss. Da wie gesagt nicht zum vornherein feststeht, ob ein solcher Anspruch besteht oder ob eine Verweigerung im Einzelfall sachlich gerechtfertigt ist, lässt sich dieses Ziel nicht erreichen.

Dasselbe gilt für die Auflagen betreffend Kostenrechnungen und Publikation von Tarif und Bedingungen, mit welchen die Vorinstanz eine effiziente Überprüfung der Tarife auf Angemessenheit anstrebt. Eine solche Überprüfung der Tarife ist mangels klaren Vorgaben für die Kostenrechnungen einstweilen nur möglich, wenn man die Kostenrechnungen als unantastbar auffasst. Nach welchen Gesichtspunkten eine Kostenrechnung zu erstellen ist, muss definiert werden (vgl. diesbezüglich beispielsweise die Verordnung zum Elektrizitätsmarktgesetz, abgedruckt bei E. F. J. WILMS, Schweizer Strommarkt im Umbruch, Bern 2001, S. 111 ff.). Je nach den Vorgaben lassen sich unterschiedliche Tarife begründen. Entsprechende Konkretisierungen sind daher notwendig. Sie zu formulieren ist wiederum Gegenstand der zu erlassenden sektorspezifischen Regulierung. Zu regeln ist beispielsweise, welche Kosten überhaupt in die Rech-

nung einfließen dürfen, zu welchen Preisen die Anlagen einzusetzen sind (Opportunitätskostenprinzip/Wiederbeschaffungswert), welche Abschreibungen zulässig sind, von welcher marktüblichen Zusammensetzung von Eigen- und Fremdkapital auszugehen ist und wie eine risikogerechte Verzinsung des eingesetzten Kapitals auszusehen hat (*weighted averaged capital costs*) und in welchem Ausmass sich die Tarife im Lauf der Zeit verändern dürfen (z.B. *price capping*, nach welchem Rezept Anpassungen die Formel "Teuerung minus zu bestimmende und zugemutete Produktivitätssteigerung" respektieren müssen). Ohne solche Vorgaben ermöglicht eine Kostenrechnung keine effiziente Überprüfung eines Tarifs auf Angemessenheit.

Die Auflagen, die eine Vermeidung der Einzelfallkontrolle in weiteren kartellrechtlichen Verfahren und eine effiziente Überprüfung der Angemessenheit der Tarife bezwecken (vgl. Rz. 89 der Verfügung a.E.), sind daher nicht geeignet, ihr Ziel (Beschränkung der Möglichkeit, Stromdurchleitungen zu behindern) zu erreichen. Um eine Klärung des Durchleitungsanspruchs und der Angemessenheit der Tarife im Einzelfall kommt man nicht herum, solange die Strommärkte nicht generell geöffnet und die Modalitäten der Durchleitung nicht geklärt sind, und solange keine Tarifierungsvorgaben existieren. Künftige kartellrechtliche Verfahren lassen sich auf diese Weise nicht vermeiden, und eine effiziente Angemessenheitsprüfung, die ihren Namen verdient, ist so nicht möglich. Dass die Vorinstanz eventuell weitere Verfahren wird führen müssen, rechtfertigt es nicht, im Rahmen der Strukturkontrolle solche Auflagen zu verfügen.

Mit dem Anliegen, sich künftige Arbeit zu ersparen oder zu erleichtern, verfolgt die Vorinstanz einen sachfremden Zweck, der mit dem Vorhaben nichts zu tun hat. Nebenbestimmungen dürfen keinem anderen Zweck dienen als dem, der mit der Verweigerung einer Bewilligung erreicht worden wäre (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 921).

Wenn eine Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen eine im Verhältnis zur Untersagung mildere Massnahme sein soll, soll nichts angeordnet werden, was sich mit einer Untersagung des Vorhabens nicht erreichen liesse. Würde das Vorhaben "Swissgrid" wegen seiner Wettbewerbswirkungen untersagt, würde dies nicht zu einer sofortigen umfassenden Marktöffnung führen. Diese müsste - unter Respektierung der bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften - aufgrund kartellrechtlicher Einzelfallbeurteilungen oder aber auf dem Weg der Gesetzgebung (Stromversorgungsgesetz) erfolgen. Ebenso verhält es sich, wenn die beteiligten Unternehmen den Betrieb des Übertragungsnetzes einem einheitlichen Netzbetreiber übertragen.

Die Rügen der Beschwerdeführerinnen (Umgehung der Einzelfallkontrolle mittels Auflagen bei der Strukturkontrolle) sind daher begründet. Die Vorinstanz hat sich dazu in der Vernehmlassung übrigens nicht geäußert.

e) Wahrung langfristiger Verträge

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist der Auffassung, dass eine Netznutzung Dritter im Rahmen der frei werdenden Kapazitäten zu regeln ist (*pacta sunt servanda*). Daher anerkennen europäische Regeln, dass Verträge, die vor der Inkraftsetzung der Richtlinien abgeschlossen wurden, Vorrang haben. Die Vorinstanz argumentiert, sie verlange nur, dass Dritte zu denselben Bedingungen Netzzugang haben müssten wie die Eigner; daraus ergebe sich keine Verletzung langfristiger Verträge. Diese Aussage geht nicht auf die Probleme ein, die sich beim diskriminierungsfreien Netzzugang stellen. Sind die Kapazitäten ausgelastet, können weitere Nutzer nicht gleichen Zugang haben.

f) Auflagen, weil Zusagen abänderbar

Sofern sich das Argument, Auflagen der Wettbewerbsbehörde seien erforderlich, weil weit gehend gleich lautende Massnahmen der Beschwerdeführerinnen nur eine Absichtserklärung darstellten und nicht sichergestellt sei, dass sie tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden (Rz. 94 der Verfügung), auch auf die Auflagen zur Netznutzung beziehen sollten, kann auf die Ausführungen in Erwägung 5.4.4. a) verwiesen werden.

g) Schlussfolgerung

Die Auflagen zur Netznutzung sind nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unzulässig. Dies ergibt sich zunächst aus der fehlenden Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zu einer umfassenden ex ante Verhaltensregulierung und zu einer einseitigen Anordnung von Massnahmen, die in die unternehmerische Verantwortung eingreifen. Es ergibt sich aber auch daraus, dass die angeordneten Massnahmen zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht geeignet sind. Unabhängig davon hätte sich die Vorinstanz mindestens mit den beteiligten Unternehmen über eine Übergangsfrist verständigen müssen.

Die Auflagen zur Netznutzung wären deshalb auch dann aufzuheben, wenn das Vorhaben wirksamen Wettbewerb beseitigen würde und wenn keine überwiegenden Verbesserungen existieren würden, wenn die Eingriffsvoraussetzungen also erfüllt wären.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz das vorliegende Strukturkontrollverfahren instrumentalisiert, um die Verhältnisse auf dem Stromversorgungsmarkt entsprechend ihren wettbewerblichen Zielvorstellungen zu gestalten, die sie sonst nicht ohne weiteres oder nur nach und nach durch Untersuchungen im Einzelfall realisieren könnte. Das steht im Widerspruch zur Literatur, nach welcher die Wettbewerbsbehörde ihre Kompetenz, bei der Genehmigung von Zusammenschlüssen Bedingungen und Auflagen festzusetzen, nicht dazu missbrauchen darf, ihre wirtschaftspolitischen Vorstellungen durchzusetzen (SCHERRER, a.a.O., S. 160; M. HEIDENHAIN, *Zusagenpraxis in der EG-Fusionskontrolle*, EuZW 1994, S. 137 ff.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen legt Wert auf die Feststellung, dass ihre Überlegungen weder eine Äusserung gegen Wettbewerb auf den Stromversorgungsmärkten beinhalten noch als Freibrief für allfällige Diskriminierungen beim Netzzugang zu interpretieren sind.

5.4.7. Weitere Argumente der Parteien

Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde, allfällige Auflagen oder Bedingungen, mit denen sie nicht einverstanden seien, seien zu befristen und beim Inkrafttreten des Stromversorgungs- oder des Elektrizitätsgesetzes aufzuheben. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verzichtet auf eine einlässliche Prüfung dieser weiteren Argumente und der diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz, nachdem feststeht, dass die Voraussetzungen zum Erlass von Bedingungen und Auflagen nicht erfüllt sind und die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten Massnahmen der Rechtskontrolle nicht standhalten.

5.5. Schlussfolgerungen aus der materiellen Beurteilung

Aus den vorangehenden Überlegungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung nicht haltbar ist.

Die Beschwerdeführerinnen stellen implizit das Hauptbegehren, das Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen. Dies ergibt sich aus der Begründung der Beschwerde, konkret aus den Argumenten zu den Auswirkungen des Vorhabens auf den Übertragungsmarkt, zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten und zur Unzulässigkeit der Auflagen betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat der Swissgrid und betreffend Netznutzung. Das Hauptbegehren bezieht sich nicht

- auf die Auflagen betreffend Entflechtung der Tätigkeiten von Swissgrid und beteiligten Unternehmen,
- auf die personelle Entflechtung auf Stufe Geschäftsleitung der Swissgrid,
- auf die Unzulässigkeit der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern der Swissgrid auf das operative Geschäft.

Diese Massnahmen bilden zufolge Realisierung in den Dokumenten der Beschwerdeführerinnen heute integrierenden Bestandteil des beurteilten Zusammenschlussvorhabens.

Im ausdrücklich gestellten Rechtsbegehren beschränken sich die Beschwerdeführerinnen darauf, eine Abänderung der verfügbaren Auflagen oder Bedingungen zu beantragen. Hinsichtlich des an Swissgrid gerichteten Verbots, Elektrizität zu erzeugen, zu vertreiben und zu handeln oder Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder zu eignen, sowie des Verbots, Beteiligungen an Gesellschaften zu halten, die solche Tätigkeiten ausüben, beantragen die Beschwerdeführerinnen keine Änderungen. Im Übrigen verlangen sie Folgendes:

- Netznutzung Dritter im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten und bestehenden Verträge, bis zur Einführung des Netznutzungsmodells einzelfallweise zu gewähren unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte;
- Erstellung der Kostenrechnungen für die Tätigkeit ab 2007;
- Publikation der Netznutzungstarife und -bedingungen ab Einführung des einheitlichen Netznutzungsmodells mit distanzunabhängiger Entschädigung;
- Verbot leitender Funktionen in anderen Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft für Mitglieder der operativen Geschäftsleitung von Swissgrid und Verbot des Einbezugs der Verwaltungsratsmitglieder von Swissgrid in Entscheidungen zum operativen Betrieb;
- Befristung aller Auflagen bis Ende Juni 2010, mit der Möglichkeit einer Verlängerung um maximal fünf Jahre;
- Dahinfallen sämtlicher Auflagen mit Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes, welches die Tätigkeit von Swissgrid spezialgesetzlich normiert.

Diese Anträge gehen weniger weit als das Hauptbegehren. Sie sind daher als Eventualbegehren zu qualifizieren.

Die Neuurteilung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen führt zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb im Stromübertragungsmarkt nicht beseitigt. Das Vorhaben ist daher ohne Auflagen und Bedingungen zuzulassen. Das führt zu einer Gutheissung der Beschwerde (Hauptbegehren).

6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die Beschwerdeführerinnen in der Hauptsache, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Hingegen sind sie im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen als unterliegend zu betrachten, weshalb ihnen für die Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 12. Mai 2005 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [Kostenverordnung], SR 172.041.0).

Auf die Kosten der Vertretung oder Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 der Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz

stanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Mit Kostennote vom 17. Februar 2006 beziffert der Vertreter der Beschwerdeführerinnen die Anwaltskosten auf CHF [...] (einschliesslich Auslagen und Mehrwertsteuer), unter Verweis auf die Neuigkeit der Materie und den hohen mit der Beschwerdeführung verbundenen Zeitaufwand.

Das Honorar richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des im Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Der danach in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 der Kostenverordnung). Lässt sich der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen, ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache (einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache), ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands des Anwalts zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 214 E. 4b und 5).

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist in der Regel keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht hinsichtlich der Bemessung des Honorars Folgendes in Betracht: Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerinnen von grundlegender wirtschaftlicher Bedeutung ist. Ferner waren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingehende Abklärungen notwendig.

Die eingereichte Kostennote listet unter Angabe der Daten nebst Benennung der Auslagen (ohne Beträge)

zwar die einzelnen Tätigkeiten auf, enthält zum diesbezüglichen Zeitaufwand und den Honoraransätzen der verschiedenen mit der Sache befassten Rechtsbeistände und ihrer Mitarbeiter aber keine Angaben. Da sich somit weder die Stundenansätze noch der Zeitaufwand überprüfen lassen, mangelt es an einer detaillierten Kostennote im Sinn der Kostenverordnung. In Bezug auf vergleichbar schwierige Fälle erweist sich die Forderung von CHF [...] als klar zu hoch. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass den Beschwerdeführerinnen für das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, das rechtskräftig abgewiesen wurde, keine Parteientschädigung zusteht.

Die Parteientschädigung wird auf CHF [...] festgelegt, wobei mit dieser Summe nebst dem Honorar (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind.

***Demnach entscheidet die
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde (Hauptbegehren) wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die Ziffern 1 bis 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 werden aufgehoben. Das Zusammenschlussvorhaben "Swissgrid" gemäss Meldung vom 29. November 2004 und Ergänzungen vom 16. Februar 2005 hinsichtlich Entflechtung der unternehmerischen Tätigkeiten, der Zusammensetzung der Geschäftsleitung und der Unzulässigkeit von Eingriffen des Verwaltungsrates in das operative Geschäft wird ohne Auflagen oder Bedingungen zugelassen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

4. *Berner Zeitung AG, Tamedia AG/Wettbewerbskommission*

Beschwerdeentscheid (FB/2004-4) vom 4. Mai 2006 in Sachen Berner Zeitung AG (Beschwerdeführerin 1), Tamedia AG (Beschwerdeführerin 2) (Verwaltungsbeschwerde vom 26.2.2004) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 19.1.2004) betreffend Unternehmenszusammenschluss

Es hat sich ergeben:

A. Die Tamedia AG (mit Sitz in Zürich) ist im Verlagswesen, in den elektronischen Medien und in der grafischen Industrie tätig: sie ist Herausgeberin des "Tages Anzeigers", der "Sonntagszeitung", der Zeitschriften "Facts", "Schweizer Familie" und "Finanz und Wirtschaft". Zudem ist sie Alleinaktionärin der Radio 24 AG und der Telezüri AG sowie der Radio Basilik Betriebs AG und ist über die Partner Winner AG an diversen Internetplattformen beteiligt. Ferner hält sie an der Berner Zeitung AG 49 Prozent der Aktien.

Die Berner Zeitung AG (mit Sitz in Bern) ist ebenfalls im Verlagsgeschäft tätig und gibt die "Berner Zeitung" heraus. Sie ist Konzerntochter der Espace Media Groupe, einer Holdinggesellschaft, welche Beteiligungen an Medienunternehmen und Unternehmen der grafischen Industrie hält (insbes. 51% der Aktien der Berner Zeitung AG) und neben andern Medienangeboten, die Splitausgaben der "Berner Zeitung" ("Thuner Tagblatt", "Berner Oberländer" und "Solothurner Tagblatt") verlegt. Die Espace Media Groupe hält Mehrheitsbeteiligungen an der Telebärn AG (81,1%) und an der Espace Media Radio AG (vormals: Radio ExtraBern AG: 79,9%). Die Espace Media Groupe wird gegenwärtig im Wesentlichen gehalten von: E. und F. REINHARDT-SCHERZ (direkt und indirekt über zwei hundertprozentig beherrschte Gesellschaften: 56,1%), CH. VON GRAFFENRIED (22,3%), der Espace Medienstiftung (3,9%) sowie rund 250 Einzelaktionären (17,7%).

Die 20 Minuten (Schweiz) AG (mit Sitz in Zürich) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Medienerzeugnissen, Informationsvermittlung und Kommunikation auf allen Stufen und gibt die Pendlerzeitung "20 Minuten" heraus. Sie war bis Ende 2003 ein Tochterunternehmen der 20 Minuten Holding AG (mit Sitz in Zürich), welche an in- und ausländischen Gesellschaften im Medienbereich beteiligt ist und mit einem Aktienanteil von 41,1 Prozent vom norwegischen Medienunternehmen Schibsted gehalten wird.

Am 24. April 2003 meldeten die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ihre Absicht, mittels eines Gemeinschaftsunternehmens - der Express Zeitung AG (eine Tochtergesellschaft der Tamedia AG) - die gänzliche Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG zu erwerben. Diese Meldung wurde am 6. Mai 2003 vervollständigt. Vorgesehen war ein Kontrollerwerb in zwei Schritten:

"a. die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärbindungsvertrages, so dass die Unternehmen für wichtige Entscheidungen der Express Zeitung AG Übereinstimmung erzielen müssen;

b. den Kontrollerwerb der Express Zeitung AG über die 20-Minuten (Schweiz) AG."

Diesem Zusammenschluss wurde folgende vertragliche Regelung zugrunde gelegt:

Gemäss Aktienkaufvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG beteiligt sich letztere mit einem 17,5-prozentigen Aktienanteil an der Express Zeitung AG. Der Vollzug dieses Vertrages ist aufgeschoben, bis eine entsprechende Erklärung der Wettbewerbskommission vorliegt. Gleichentags schlossen die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG einen Aktionärbindungsvertrag betreffend die Express Zeitung AG ab.

Ebenfalls am 21. März 2003 wurden ein Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag zwischen der 20 Minuten Holding AG (Verkäuferin) und der Express Zeitung AG (Käuferin) betreffend Verkauf und Erwerb aller Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG abgeschlossen. Diesen Verträgen zufolge soll die Express Zeitung AG die Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG zeitlich gestaffelt erwerben. In einem ersten Schritt sollen 49,5 Prozent der Aktien, danach 25,25 Prozent und zuletzt die restlichen Aktien übertragen werden.

Am 5. Juni 2003 beschloss die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben vertieft zu prüfen. In der Folge befragte das Sekretariat Verlage, Radiosender, Privatfernseh-Gesellschaften und Kino-Betreiber, um allfällige Substituierbarkeiten zu ermitteln. Überdies fanden Gespräche und Interviews mit Werbeauftraggebern sowie Werbe- und Medienagenturen statt.

Am 5. August 2003 ging beim Sekretariat die Meldung ein, die Espace Media Groupe wolle von der Freie Presse Holding AG - einer Tochtergesellschaft der Neue Zürcher Zeitung AG - eine Minderheitsbeteiligung von 40 Prozent des Aktienkapitals an der Bund Verlag AG erwerben. Bisher waren an der Bund Verlag AG die Freie Presse Holding AG zu 80 Prozent und die Publigruppe S.A. zu 20 Prozent beteiligt.

Am 15. September 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission die Übernahme der 20 Minuten (Schweiz) AG durch die Tamedia AG beziehungsweise durch deren Tochtergesellschaft, Express Zeitung AG, ohne Auflagen und Bedingungen ("Phase b" des Zusammenschlussvorhabens). Einschränkend verfügte die Wettbewerbskommission, der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vom 21. März 2003 unterliege weiterhin dem kartellgesetzlichen Vollzugsver-

bot, da betreffend Beteiligung der Berner Zeitung AG die einmonatige Frist für die Einleitung des Prüfungsverfahrens gemäss der Zwischenverfügung vom 25. August 2003 "gestützt auf wesentliche Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse durch die Beteiligung der Espace Media Groupe an der Bund Verlag AG gemäss Artikel 21 VKU neu zu laufen" beginne (vgl. RPW 2004/2, S. 583 ff., S. 623 f., insbes. Ziff. 1 und 2 des Dispositivs). Als Begründung wurde angeführt, zwar habe die Vorprüfung des geplanten Kontrollwerbs von "20 Minuten" Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung von marktbeherrschenden Stellungen auf den regionalen/lokalen Werbe- und Lesermärkten Bern und Zürich geliefert. Für die Märkte Zürich seien diese Anhaltspunkte bei vertiefter Prüfung weggefallen, weshalb die Übernahme von "20 Minuten" durch die Express Zeitung AG zuzulassen sei. Indem jedoch die Espace Media Groupe von der NZZ-Gruppe eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwerben soll, schliesse sich der bis anhin wichtigste Konkurrent der Berner Zeitung AG mit deren Konzernmutter zusammen. Damit veränderten sich die Verhältnisse auf den regionalen Märkten in Bern wesentlich. Deshalb dürfe sich die Berner Zeitung AG einstweilen nicht an der Express Zeitung AG beteiligen.

Im Rahmen der vorläufigen Prüfung zu den Märkten in Bern holte das Sekretariat Auskünfte ein bei der Ringier AG und 41 Zeitungen im Grossraum Bern.

Am 16. Oktober 2003 beschloss die Wettbewerbskommission die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der 20 Minuten (Schweiz) AG vertieft zu prüfen und befragte in der Folge 28 Werbeauftraggeber in der Region Bern, verschiedene Verlage und die Konzessionsgeber des "Anzeiger Region Bern" und des "Thuner Anzeiger".

Am 15. Dezember 2003 liess das Sekretariat den Parteien die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zukommen. Diese reichten dazu am 12. Januar 2004 ihre Stellungnahme ein.

Am 5. Januar 2004 fand eine Besprechung zwischen den Parteien und Vertretern der Wettbewerbskommission statt, um allfällige strukturelle Änderungen des Zusammenschlussvorhabens zu diskutieren.

Am 6. Januar 2004 wurden die Parteien und die Ringier AG nochmals befragt.

Mit Verfügung vom 19. Januar 2004 erachtete die Wettbewerbskommission den Einstieg der Espace Media Groupe bei der in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Bund Verlag AG im Sinne der *Falling Company Defense* als gerechtfertigt (vgl. RPW 2004/2, S. 484 ff.) und liess den Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" unter der Bedingung zu, dass vor dessen Vollzug die Radig AG - eine Tochtergesellschaft der Bund Verlag AG und Betreiberin des Lokalradiosenders Radio BE1 - einer von der Espace Media Groupe unabhängigen Gesellschaft übertragen werde.

B. Gleichentags verfügte die Wettbewerbskommission (vgl. RPW 2004/2, S. 529 ff.) betreffend die Beteili-

gung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG wie folgt:

"1. Der Berner Zeitung AG wird die Beteiligung an der Express Zeitung AG beziehungsweise 20 Minuten (Schweiz) AG untersagt. Der Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia AG und der Berner Zeitung AG darf somit nicht vollzogen werden.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 51 und 55 KG belegt werden.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Mit Verfügung vom 15. September 2003 wurden den Parteien betreffend teilweise Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt CHF [...] auferlegt. Der noch zu bezahlende Restbetrag beläuft sich auf CHF [...]. (...)"

Zur Begründung wurde angeführt, bei einem Zusammenschluss bestünde unbestrittenermassen keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mehr, die im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" eine befriedigende Reichweite erzielen würde. Ein Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG begründe auf dem Leser- und dem Werbemarkt im Raum Bern eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige. Der Beteiligungsanteil von 17,5 Prozent verbunden mit dem Aktionärbindungsvertrag, der für beide Parteien je zwei Verwaltungsräte (unter dem Präsidium der Tamedia) und bei wesentlichen Beschlüssen eine $\frac{3}{4}$ -Verwaltungsratsmehrheit vorsehe, verschaffe der Berner Zeitung AG ein Vetorecht in allen wichtigen Fragen zu "20 Minuten".

Angesichts der Interdependenzen zum Anzeigenmarkt sei ein Lesermarkt abzugrenzen, da Leserzahlen den Erfolg im Werbebereich bestimmten. Zu beurteilen sei, ob "20 Minuten" im aktuellen und potenziellen Wettbewerb "mit den Titeln der Tamedia beziehungsweise der Berner Zeitung" stehe, wobei die Gratisabgabe unerheblich sei. Eher gegen die Abgrenzung eines Informationsmarktes sprächen die Komplementarität von Radio, Fernsehen, Zeitungen und Internet sowie die Auffassung vieler Zeitungsverlage, wonach elektronische Medien nicht mit "20 Minuten" substituierbar seien. Bei einer Zulassung des Zusammenschlusses würde die Espace Media Groupe in Bezug auf den Lesermarkt für Tageszeitungen neben dem "Bund" auch noch "20 Minuten" als nächstes Substitut zu "Bund" und "Berner Zeitung" kontrollieren. Dabei könnte der "Blick" angesichts seiner nationalen Ausrichtung nur geringen Konkurrenzdruck ausüben, zumal darin nur sehr beschränkt über Ereignisse aus dem Grossraum Bern berichtet werde. Dort bestünde somit keine von der Espace Media Groupe unabhängige Regionalzeitung

mehr, welche den räumlich relevanten Markt mit regionaler Berichterstattung abdecken und dadurch die Produkte der Beschwerdeführerinnen disziplinieren könnte. Zwar könnten Preiserhöhungen oder Qualitätseinbussen von Printerzeugnissen dazu führen, dass gewisse Leser ihr Informationsbedürfnis mit (ausserhalb des sachlich relevanten Marktes zugehörigen) Zeitungen oder mit anderen Medien wie Fernsehen, Radio, Internet abdecken. Dies schaffe bei Pendlerzeitungen, die sich wie "20 Minuten" durch eine grössere Nähe zu elektronischen Informationsangeboten auszeichneten, einen Wettbewerbsdruck, der den fehlenden disziplinierenden Einfluss aktueller oder potenzieller Wettbewerber in einem höheren Ausmass zu ersetzen vermöge, als herkömmliche Tageszeitungen. Indessen bestehe für den Grossraum Bern kaum eine Abwanderungstendenz von Lesern zu anderen Informationsangeboten, die auch eine Pendlerzeitung unter Wettbewerbsdruck setzen könnten. Denn die am Zusammenschluss beteiligten Parteien hätten auch in anderen Medien eine führende Stellung. Wäre andererseits von einem Pendlerzeitungsmarkt auszugehen, so verbliebe nach dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz, und die potenzielle Konkurrenz wäre kurzfristig sehr viel schwächer als bisher. Es sei eher unwahrscheinlich, dass mittel- oder längerfristig andere Grossverlage eine Konkurrenzzeitung zu "20 Minuten" lancierten.

Hinsichtlich der Werbemärkte weise die "Berner Zeitung" im Regionalmarkt Bern flächendeckende Streudichten auf, welche sie zum äusserst attraktiven Träger für regionale Werbung mache. Nach dem Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" bestünden für Inserate in Printmedien keine echten Alternativen mehr zu Titeln der Espace Media Groupe. Diese kontrolliere nicht nur sämtliche regionale Tageszeitungen, sondern im wichtigen Teilmarkt Bern und Umgebung (WG 34) mit dem "Anzeiger Region Bern" und dem "Berner Bär" auch die bedeutenden Anzeiger und Gratiszeitungen. Die Anzeiger wie auch die anderen Verlage, welche jeweils nur ein kleines Gebiet des relevanten Marktes abdeckten, eigneten sich nicht für regionale und grossagglomerale Werbung in Zeitungen, weshalb solche Werbung nicht unter Wettbewerbsdruck stehe. Mit einer Akquisition von "20 Minuten" würde die Berner Zeitung AG auf dem Regionalmarkt Bern zum praktisch kompletten Multimedia-Anbieter avancieren. Der Substitutionsdruck alternativer Werbeträger (Media) sei nicht zu überschätzen, da der Abwanderungstrend von Rubrikanzeigen (wie z.B. Stellen, Liegenschaften, Autos, Partner etc.) ins Internet keine erhebliche Disziplinierung bewirke, nachdem dieser Markt durch die Parteien besetzt sei. Weder die Aussenwerbung noch die unadressierte Direktwerbung (wegen der vielen Werbestopp-Kleber) vermöchten disziplinierend zu wirken. Ebenso wenig vermöge der nationale Werbemarkt den regionalen zu disziplinieren.

Im Übrigen führe der Zusammenschluss zu keiner Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem andern Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiege. Insbesondere würden durch einen Zusammenschluss die Wettbewerbsver-

hältnisse auf dem nationalen Werbemarkt nicht entscheidend verbessert. Denn eine nationale Werbekampagne erfordere die Abdeckung mindestens aller grösseren städtischen Zentren, wobei die Espace Media Groupe für die Abdeckung der Region Bern unumgänglich würde, wenn von "20 Minuten" kein Wettbewerbsdruck mehr ausginge.

Aber auch der vorgeschlagene strukturelle Verzicht auf den "Anzeiger Region Bern" vermöge die Bedenken nicht auszuräumen. Denn dieser sei nur auf dem regionalen Werbemarkt ein Substitut zu den Printerzeugnissen der Parteien. Ferner sei er ein entfernteres und damit schlechteres Substitut zur "Berner Zeitung" und zum "Bund" als "20 Minuten". Angesichts des kleinen Verteilgebietes und des fehlenden redaktionellen Teiles vermöge der Anzeiger den Lesermarkt nicht zu disziplinieren.

C. Gegen diese Verfügung erhoben die Berner Zeitung AG und die Tamedia AG (Beschwerdeführerinnen), beide vertreten durch die Fürsprecher [...] und [...], am 26. Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit folgenden Rechtsbegehren:

"Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Januar 2004 betreffend die Neu beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 41-0346; Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG sei aufzuheben und es sei die mit Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen.

Eventualiter

Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Januar 2004 betreffend die Neu beurteilung des Zusammenschlussvorhabens der Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG sei aufzuheben und es sei die mit Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter der Auflage zuzulassen, dass sich die Espace Media Groupe weder direkt noch indirekt über eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft um die Konzessionsvergabe für den Anzeiger Region Bern bewerben darf.

Subeventualiter

Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Januar 2004 betreffend die Neu beurteilung des Zusammenschlussvorhabens der Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG sei aufzuheben und es sei die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge - "

Einleitend bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die lokale bis kleinregionale, einseitig printorientierte

Sichtweise der Vorinstanz spiegle das Idealbild einer gegenwärtig nicht mehr funktionsfähigen Medienstruktur wider. Dieses Leitbild eines regionalen Wettbewerbs der Printmedien sei durch Strukturentwicklungen überholt, da die wirtschaftliche Zukunft einer Regionalzeitung auf dem nationalen Werbemarkt entschieden werde, wo zunehmend sachliche Zielgruppenstrategien die nationalen Werbeauftraggeber leiteten. Nur die Akquisition genügender nationaler Inserate vermöge die Finanzierung einer attraktiven Regionalzeitung sicherzustellen. Das vorgesehene Projekt sei wettbewerbsrechtlich unbedenklich, da ein Markt für eine nationale Pendlerzeitung nur einen Anbieter aufnehmen könne und das Projekt auf dem Lesermarkt keine Konzentration bewirke. Ferner sei die Espace Media Groupe nach der mit Verfügung vom 15. September 2003 erfolgten Einschätzung der Vorinstanz (RPW 2004/2, Ziff. 86 ff., S. 602 f.) keine potenzielle Konkurrentin von "20 Minuten", weshalb das Projekt die Marktlage nicht verändere. Die angefochtene Verfügung (Ziff. 90) stehe dazu im Widerspruch. Zwar erscheine "20 Minuten" als nationaler Titel in drei Regionalausgaben (Zürich, Basel und Bern), doch würden diese grossagglomerale verteilt und seien deshalb angesichts hoher Streuverluste für rein regionale Werbeauftraggeber zu teuer. Für diese wären daher die regionalen Splitausgaben der "Berner Zeitung" als Werbeträger attraktiv. Wie indessen jüngst eingetretene, signifikante Marktanteilsverschiebungen zeigten, vermöchten alternative Werbeträger wie Plakate, *Directmail* und diverse *below-line*-Kommunikationsformen (wie z.B. *events*, *sponsoring*, *flyers*, *article promotion*, *product placement* und *corporate publishing*) die Berner Zeitung AG und die Espace Media Groupe auf den grossagglomerale beziehungsweise regionalen Werbemärkten hinreichend zu disziplinieren. Auch das Internet als ortsunabhängiges Kommunikationsmittel vermöge mit seinen zahlreichen Rubrikanbieter auf die regional bedeutenden Internetportale der Espace Media Groupe genügend Wettbewerbsdruck auszuüben.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Wettbewerbskommission habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie drei von ihnen eingereichte Gutachten (1. Kurzgutachten der Firma Prognos vom 11.9.2003, 2. Fallstudie zur Substituierbarkeit regionaler Printkampagnen durch Plakat und *Directmail*, 3. Delphi-Studie "Zeitung und Zeitschrift in der digitalen Ökonomie") nicht oder nur ungenügend gewürdigt habe. Insbesondere die Delphi-Studie hätte als aktuellstes wissenschaftliches Grundlegendokument bestätigt, dass die gegenwärtige Marktentwicklung eine isolierte Betrachtung von regionalen Printmärkten nicht länger zulasse. Abgesehen davon hätte die Vorinstanz zur Objektivierung ihrer Ergebnisse Medienexperten konsultieren müssen. Deshalb seien für die vorliegende Beschwerde als Experten URS BEER, Prof. Dr. ROGER BLUM und Dr. RENÉ GROSSENBACHER beigezogen worden, welche die zweifelhafte Grundlage der angefochtenen Verfügung bestätigten. Zwar verweise die Vorinstanz wiederholt auf "empirische Erhebungen". Doch könne diesen

nur bei transparenter Methodik und Auswertung ein Stellenwert zukommen, was aber nicht zutreffe. Die Kriterien für die Befragungen (der Anzeiger/Zeitungen bzw. der Werbetreibenden) seien nie offen gelegt worden, was die Begründungspflicht verletze. Die Relevanz der empirisch ermittelten Daten sei nicht überprüfbar, zumal eine Deklaration der Auswahlkriterien, die Verteilerlisten sowie eine Quantifizierung der Befragungsgrundlagen fehlten und die Rücklaufquote unvollständig dokumentiert werde. Die vorgenommenen Auswertungen seien nicht nachvollziehbar und somit die entsprechenden Ergebnisse nicht aussagekräftig. Nach Einschätzung des Experten GROSSENBACHER seien die Abklärungen in Bezug auf die Werbetreibenden der Region Bern für die Entscheidungsfindung unbrauchbar. Insbesondere habe eine Mehrheit der Werbetreibenden im entsprechenden Fragebogen die Frage zum SSNIP-Test missverstanden. Abgesehen davon sei dieser Test fragwürdig, nachdem der Preis nur einer unter vielen wettbewerbsrelevanten Parametern sei. Die Umfrage bei den Werbetreibenden zeige, dass Plakate sowie *Directmails* als gute (bzw. mittlere) Substitute betrachtet werden, weshalb die damit verbundene Abwanderung von 40 bis 50 Prozent auf alternative Werbeträger nachhaltig disziplinierend wirke. Bei der Klärung der potenziellen Konkurrenz hätte die Vorinstanz zu den Fragen regionaler Werbesplits beziehungsweise der Angreifbarkeit des Monopols von "20 Minuten" nicht auf zweifelhafte Aussagen ihrer Konkurrentin abstellen dürfen, nachdem ein CEO von Ringier den unterlassenen Kauf von "20 Minuten" öffentlich bedauert hatte.

In materieller Hinsicht beanstanden die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen, die Wettbewerbskommission habe den Lesermarkt falsch abgegrenzt und diesem einen falschen Stellenwert eingeräumt, zumal "20 Minuten" als redaktionelle Leistung nur Agenturmeldungen wiedergebe. Sodann seien bei der Ermittlung entsprechender Substituierbarkeiten von "20 Minuten" die Leser als massgebliche Marktgegenseite übergangen und fälschlicherweise Konkurrenten befragt worden. Trotzdem zeigten die Erhebungen entgegen der vorinstanzlichen Auffassung, dass Pendlerzeitungen - wenn überhaupt - einen eigenständigen Lesermarkt darstellten, weshalb eine Marktanteilsaddition nicht zulässig sei. In diesem Sinne bestätige der Experte BLUM, dass die Pendlerzeitung und die Regionalzeitung für die meisten Leser nicht austauschbar seien. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen gehe es diesen bei "20 Minuten" weniger um Information, als um einen Gratis-Zeitvertrieb auf dem als langweilig empfundenen Arbeitsweg. Daher sei die gratis abgegebene Pendlerzeitung ein neues, durch kein anderes Medium austauschbares Printprodukt, das allenfalls von seinem redaktionellen Konzept her (als "gedrucktes Fernsehen" und daher primär als leicht lesbarer Werbeträger) durchaus auch die Annahme eines Informationsmarktes nahe lege könnte. Das dagegen vorgebrachte Argument der "zeitlichen Disponibilität von Zeitungen" überzeuge im Lichte einer dynamischen Marktbetrachtung nicht, da der Internetzugang übers

Handy vor dem Durchbruch stehe und sich die mühe-los per Walkman empfangbaren Radio-Regional-journale mit dem Verteilungsgebiet der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" deckten. Insofern gehe die vorinstanzliche Abgrenzung eines Marktes für Tageszeitungen fehl.

Ferner grenze die Wettbewerbskommission die Werbemärkte örtlich unklar ab und stufe den grossagglomerat verteilten Titel "20 Minuten" zu Unrecht als regionalen Werbeträger ein. Ausserdem gehe die Vorinstanz von der falschen Grundthese aus, wonach eine nationale Werbekampagne die Abdeckung mindestens aller grösseren städtischen Zentren erfordere. Damit kehre sie sich von ihrer bisherigen Praxis zum nationalen Werbemarkt ab, wonach Regionalzeitungen zunehmend durch nationale Titel substituiert würden, also vermehrt Zielgruppenstrategien räumliche Verteilungskonzepte ablösen. Liege ferner der Marktanteil der Espace Media Groupe auf den regionalen Werbemärkten realistisch geschätzt unter 50 Prozent, so könne die Minderheitsbeteiligung der Berner Zeitung AG von lediglich 17,5 Prozent an "20 Minuten" den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, zumal der einschlägige Aktionärbindungsvertrag keine autonome Verlagspolitik erlaube. Ausserdem habe die Vorinstanz - im Gegensatz zu den Gutachten GROSSENBACHER und BEER sowie den eigenen Fallstudien - die disziplinierende Wirkung alternativer Werbeträger (wie Plakat, *Directmail*, Internet-Rubrikanzeigen und Lokalradio) zu Unrecht für ungenügend erachtet und auch die verbleibende Konkurrenz durch lokale Titel allzu sehr unterschätzt. Als typische Werbeträger dienten den lokalen und regionalen Werbeauftraggebern die wesentlich billigeren Anzeiger, Quartierblätter sowie "Mikrozeitungen" (wie die "Jungfrau-Zeitung", "Köniz-Dörflizeitig" oder "Grauholz-Post"). Sodann stelle die Wettbewerbskommission einseitig auf Aussagen ihrer Konkurrentin, der Ringier AG, ab, um dann zu Unrecht den verbleibenden potenziellen Wettbewerb in Abrede zu stellen. Fälschlicherweise habe die Vorinstanz die potenzielle Konkurrenzierung von "20 Minuten" durch einen regionalen Werbesplit der Boulevardzeitung "Blick" verneint.

Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nationalen Leser- wie auch dem nationalen Werbemarkt nie ernsthaft geprüft. "20 Minuten" trage zur publizistischen Vielfalt und zum Funktionieren von Lesermärkten nur wenig bei. Eine wirksame Konkurrenz auf dem nationalen Lesermarkt sei nur zu erreichen, wenn die ausserhalb von Zürich domizilierten Regionalverlage von der wirtschaftlichen Entwicklung nicht abgeschnitten würden. Ferner verkenne die Wettbewerbskommission, dass der nationale Werbemarkt die Werbepreise auch für regionale Auftraggeber diszipliniere. So werde der gleiche Inseraterraum (in der Gesamtausgabe der "Berner Zeitung") dem nationalen Werbeauftraggeber sicherlich nicht billiger verkauft als dem - wegen zu hoher Streuverlusten - einzig an einer regionalen Splitausgabe interessierten regionalen Werbeauftraggeber. Auch überwiege die Verbesserung auf dem nationa-

len Markt, da dort wirksamer Wettbewerb auf Dauer nur gewährleistet werden könne, wenn sich regionale Verlage wie die Espace Media Groupe als "selbstständige Player" erhalten könnten, ohne durch unge-rechtfertigte Massnahmen der Wettbewerbsbehörden "publizistisch bagatellisiert" zu werden. Wirtschaftlich gesunde Regionalverlage seien für eine national ausgewogene Entwicklung der Medienstruktur wichtig. Insbesondere sei die Angebotsvielfalt auf nationaler Ebene und damit der wirksame publizistische Wettbewerb nur zu gewährleisten, wenn Regionalverlage angesichts der werbewirtschaftlichen Verlagerung zu Zielgruppen- und Marktabdeckungsstrategien in neue Produkte (wie z.B. "20 Minuten") diversifizierten.

Zudem habe die Wettbewerbskommission das kartellgesetzlich vorgesehene qualitative Merkmal "Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" nicht geprüft. Dies erstaune, nachdem die Vorinstanz den Zusammenschluss "Edipresse/Corbaz" - trotz festgestellter Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung - wegen genügenden Restwettbewerbs zugelassen hatte. Auch hier verbleibe selbst bei einer rein regionalen Sichtweise ein Substitutionswettbewerb durch Radio, Anzeiger, Plakat, Direktwerbung und andere Werbeformen. Auch sei die angefochtene Verfügung unverhältnismässig, da der vorgeschlagene Verzicht der Espace Media Groupe auf den "Anzeiger Region Bern" zu Unrecht für unzureichend erachtet worden sei. Denn mit dieser Auflage hätte der Zusammenschluss zugelassen werden können, nachdem die einzig im Kommunikationsraum Bern bestehende marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe entfiere, sobald der Anzeiger dieser nicht mehr zuzurechnen wäre.

Schliesslich erachten die Beschwerdeführerinnen die Kostenaufgabe im Lichte des Unterliegerprinzips als nicht gerechtfertigt, da das Zusammenschlussvorhaben nicht hätte untersagt werden dürfen.

Mit Eingabe vom 25. März 2004 wiesen die Beschwerdeführerinnen die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die Dringlichkeit des Falles hin und verzichteten gleichzeitig auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung.

D. In einer einlässlichen Vernehmlassung beantragt die Wettbewerbskommission am 10. Mai 2004 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde und erklärt, sie habe hier erstmals einen Zusammenschluss unter-sagt, obschon sie sich grösste Zurückhaltung auferlege, zumal zukunftsgerichtete Wahrscheinlichkeitsüberlegungen anzustellen seien. Doch sei das Vollzugsverbot zur Sicherung eines gewissen Restwettbewerbs nötig gewesen. Denn nach dem Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" und dem Wegfall des "Bund" verbleibe auf dem Teilmarkt Bern ausser "20 Minuten" keine Konkurrentin mehr zur "Berner Zeitung".

Die Wettbewerbskommission bestreitet, unter Verletzung des rechtlichen Gehörs das Prognos-Kurzgutachten, die Fallstudien und die Delphi-Studie über-gangen zu haben. Das Prognos-Kurzgutachten sei

zurückhaltend formuliert und stütze den Standpunkt der Beschwerdeführerinnen nicht. Vielmehr behaupteten diese erstaunlicherweise, die im Rahmen der Fallstudien befragten Medien- und Werbeagenturen vermöchten die Substituierbarkeiten besser zu beurteilen als Werbeauftraggeber, obschon keine einzige Agentur in Bern befragt worden sei und die einseitig auf Zürcher Agenturen beschränkten Fallstudien daher nicht repräsentativ seien. Deshalb seien ihre eigenen quantitativ und geografisch repräsentativeren Befragungen stärker gewichtet worden, da entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen der in den Fallstudien durchgeführte SSNIP-Test noch stärker gegen die Substituierbarkeit von "20 Minuten" durch Plakate oder *Directmail* spräche. Die Delphi-Studie besage, dass Rubrikanzeigen ins Internet abwanderten, was unbestritten sei. Deshalb sei die Studie nicht erwähnenswert gewesen.

Zum Vorwurf mangelhafter Sachverhaltsabklärung, insbesondere dass die Ergebnisse der empirischen Erhebungen nicht aussagekräftig seien, nimmt die Vorinstanz eingehend Stellung. Die durchgeführten Befragungen seien nach den Kriterien im Gutachten GROSSENBACHER insgesamt repräsentativ, zuverlässig und gültig. Unzutreffend sei die mit Verweis auf dieses Gutachten aufgestellte Behauptung, dass die Auswahlkriterien der Befragungen nicht repräsentativ seien. Vermutlich habe der Gutachter nicht über alle notwendigen Unterlagen verfügt. Grossverteiler, die Autobranche sowie Rubrikenkunden seien angefragt worden, wie die Verteilerliste zum Fragebogen für Werbetreibende vom 5. Mai 2003 zeige. Auf Verteilerlisten sei lediglich bei kleinen Umfragen an die Verlagshäuser verzichtet worden. Wer befragt worden sei, könne aus den Antworten auf die Fragebogen abgelesen werden. Die Auswertung dieser Antworten sei nicht in ein separates Dokument, sondern direkt in die Entscheidungsbegründung geflossen. Eine Leserumfrage zur Substituierbarkeit von "20 Minuten" wäre überflüssig gewesen, da die Stellung auf dem "Pendlerzeitungsmarkt" wie auch auf dem Markt für Tageszeitungen geprüft worden sei. Die Rücklaufquote der Fragebogen für Werbetreibende sei - entgegen der unkorrekten Darstellung der Beschwerdeführerinnen - hoch gewesen und die Antworten qualitativ nicht schlecht. Ferner werde der kritisierte SSNIP-Test in der schweizerischen, europäischen und amerikanischen Rechtsprechung als Standardinstrument verwendet, um insbesondere bei Fusionen Substitutionsbeziehungen zu ermitteln. Die diesbezüglich verzerrenden Ausführungen der Beschwerdeführerinnen seien widersprüchlich und falsch. Ferner habe eine Objektivierung durch Fachpersonen stattgefunden, indem Werbe- und Medienagenturen befragt worden seien. Die hier zu klärenden ökonomischen Fragen der Marktabgrenzung und Marktstellung betrafen ihren Kompetenzbereich. Schliesslich habe sie sich auch zu Recht auf die Antworten einer Konkurrentin stützen dürfen, um das Bestehen von potenzieller Konkurrenz zu verneinen.

Die Definition des relevanten Marktes sei immer ein künstliches Konstrukt und diene als analytisches Instrument der gedanklichen Strukturierung der wett-

bwerblichen Untersuchung. Die geforderte Abgrenzung des Lesermarktes, wonach Pendlerzeitungen einen eigenständigen Markt darstellten oder aber einem Informationsmarkt insgesamt zugerechnet werden müssten, widerspreche ihrer festen Praxis und derjenigen anderer Wettbewerbsbehörden sowie dem Gutachten BLUM. Hinsichtlich der Abgrenzung von Medienmärkten stimmten die internationale Praxis und diejenige der schweizerischen Wettbewerbsbehörden überein, wonach die Printmedien nicht demselben sachlichen Markt angehörten wie elektronische Medien. Mit Verweis auf die angefochtene Verfügung führt die Vorinstanz die Gesichtspunkte auf, welche insgesamt eher gegen die Annahme eines "Informationsmarktes" (unter Einbezug elektronischer Medien) sprächen. Da zudem auch die Ergebnisse der Befragungen eher gegen einen Lesermarkt für Pendlerzeitungen hinweisen, sei ergänzend die Stellung auf dem Lesermarkt als Markt für Tageszeitungen geprüft worden. Die Prüfung führe aber bei beiden Marktabgrenzungen zum selben Ergebnis, weshalb sich die beantragte Expertise zur sachlichen Abgrenzung der Lesermärkte erübrige.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen seien die Werbemärkte von der Wettbewerbskommission klar abgegrenzt worden:

Der räumlich relevante Werbemarkt erstreckte sich auf die Agglomeration und die Pendlereinzugsgebiete der Stadt Bern, konkret auf die WEMF-Wirtschaftsgebiete 22 (Berner-Oberland), 32 (Solothurn), 33 (Berner Seeland), 34 (Mittelland). Differenzierungen zwischen Teilmärkten innerhalb des relevanten Marktes seien dort vorgenommen worden, wo sich in den obigen Teilmärkten nicht die gleichen Verhältnisse zeigten. Praxisgemäss seien folgende Elemente wichtig: nationale Werbung habe mindestens eine Sprachregion abzudecken, wobei in urbanen, kaufkräftigen Regionen eine höhere Reichweite angestrebt werde. Zu diesem Zweck würden Inseratekombinationen oder grosse Tages- oder Wochenzeitungen belegt. Im Sinne ihrer Praxis sei festgehalten worden, dass eine nationale Werbekampagne die Abdeckung mindestens aller grösseren städtischen Zentren bedinge, was mittels Pools, Inseratekombinationen oder durch überregionale Zeitungen geschehen könne. Mit den Beschwerdeführerinnen sei davon auszugehen, dass sich die "Berner Zeitung" beziehungsweise die Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" alleine nicht für nationale Werbung eigneten. Als einzige Berner Zeitungen seien der "Bund" und die "Berner Zeitung" im Swiss Pool enthalten. Um Bern als eines der drei wichtigsten städtischen Zentren neben Zürich und Basel via Inseratekombinationen abdecken zu können, sei die "Berner Zeitung" unumgänglich geworden. Vor der Übernahme der Tageszeitung "Der Bund" durch die Espace Media Groupe sei Bern auch noch über den Pool "NZZ Plus" abgedeckt worden. Neben der Werbung mittels Pools werde Werbung in überregionalen Tages-, Sonntags- oder auch Wochenzeitungen platziert, was nach konstanter Praxis eine Alternative zu Inseratekombinationen sei. Nationale Werbung ziele in urbanen Zentren auf hohe Reichweiten ab. Aus Sicht der Werbetreibenden ma-

che es angesichts der hohen Reichweiten der Gesamtausgabe der "Berner Zeitung" (44,3%) beziehungsweise als Teil des Swiss Pools (45,8%) keinen Sinn, diese durch überregionale Titel (wie "Blick", "Cash", "NZZ", "Tagesanzeiger", "Weltwoche", "NZZ am Sonntag", "Sonntags Blick") zu substituieren, wie eine Zusammenstellung dieser Titel zeige. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf das Gutachten GROSSENBACHER eine Tendenz hin zu Zielgruppenstrategien und weg von räumlichen Verteilungskonzepten geltend machen, werde diese Entwicklung angesichts der hohen Abdeckung städtischer Zentren mit Zeitungspools in den nächsten zwei bis drei Jahren wohl kaum stark ins Gewicht fallen. Dies selbst wenn einzelne Werbetreibende, wie beispielsweise die Swisscom AG, alternative Strategien ins Auge fassten. Dass für "20 Minuten" regionale Ausgaben und regionale Inseratarife existierten, belege sehr wohl die Versorgung geografischer Räume. Fehl gehe daher die gegenteilige These im Gutachten GROSSENBACHER, wonach eng definierte Zielgruppen im Fokus stünden und nicht mehr geografische Räume versorgt würden.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen sei "20 Minuten" im Wirtschaftsgebiet "WG 34" (Stadt Bern und nähere Umgebung) auch für lokale oder zumindest regionale (= grossagglomerale) Werbung ein attraktiver Werbeträger. Denn entscheidend für die Eignung als Werbeträger sei nicht nur die Streuung, sondern auch der Preis, zu welchem die Zielgruppe erreicht werden kann. Der für Werbetreibende massgebliche "Tausendkontaktpreis" (d.h. die Kosten, mit welchem ein Inserat 1'000 Leser der Zielgruppe erreicht) liege bei "20 Minuten" mit CHF 47.40 tiefer als bei andern Titeln, die sich in Bern für regionale Werbung eigneten ("Berner Zeitung" inkl. "Bund" CHF 60.15; "Anzeiger Region Bern" CHF 76.25 und Gesamtausgabe "Berner Bär" CHF 73.20). Zudem verfüge "20 Minuten" im WG 34 mit 28,4 Prozent über eine relativ hohe Reichweite. Falsch sei in diesem Zusammenhang die Behauptung, der Marktanteil der Espace Media Groupe liege bei weniger als 50 Prozent, weshalb die Minderheitsbeteiligung an "20 Minuten" den wirksamen Wettbewerb nicht beseitige. Gemäss den von den Parteien ursprünglich am 15. April 2003 gemeldeten Daten würden die Anteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem regionalen Werbemarkt bei 65 Prozent liegen. Unglaublich sei der erst nachträglich am 18. September 2003 geltend gemachte Marktanteilszerfall, da selbst nach dem Gutachten GROSSENBACHER die Titel der Espace Media Groupe im wichtigsten Kommunikationsraum Bern marktbeherrschend seien.

Schliesslich sei auch zu Recht die Substitutionswirkung alternativer Werbeträger (Plakat, *Directmail*, Rubrikanzeigen) als zu schwach für eine wirksame Disziplinierung der Beschwerdeführerinnen bezeichnet worden. Im Sinne des Gesetzes seien nicht die objektiv zumutbaren Alternativen zu "20 Minuten" als Substitute massgebend, sondern diejenigen Werbeträger, welche die Werbetreibenden als substituierbar ansähen. Aus deren Sicht seien Plakate oder *Directmails* keine ausreichend gute Substitute zu "20

Minuten", um die Werbetreibenden bei einer signifikanten und dauernden Preiserhöhung in nennenswertem Umfang zu einem Umstieg auf Plakat- oder Direktwerbung zu bewegen. Der von diesen Werbeformen ausgehende Wettbewerbsdruck sei also zu schwach, um die Parteien zu disziplinieren, zumal diese bei den übrigen Werbeträgern über eine führende Marktstellung verfügten. Selbst in der Delphi-Studie und im Gutachten BEER würden regionale oder lokale Portale bei den ins Internet abwandernden Rubrikanzeigen für bedeutsam erachtet, weshalb die nationalen Internetportale nicht genügend disziplinierend wirkten. Zudem zeigten die von den Beschwerdeführerinnen eingelegten Beweismittel, dass Werbevolumen grosser Tageszeitungen an die Sonntagszeitungen und "20 Minuten" verloren gingen, während die Beschwerdeführerinnen nur auf eine Abwanderung in andere Medien hinwiesen. Entgegen den Beschwerdeführerinnen sei die angeblich verbleibende Konkurrenzierung durch örtliche Anzeiger und Mikro-Zeitungen nicht unterschätzt worden. Widersprüchlich sei es, "20 Minuten" nicht als lokalen Werbeträger sehen zu wollen, aber gleichzeitig eine ausreichende Konkurrenzierung von "20 Minuten" durch örtliche Anzeiger zu behaupten. Denn stünden "20 Minuten" und lokale Anzeiger für lokale Werbung in einem Konkurrenzverhältnis, was für teilweise Substituierbarkeit spräche, dann können diese Werbeträger nicht derart verschieden sein, wie die Beschwerdeführerinnen meinen. Ferner seien auch die auf exklusiv lokale Berichterstattung beschränkten Mikro-Zeitungen keine potenziellen Substitute zu den Printmedien der Beschwerdeführerinnen. Vollends ungläubwürdig und unwahrscheinlich sei die behauptete potenzielle Konkurrenzierung von "20 Minuten" durch einen regionalen Werbesplit des "Blick".

Des Weiteren vermöge der geplante Zusammenschluss den Wettbewerb weder im nationalen Leser- noch im nationalen Werbemarkt zu stärken. Die ausschliesslich regional gelesene "Berner Zeitung" trete im nationalen Lesermarkt nicht als aktuelle Konkurrentin auf, vielmehr führe der Zusammenschluss zu einer Verflechtung der Beschwerdeführerinnen. Entgegen den Beschwerdeführerinnen wirke sich der nationale Werbemarkt nicht disziplinierend aus. Die preisdifferenzierende Gewährung von Rabatten bei Pooltarifen zeige, dass der Wettbewerb auf dem nationalen Werbemarkt wirksamer sei. Nachdem die Beschwerdeführerinnen die Auffassung vertreten würden, auf dem nationalen Wettbewerbsmarkt herrsche intensiver Wettbewerb, könnte selbst eine allfällige Verbesserung auf diesem Markt nicht erheblich genug sein, um die Nachteile einer Monopolstellung auf dem relevanten Markt zu überwinden.

Die "Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" werde praxismässig nicht als eigenständiges Tatbestandsmerkmal geprüft, sondern dessen Beurteilung erfolge mit der Würdigung der aktuellen/potenziellen Konkurrenz. Der im Fall "Edipresse/Corbaz" vorgefundene Restwettbewerb habe hier nicht festgestellt werden können.

Schliesslich sei auch die Kostenaufgabe rechtmässig, zumal die Kosten des vorliegenden Gesuchsverfahrens von den verursachenden Beschwerdeführerinnen zu tragen sei.

E. Am 18. Mai 2004 schloss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Schriftenwechsel ab.

Am 23. Juni 2004 nahmen die Beschwerdeführerinnen unaufgefordert zur Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 10. Mai 2004 Stellung und reichten gleichzeitig ihre Kostennote ein. Zur Begründung halten sie fest, neue Behauptungen der Vorinstanz machten eine Entgegnung erforderlich, die von Amtes wegen zu den Akten zu erkennen sei. Entweder habe die Vorinstanz ihr Akteneinsichtsrecht verletzt, indem sie damals bereits bestehende Auswertungsunterlagen nicht offen gelegt hätte, oder sie habe, falls diese Unterlagen im Entscheidzeitpunkt nicht existierten, ihren Entscheid ohne Auswertungen nicht seriös treffen können. Diesfalls hätte sie ihre Pflicht zum Erstellen vollständiger Akten verletzt. Ihre Kritik an der Qualität und Aussagekraft der vorinstanzlichen Erhebungen sei nach wie vor nicht widerlegt. Willkürlich sei es, die Marktanteile der Espace Media Groupe auf dem regionalen Werbemarkt Bern gestützt auf eine Befragung festlegen zu wollen, die gar nicht auf die Evaluation dieses Marktes gerichtet gewesen sei. Die Befragung von Medienexperten durch die Vorinstanz als "betroffene Dritte" führe folgerichtig dazu, dass diese nicht als Experten anzuerkennen seien, weil andernfalls ihre Mitwirkungsrechte bei der Expertenbefragung verletzt worden wären. Entgegen der Vorinstanz sei die Abgrenzung des Lesermarktes eine Schlüsselfrage. Sei keine Marktanteilsaddition vorzunehmen, zumal Pendlerzeitungen einen eigenständigen Lesermarkt bildeten, komme es auf diesem Markt zu keiner rechtlich relevanten Konzentration, zumal die Espace Media Groupe mangels Wirtschaftskraft keine potenzielle Konkurrentin sei. Ferner erweise sich die Annahme der Vorinstanz, Printinserate seien durch Plakat und *Directmail* nicht substituierbar, angesichts der Antworten der Werbeauftraggeber als willkürlich. Weiterhin nicht nachvollziehbar sei die Zurückweisung ihres Angebotes, auf eine weitere Beteiligung am "Anzeiger Region Bern" zu verzichten, zumal selbst laut Vorinstanz dieser auf dem regionalen Werbemarkt ein Substitut darstelle.

Die Wettbewerbskommission liess sich hierzu am 9. Juli 2004 vernehmen: Die gerügte Auswertungsübersicht sei im Rahmen der Vernehmlassung als Antwort auf die verfälschende Auswertung der Beschwerdeführerinnen erstellt worden. Ferner stütze sich die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerinnen hauptsächlich auf die Daten der MACH Basic Media-Analyse ab. Die befragten Teilnehmer der Marktgegenseite als betroffene Dritte dürften durchaus als "Medienexperten" gelten, nicht aber als Sachverständige im Sinne des Prozessrechts.

F. Am 7. Februar 2005 teilten die Beschwerdeführerinnen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit, die Tamedia AG habe im Januar 2005 den verbleibenden Aktienanteil von 50,5 Prozent an der

20 Minuten (Schweiz) AG vorzeitig erworben. Dies ändere aber nichts an der Thematik des Beschwerdeverfahrens. Aus vorinstanzlicher Sicht sei die erfolgte Übernahme durch die Tamedia AG unbedenklich, weil es in Zürich - anders als in allen anderen Regionen der Schweiz - weiterhin Platz für zwei Tageszeitungen habe. Verboten worden sei einzig die geplante Minderheitsbeteiligung der Espace Media Groupe von 17,5 Prozent an einem grossagglomerat verteilten Titel, obschon unverständlich sei, inwiefern diese Beteiligung den wirksamen Wettbewerb auf lokalen Werbemärkten zu beseitigen vermöge (denen die Vorinstanz bei der Beurteilung von Medienmärkten eine Schlüsselrolle zuweisen wolle). Die Entwicklung auf dem Werbemarkt habe gezeigt, dass regionale, traditionelle Printmedien einem enormen Substitutionsdruck unterliegen.

Am 15. August 2005 machten die Beschwerdeführerinnen die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen darauf aufmerksam, dass der "Anzeiger Region Bern" seit der jüngsten Konzessionsvergabe nicht mehr der Espace Media Groupe zuzurechnen sei. Damit sei eine wichtige vorinstanzliche Sachverhaltsannahme durch die Marktrealität widerlegt.

Mit Eingabe vom 20. September 2005 liess sich die Wettbewerbskommission dazu in ablehnendem Sinne vernehmen.

Mit einem weiteren Schreiben vom 7. November 2005 wiesen die Beschwerdeführerinnen die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die jüngsten Entwicklungen im Markt für Gratiszeitungen hin und machten geltend, die von Ringier geplante neue Gratiszeitung "Day"/"Der Tag" mache die vorinstanzlichen Einschätzungen zur potenziellen Konkurrenz hinfällig.

Dieser Sicht widersprach die Wettbewerbskommission am 30. November 2005 mit einer einlässlichen Stellungnahme.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird - soweit sie für den Entscheid als erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 19. Januar 2004, in welchem der Berner Zeitung AG untersagt wird, sich an der Express Zeitung AG zu beteiligen, stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1; vgl. BGE 131 II 497 E. 4.2, wonach die mit Bedingungen und/oder Auflagen erfolgende Zulassung eines Zusammenschlusses oder dessen Untersagung eine anfechtbare Verfügung darstellt). Die angefochtene Verfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 3) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwal-

tungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihre beiden Vertreter haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verfügt über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, ihre Kognition auszuschöpfen (BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen; anders noch: REKO/WEF 98/FB-001 E. 6, publiziert in: RPW 1998/4, S. 677; vgl. allerdings *weniger* weit gehend: BGE 131 II 680 E. 2.3.3, mit Verweis auf PETER ÜBERSAX, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes - ein rechtliches Risiko?, in: Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, S. 692; vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Zürich 2005, Rz. 1090 f.)

Mit Verfügung vom 15. September 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben teilweise ("Phase b"), indem sie der Tamedia AG beziehungsweise deren Tochtergesellschaft Express Zeitung AG den Kontrollerwerb über die 20 Minuten (Schweiz AG) ohne Auflagen und Bedingungen gestattete, nachdem die Prüfung ergeben hatte, dass der Zusammenschluss auf dem Regionalmarkt Zürich zu keiner wettbewerbsbeseitigenden marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Parteien führen würde (RPW 2004/2, S. 583 ff.). Andererseits erkannte die Wettbewerbskommission am 19. Januar 2004, dass ein Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG auf dem Leser- und Werbemarkt im Raum Bern eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe begründe, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige, und untersagte der Berner Zeitung AG die vertraglich vorgesehene Beteiligung von 17,5 Prozent an der Express Zeitung AG (und damit wirtschaftlich betrachtet am Titel "20 Minuten"; vgl. RPW 2004/2, S. 529 ff.).

Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist deshalb noch die Frage, ob die Wettbewerbskommission die "Phase a" des Kontrollerwerbes, nämlich die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit gleichzeitigem Abschluss eines Aktionärsbindungsvertrages, zu Recht untersagt hat.

3. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen

und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (vgl. Art. 2 KG). Als Unternehmenszusammenschluss gilt insbesondere 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 (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

Nach Artikel 1 der Verordnung des Bundesrates vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) erlangt ein Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU). Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind der Wettbewerbskommission vor ihrem Vollzug zu melden, sofern die Umsätze bestimmte Schwellenwerte erreichen (vgl. Art. 9 Abs. 1 KG und 3 ff. VKU). Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

Das Verfahren betreffend die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen wird in Artikel 32 ff. KG geregelt: Wird ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet (Art. 9 KG), so entscheidet die Wettbewerbskommission, ob eine Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, so kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (Art. 32 Abs. 1 KG). Zum Prüfungsverfahren hält Artikel 33 KG Folgendes fest:

"¹ Beschliesst die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung, so veröffentlicht das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses und gibt die Frist bekannt, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können.

² Zu Beginn der Prüfung entscheidet die Wettbewerbskommission, ob der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann oder aufgeschoben bleibt.

³ Sie führt die Prüfung innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind."

Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirklicher Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG).

Auf das Prüfungsverfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG).

4. Die Beschwerdeführerinnen rügen gestützt auf Artikel 49 VwVG eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie die Verletzung von Bundesrecht; im Zusammenhang mit der angebotenen strukturellen Auflage wird auch die Unangemessenheit der Verfügung beanstandet.

Zunächst beanstanden die Beschwerdeführerinnen in *formeller* Hinsicht eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss höchstrichterlicher Praxis formeller Natur und hat ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3; 121 I 230 E. 2a; 120 Ib 379 E. 3b). Daher sind zunächst die entsprechenden Rügen zu prüfen.

4.1. Wer vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen. Artikel 29 Absatz 2 BV (SR 101) fasst diese Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509 ff.; ferner ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2005, Rz. 835 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 254, Rz. 35 f.; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBI 3/1998, S. 97 ff.). Dieser Anspruch beinhaltet zunächst das Recht auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung. Es umfasst den Anspruch

auf Orientierung durch die Behörde, das Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Beibringung geeigneter Beweise, Mitwirkung bei der Erhebung der Beweise, Äusserung zum Beweisergebnis) und den Anspruch auf sorgfältige Prüfung der für die Entscheidfindung bedeutsamen Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 368, mit Hinweisen). Ob die Behörde der Prüfungspflicht nachgekommen ist, ergibt sich in erster Linie aus der Begründung der Verfügung (BGE 117 Ib 481 E. 6b/bb).

Die Begründungspflicht der Behörde (vgl. BGE 126 I 97 E. 2b; 112 Ia 107 E. 2b) soll dazu beitragen, dass sich diese nicht von sachfremden Motiven leiten lässt, und dient der Transparenz der Entscheidfindung wie auch der behördlichen Selbstkontrolle. Daher muss eine Behörde wenigstens kurz die Überlegungen darstellen, von denen sie sich leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (BGE 125 II 369 E. 2c, mit Hinweisen). Die Behörde darf sich aber auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken, wobei die Begründungsdichte von der Entscheidungsfreiheit der Behörde und der Eingriffsintensität des Entscheides abhängt. Je grösser der Spielraum, welcher der Behörde infolge Ermessen und - wie im vorliegenden Fall - unbestimmter Rechtsbegriffe (zur wettbewerbspolitischen Strukturkontrolle gemäss Art. 10 KG, vgl. dazu: E. 6.2 f.) eingeräumt ist, und je stärker ein Entscheid in individuelle Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Entscheidungsbegründung zu stellen (vgl. BGE 124 V 180 E. 1a; 112 Ia 107 E. 2b, je mit Hinweisen). Ein mangelhaft begründeter Entscheid ist grundsätzlich aufzuheben, sofern eine erst im Rechtsmittelverfahren nachgeschobene Begründung diesen Mangel nicht ausnahmsweise zu heilen vermag (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 537 ff., mit Hinweisen). Die Behörde darf ihre Begründung auf jene Aspekte beschränken, die sie willkürfrei als wesentlich betrachtet, muss aber aufzeigen, wieso sie vorgebrachte Parteiargumente für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig gehalten hat (ALBERTINI, a.a.O., S. 369, S. 404, mit Hinweisen).

Weiter zählt zum rechtlichen Gehör der Anspruch auf Akteneinsicht, der sicherstellen soll, dass die Rechtsunterworfenen die Entscheidungsgrundlagen kennen (MÜLLER, a.a.O., S. 525 ff.).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet das individualrechtliche Korrelat zum *Untersuchungsgrundsatz* und dient wie dieser der Ermittlung der materiellen Wahrheit (Entscheid der REKO/WEF vom 30.6.2005 i. S. X. AG und Y. AG, FB/2004-2 E. 3.1). Der Untersuchungsgrundsatz verlangt Amtsermittlung (vgl. Art. 12 VwVG), indem die Verwaltung von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen hat. Er betrifft die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, also

derjenigen Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, wie zu entscheiden ist. Die urteilende Instanz soll in eigener Verantwortung beweismässig die tatsächlichen Geschehnisse und Gegebenheiten ermitteln, aus denen sich die Rechtsfolgen ergeben (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 206). Die Behörde hat nach der materiellen Wahrheit zu forschen (GYGI, a.a.O., S. 207). Der Untersuchungsgrundsatz mildert die Behauptungs- und Beweisführungslast der Parteien. Im kartellgesetzlichen Kontext sind die Parteien indes verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG), insbesondere dann, wenn sie das Verfahren - wie hier - auf eigenes Begehren einleiten (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 9 KG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG). Zusätzliche behördliche Abklärungen sind vorzunehmen, wenn aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a).

Der behördliche Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 30.6.2005, a.a.O., E. 3.1; REKO/WEF 98/FB-001 E. 3 und 6, publiziert in: RPW 1998/4, S. 667 ff., S. 676 f.; zustimmend: HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrenrecht, AJP 7/99, S. 837 ff., insbes. S. 845; REKO/WEF FB/2003-11 E. 4.3.3., publiziert in: RPW 2003/3, S. 686).

4.2. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Sekretariat habe ihnen "im Zusammenhang der eigenen 'empirischen Erhebungen' keine Mitwirkungsrechte" zugestanden und ihnen daher verwehrt, sich zum Adressatenkreis oder zur Fragestellung zu äussern, obwohl den Parteien bei der Befragung von Zeugen und Sachverständigen gewisse Frage- und Mitwirkungsrechte zuständen.

Nach dem gestützt auf Artikel 39 KG anwendbaren Artikel 12 VwVG stellt die Wettbewerbskommission den Sachverhalt von Amtes wegen fest, indem sie sich nötigenfalls folgender Beweismittel bedient: (a) Urkunden, (b) Auskünfte der Parteien, (c) Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen, (d) Augenschein und (e) Gutachten von Sachverständigen. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der Untersuchung keine Zeugenbefragungen durchgeführt. Zu Recht führt die Vorinstanz aus, dass die von ihr befragten Werbetreibende und Verlagshäuser gestützt auf Artikel 40 KG als "betroffene Dritte" um Auskunft ersucht worden sind (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 1059). Soweit die Vorinstanz entsprechend den verwaltungsverfahrenrechtlichen Usancen bei der Sachverhaltsermittlung alle für die

Abklärungen erforderlichen Auskünfte auf *schriftlichem* Weg einholte (vgl. Art. 12 Bst. a und c), war die Vorinstanz gestützt auf Artikel 40 KG nicht gehalten, den Beschwerdeführerinnen bereits im Vorfeld der Erhebungen die Gelegenheit einzuräumen, sich zum Adressatenkreis oder zu den vorgesehenen Fragestellungen zu äussern. Ein solcher Anspruch liesse sich auch nicht aus der bisherigen Rechtsprechung der Rekurskommission herleiten (vgl. REKO/WEF 98/FB-001 E. 3, a.a.O., S. 667 ff.).

4.3. Ferner geht auch die weitere Rüge der Beschwerdeführerinnen fehl, wonach die Vorinstanz drei eingereichte Gutachten (1. Kurzgutachten der Firma Prognos vom 11.9.2003, 2. Fallstudie zur Substituierbarkeit regionaler Printkampagnen durch Plakat und *Directmail*, 3. Delphi-Studie "Zeitung und Zeitschrift in der digitalen Ökonomie") unter Missachtung des rechtlichen Gehörs nicht oder nur ungenügend gewürdigt habe.

Soweit hier letztlich eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gerügt (vgl. E. 4.1) und damit die rechtsgenügeliche Sachverhaltsermittlung als materielle Fragestellung (vgl. ALBERTINI, a.a.O., S. 370 ff.) angesprochen wird, ist hier unter formellen Gesichtspunkten nicht näher darauf einzugehen. Festzuhalten ist einzig, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auf die Fallstudie zur Substituierbarkeit regionaler Printkampagnen durch Plakat und *Directmail* eingegangen ist (vgl. Ziff. 171) und deren Repräsentativität und Aussagegehalt im Widerspruch zur Einschätzung der Beschwerdeführerinnen beurteilt hat. Inwiefern diese Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse angesichts des von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Prognos-Kurzgutachtens und der Delphi-Studie, welche die Vorinstanz für nicht relevant erachtet, haltbar ist und insofern einer genügenden Sachverhaltabklärung, haltbaren Beweiswürdigung sowie zutreffenden Rechtsauffassung entspricht, ist als materielle Frage in den Erwägungen 8 und 10 zu behandeln.

4.4. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen verstösst die angefochtene Verfügung in verschiedener Hinsicht gegen die behördliche Begründungspflicht.

4.4.1. Die angefochtene Verfügung umfasst 54 Seiten und enthält eine detaillierte Begründung der Frage, warum die Vorinstanz erstmals im Rahmen der schweizerischen Fusionskontrolle einen "Zusammenschluss" untersagen will, also selbst eine Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG beziehungsweise 20 Minuten (Schweiz) AG unter Auflagen und Bedingungen (Art. 10 Abs. 2 KG) für nicht zulässig hält.

Soweit die Beschwerdeführerinnen bei konkreten Sachfragen angebliche Mängel der Begründung kritisieren, steht dies in engem Zusammenhang mit der materiellrechtlichen Beurteilung des vorliegenden Falles und ist deshalb in den nachfolgenden Erwägungen 7 ff. zu behandeln.

4.4.2. Die Beschwerdeführerinnen rügen ferner, dass die Kriterien, welche den diversen Befragungen zugrunde gelegt worden sind, im Rahmen der Sach-

verhaltensfeststellung nie offen gelegt worden seien. Ferner sei die Relevanz der ermittelten Daten nicht überprüfbar, da eine Deklaration der Auswahlkriterien, die Verteilerlisten sowie eine Quantifizierung der Befragungsgrundlagen fehlten und die Rücklaufquote unvollständig dokumentiert werde. Damit seien die vorgenommenen Auswertungen nicht nachvollziehbar und somit die entsprechenden Ergebnisse nicht aussagekräftig. Zudem bleibe aufgrund begrifflicher Unschärfen die Marktabgrenzung der Vorinstanz unklar und widersprüchlich.

Soweit die Wettbewerbskommission in ihrer einlässlich begründeten Verfügung ihre aus den Umfragen gewonnen Erkenntnisse darlegt und diese insofern "auswertet", kann ihr - formell betrachtet - keine Verletzung der Begründungspflicht vorgeworfen werden. Inwiefern jedoch die Rügen in der Sache berechtigt sind, dass die vorinstanzliche Marktabgrenzung widersprüchlich sei, die Ergebnisse der Umfragen nicht aussagekräftig und daher beweismässig unbrauchbar seien und nicht die vorinstanzlichen Schlussfolgerungen zur Substituierbarkeit und zur disziplinierenden Wirkung alternativer Werbeträger erlaubten, ist ein Problem der materiellen Rechtsfindung. Darauf ist nachfolgend in den Erwägungen 7 ff. einzugehen.

4.5. Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich in ihrer Replik vom 23. Juni 2004, mit Einreichung eines "Auswertungsbogens" (Antwortbeilage 1: "Übersicht Antworten auf Fragebogen für Werbetreibende vom 14.11.2003") im Rahmen der Vernehmung habe die Wettbewerbskommission ihr Akteneinsichtsrecht verletzt, indem sie damals bereits bestehende, entscheidende "Auswertungsunterlagen" nicht offen gelegt habe. Falls diese Unterlagen aber im Entscheidzeitpunkt nicht existierten, habe die Wettbewerbskommission ihren Entscheid ohne solche Auswertungen nicht seriös treffen können und diesfalls ihre Pflicht zum Erstellen vollständiger Akten verletzt.

4.5.1. Nach konstanter Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dürfen Parteien in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren erwarten, dass sie über die Entwicklung des Standes der Akten informiert werden und Gelegenheit erhalten, zu beweisheblichen Akten (betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen) Stellung zu nehmen (REKO/WEF 98/FB-001 E. 3.2, a.a.O., S. 668 ff.). Dies setzt eine - unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen (Art. 27 f. VwVG) - offen gelegte Aktenführung voraus, die den Parteien erlaubt, an der Erstellung des entscheidenden Sachverhaltes mitzuwirken. Deshalb muss das Sekretariat alle im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens erstellten und beigebrachten Dokumente und Informationen systematisch erfassen, damit die Wettbewerbskommission ihren Entscheid gestützt auf diese Grundlagen - und nur auf diese - treffen und begründen kann. Allein auf ein solches, das heisst chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier hat sich in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren die Prüfung zu stützen (RE-

KO/WEF 98/FB-001 E. 3.2, a.a.O., S. 668 ff.). Insofern hat der Verfügungsadressat insbesondere einen Anspruch darauf, dass ihm mit dem Verfügungsentwurf ein Aktenverzeichnis zugestellt wird (REKO/WEF 98/FB-001 E. 3.2.2, a.a.O., S. 668 ff.). Wird einem Adressaten eine abgeänderte Verfügung erneut zur Stellungnahme unterbreitet, hat ihm die Wettbewerbskommission gleichzeitig auch ein aktualisiertes Aktenverzeichnis auszuhändigen (REKO/WEF FB/2004-1 E. 4.3, publiziert in: RPW 2005/4, S. 680).

4.5.2. Im vorliegenden Fall legte die Wettbewerbskommission alle für entscheidend erachteten Akten offen und gab den Beschwerdeführerinnen auch Gelegenheit, gestützt auf ein vollständiges Aktenverzeichnis Einsicht in alle sachbezüglichen Erhebungen und Umfragen des Sekretariats zu nehmen. Insofern hat die Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen unbestrittenermassen nicht verletzt. Fraglich ist hingegen, wie es sich hinsichtlich der im Rahmen der Vernehmung von der Vorinstanz eingereichten Übersicht zu den eingegangenen Antworten betreffend die Fragebogen für Werbetreibende vom 14. November 2003 verhält.

Die Wettbewerbskommission erklärt, diese Übersichtstabelle sei erst im Rahmen der Vernehmung erstellt worden, weshalb das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen nicht verletzt worden sei. Im Sinne der Vorinstanz ist dazu vorab festzuhalten, dass keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese Darstellung nicht zutreffen könnte. Insbesondere bestehen gestützt auf die vollständig eingereichten, fortlaufend paginierten Akten keine Indizien, dass die fragliche Übersichtstabelle bereits im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung bestanden hätte.

Aber selbst wenn die Wettbewerbskommission eine Offenlegung dieser Übersicht unterlassen haben sollte, wäre dieser Umstand nicht als Verletzung des Akteneinsichtsrechts der Parteien zu betrachten. Denn dieses erstreckt sich grundsätzlich nur auf Akten, die geeignet sind, Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden, das heisst entscheidend relevant sind oder sein könnten. Um den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es auf die Bedeutung eines Aktenstückes für die verwaltungswesentliche Sachverhaltsdarstellung an (BGE 125 II 473 E. 4c/cc, mit Hinweisen; 121 I 225 E. 2a). Weder nach VwVG noch aufgrund der Garantie von Artikel 29 Absatz 2 BV besteht ein Anspruch auf Einsicht in Akten, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, sondern vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.; vgl. BGE 125 II 473 E. 4a, mit Hinweisen).

Bei der strittigen "Antwortbeilage 1" handelt es sich lediglich um ein Hilfsmittel der Vorinstanz (bzw. ihres Sekretariats), das dazu dient, die in den offen gelegten Akten enthaltenen Antworten der befragten Werbetreibenden tabellarisch zusammenzufassen,

damit diese Antworten besser überschaut, gewichtet und ausgewertet werden können.

Den Beschwerdeführerinnen ist zuzugestehen, dass eine solche Synopsis bei der Entscheidungsfindung hilfreich und auch für die Parteien von Nutzen sein könnte. Dennoch ist die Wettbewerbskommission nicht verpflichtet, eine solche zu erstellen. Auch trifft der Vorwurf nicht zu, die Vorinstanz hätte ohne solche Auswertungen ihren Entscheid nicht seriös treffen können und die Pflicht zum Erstellen vollständiger Akten verletzt. Nach der Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen genügt es, wenn die Mitglieder einer Behörde einzig von den Verfahrensakten Kenntnis nehmen können, was hier unbestritten der Fall war (REKO/WEF 99/FB-011 E. 4.5, publiziert in: RPW 2001/2, S. 399 f.). Ob und wie sie das tun, ist ihre Sache und kann nicht durch die Behörde kontrolliert werden (REKO/WEF 99/FB-011 E. 4.5, a.a.O., S. 399 f.).

Wesentlich ist, dass die einzelnen Informationen, deren Auswertung in die materiellen Erwägungen der angefochtenen Verfügung geflossen ist, den Parteien für eine eigene Auswertung zur Verfügung standen. Daher ist es unerheblich, ob diese Übersicht im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung bereits existierte oder nicht.

4.6. Zusammenfassend ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerinnen nicht ersichtlich.

5. Vor dem Kartellgesetz Vorrang haben Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG). Vorliegend bestehen keine solchen Vorschriften, die den Wettbewerb ausschliessen.

Ferner gehen die Parteien berechtigterweise davon aus, dass der am 24. April 2003 gemeldete, in zwei Schritten geplante Kontrollerwerb (vgl. Bst. A im Sachverhalt) einen Fusions Sachverhalt darstellt (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 und 2 VKU), der angesichts erreichter Schwellenwerte von beiden Beschwerdeführerinnen gemeinsam der Vorinstanz zu melden war (Art. 9 Abs. 2 KG, in der Fassung vom 6.10.1995, AS 1996 546 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU). Diesbezüglich ist auf die zutreffenden Ziffern 28 bis 36 der angefochtenen Verfügung zu verweisen.

Auf den 1. April 2004 sind die speziellen, tiefer angesetzten Aufgreifschwelen im Bereich der Medienfusionskontrolle aufgehoben worden, so dass auf Medienunternehmen neu die allgemeinen Aufgreifkriterien angewendet werden (vgl. AS 2004 1385, 1390; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, Botschaft 2001, BBl 2002 2022, Ziff. 1.3.1, S. 2028 und Ziff. 1.4.1, S. 2030, Ziff. 2.2.1, S. 2042). Auch nach geltendem Recht unterliegt jedoch das Zusammenschlussvorhaben der Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 1 KG.

Obschon die Beschwerdeführerinnen die Meldepflicht ihres geplanten Vorhabens nicht in Frage stellen, machen sie geltend, die vorgesehene Minderheitsbeteiligung der Berner Zeitung AG von 17,5 Prozent an der Express Zeitung AG erlaube es der Espace Media Groupe nicht, "20 Minuten" über ihr Gemeinschaftsunternehmen wie einen eigenen Titel zu führen, zumal der bestehende Aktionärsbindungsvertrag keine "autonome Verlagspolitik" erlaube.

In diesem Zusammenhang weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, die Vorinstanz habe im Fusionsfall "Edipresse/Ringier-Le Temps" (RPW 2003/4, S. 794, Ziff. 83 f.) festgehalten, "die Edipresse SA werde sich gegenüber der Ringier AG nicht durchsetzen können, weil mit der Ringier AG ein Schwergewicht der Schweizer Presse die Gegenseite bilde". Auch die Tamedia AG sei ein solches Schwergewicht und die Beteiligung von 17,5 Prozent wesentlich kleiner als der im besagten Fusionsfall geprüfte Anteil der Edipresse SA. Trotz vergleichbarer Ausgangslage und im Widerspruch zur eigenen Praxis weigere sich die Vorinstanz willkürlich, der Espace Media Groupe die "fehlende Möglichkeit zur Durchsetzung" gegenüber der Tamedia AG zu "attestieren". Des Weiteren scheinen die Beschwerdeführerinnen - wie der entsprechende Titel in ihrer Beschwerde suggeriert ("G. Wirksamer Wettbewerb wird nicht beseitigt") - bereits aus diesen Umständen die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit ihres Vorhabens zu folgern.

Wie die Wettbewerbskommission zu Recht festhält, geht es um die Beteiligung der Espace Media Groupe (bzw. Berner Zeitung AG) an der *gemeinsamen* Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG (via die Express Zeitung AG). Der Aktionärsbindungsvertrag sieht in Artikel 3 vor, dass die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG je Anspruch auf zwei Verwaltungsratsmitglieder haben und die Tamedia AG den Präsidenten stellt. Eine Mehrheit von drei Vierteln aller Stimmen ist unter anderem erforderlich für die Beschlussfassung über die folgenden Gegenstände: Genehmigung des Jahresbudgets; Aufnahme von Krediten, sofern diese CHF 1'000'000.- übersteigen; die Herausgabe zusätzlicher Regionalausgaben neben Basel, Bern und Zürich und Änderungen des Organisationsreglements. Einem Minderheitsbeteiligten können durch rechtliche Mittel - insbesondere Aktionärsbindungsverträge - besondere Rechte eingeräumt werden, die ihm ermöglichen, die strategisch bedeutsamen Entscheide im Unternehmen zu bestimmen oder mitzubestimmen. Entscheidend ist hier, dass die Berner Zeitung AG mit dem geplanten Aktienerwerb sowie aufgrund des Aktionärsbindungsvertrages die Möglichkeit erhält, neben der Tamedia AG einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der gemeinsam zu führenden Express Zeitung AG auszuüben (vgl. zu Aktionärsbindungsverträgen zwischen Aktionären einer Aktiengesellschaft betr. die Ausübung der Aktionärsrechte, worin etwa die gemeinsame Ausübung des Stimmrechts nach gewissen Grundsätzen vereinbart wird [sog. Stimmbindungsverträge]: PETER FORSTMOSER, Der Aktionärsbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Festschrift für HEINZ REY, Zürich 2003,

S. 375 ff.; ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/JEAN NICOLAS DRUEY, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 67, Rz. 107 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Bern 2004, § 16 N 490; ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, Basel 2005, S. 388 ff.). Denn ungeachtet der vorgesehenen Minderheitsbeteiligung von 17,5 Prozent werden alle das Gemeinschaftsunternehmen betreffenden wesentlichen Entscheide sowie dessen Strategie von den Beschwerdeführerinnen einvernehmlich zu treffen sein. Dies wird auch in der Meldung vom 15. April 2003 eingeräumt. Auch wenn sich keine der Beschwerdeführerinnen in wesentlichen Fragen gegen den Willen der anderen Partei durchsetzen könnte, vermöchten doch beide gemeinsam die Verlagspolitik zu gestalten (vgl. "Le Temps", RPW 1998/1, S. 40 ff., Ziff. 9, 11) und damit auch gemeinsam auf die Wettbewerbsverhältnisse Einfluss zu nehmen. Da die Tamedia AG somit die Geschäftspolitik der Express Zeitung AG nicht alleine bestimmen kann, erwirbt sie auch nicht die alleinige Kontrolle über dieses Unternehmen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG sowie Art. 1 VKU), weshalb die Berner Zeitung AG als ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen gelten muss (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 VKU; vgl. demgegenüber: "Publicitas-Gasser-Tschudi Druck", RPW 1997/2, S. 179 ff., Ziff. 21 ff.).

Schliesslich kann der Wettbewerbskommission nicht vorgeworfen werden, sie habe sich willkürlich über ihre eigene Praxis hinweggesetzt. Der erwähnte Entscheid im Fall "Edipresse/Ringier-Le Temps" (a.a.O.) lässt sich nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen deuten. Die Vorinstanz hatte damals unter anderem die beabsichtigte Reduktion der Anteile der Edipresse SA am Gemeinschaftsunternehmen, "Le Nouveau Quotidien ERL SA" zu beurteilen, wobei diese Reduktion eine alleinige Kontrolle durch die Edipresse SA vermeiden half und im Kontext des damaligen Verfahrens eine Zulassung des Zusammenschlussvorhabens unter Auflagen ermöglichte.

6. In materieller Hinsicht ist umstritten, ob - wie die Wettbewerbskommission befürchtet - eine allfällige Mitbeteiligung der Espace Media Groupe über ihre mehrheitlich beherrschte Konzerntochter, Berner Zeitung AG, an der das gesamte Aktienpaket der 20 Minuten (Schweiz) AG haltenden Express Zeitung AG "auf dem Leser- und Werbemarkt im räumlich relevanten Markt Bern eine marktbeherrschende Stellung begründet beziehungsweise verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG)", ohne dass die Mitbeteiligung eine (die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegende) Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirken würde (vgl. Ziff. 187 der angefochtenen Verfügung). Darüber hinaus ist strittig, ob der beabsichtigte Kontrollerwerb unter Auflagen zugelassen werden könnte, was die Vorinstanz in Abrede stellt (vgl. Ziff. 188 f. der angefochtenen Verfügung).

6.1. Die Beschwerdeführerinnen rügen vorab, die lokale bis kleinregionale, einseitig auf den **regionalen**

Wettbewerb der Printmedien gerichtete Sichtweise der Vorinstanz spiegle das Idealbild einer gegenwärtig nicht mehr funktionsfähigen Medienstruktur wider, zumal die wirtschaftliche Zukunft regionaler Zeitungen vom nationalen Werbemarkt abhängen.

6.1.1. Mit ihrer grundlegenden Kritik fordern die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis die **wettbewerbspolitisch** anspruchsvolle Auseinandersetzung mit der hochkomplexen Frage nach einer wettbewerbsverträglichen Ausgestaltung funktionsfähiger Pressenmärkte, welche gegenwärtig angesichts einer tiefen Strukturkrise in starkem Wandel begriffen sind:

Erhebliche Abwanderungstendenzen des Werbevolumens von stagnierenden Printmärkten zu anderen Medien hin (vgl. Ziff. 147 der angefochtenen Verfügung sowie das Gutachten von Dr. RENÉ GROSSENBACHER, S. 13 ff.) veranlassen zahlreiche Presseunternehmen, sich vermehrt zu Medienunternehmen mit breitgefächerten Multimediaangeboten zu entwickeln, um so im Gefolge der "Konvergenz der Medien-, Telekommunikations- und Informationsindustrien" als "Allmedia-Unternehmen" ("Multimedia-Unternehmen") wirtschaftlich bestehen zu können (vgl. für viele: FRANZ HOFFET/THOMAS HOEHN, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, sic! 3/1999, S. 232 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/ROGER GRONER, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, in: Symposium WALTER R. SCHLUEP, Zürich 1998, S. 45 ff.; MATTHIAS AMANN, Zeitungs-fusionskontrolle, Zürich 2000, S. 22 ff.; WILFRIED HEINZELMANN, Kartelle und Medien, AJP 8/96, S. 943 ff.; zur Tragweite dieser "Konvergenz": Report by Europe Economics for the European Commission, DG Competition, Market Definition in the Media Sector - Economic Issues -, November 2002, § 2.7, S. 61 f. [nachfolgend: Report Market Definition]; zur Stagnation und Strukturberreinigung in Printmärkten: HARALD MAAG, Medienkonzentration - zur Reichweite des fusionsrechtlichen Instrumentariums, Bern/Genf/München 2002, S. 35 ff., S. 205 ff.; differenzierend zur Strukturkrise im [deutschen] Pressebereich: Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 24.4.2004, "Keine Aufweichung der Pressefusionskontrolle", Ziff. 15 ff., S. 11 ff. [nachfolgend: Gutachten Beirat], publiziert im Internet: www.bmwi.de; Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB vom April 2003 betreffend das Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG, Rz. 48 ff. [nachfolgend: Sondergutachten Monopolkommission], publiziert im Internet unter: www.bundeskartellamt.de).

6.1.2. Die Sorge der Beschwerdeführerinnen um den Erhalt "funktionsfähiger Medienstrukturen" sowie die daraus entspringende Fundamentalkritik an der angefochtenen Verfügung erhält um so mehr Gewicht als in der jüngst erfolgten Kartellgesetzrevision die bisher aus **medienpolitischen** Gründen tiefer angesetzten Umsatzzahlen **aufgehoben** worden sind und auf Medienunternehmen die allgemeinen Auf-

greifkriterien angewendet werden (vgl. E. 3 und 5). Der Kartellgesetzgeber ist dem Vorschlag des Bundesrates gefolgt, der in seiner Botschaft vom 7. November 2001 dazu wegweisend festhielt (a.a.O., Ziff. 2.2.1, S. 2042 f.):

" (...) Im Ergebnis unterliegen Zusammenschlüsse von Medienunternehmen also einer verschärften Meldepflicht.

Grund dafür waren vor dem Hintergrund der fortschreitenden Pressekonzentration medienpolitische Überlegungen (Erhaltung der Medienvielfalt), die sich auch im Ausland (namentlich in Deutschland und Österreich) in besonderen Medienaufgreifkriterien niedergeschlagen haben. Für die Verfolgung medienpolitischer Anliegen eignet sich das ausschliesslich dem Wettbewerb verpflichtete KG allerdings wenig. Mit den Mitteln des Kartellgesetzes sollten Zusammenschlüsse zwischen Medienunternehmen nur überprüft werden, soweit sie gesamtwirtschaftlich von Bedeutung sind. Es genügt daher, wenn auf Medienunternehmen die allgemeinen Aufgreifkriterien angewendet werden.

(...)

Im Rahmen dieser Fragestellung ist die Feststellung der Wettbewerbskommission beim Zusammenschluss "Berner Oberland Medien AG" wichtig, wonach ein gewisser Zwang zu einer Konzentration auf lokaler und regionaler Ebene besteht. Dies ist hauptsächlich bedingt durch die hohen Erwartungen der Leser und Werbetreibenden, die attraktive Zeitungen verlangen. Die damit verbundenen (höheren) Kosten können nur mittels Grössenvorteilen ausgeglichen werden beziehungsweise durch Kosteneinsparungen aufgrund von Kooperationen und Zusammenschlüssen. Dem Wettbewerb drohen dadurch aber keine Gefahren, weil genügend andere Printmedien (überregionale Zeitungen, Zeitschriften), potenzielle Konkurrenten, weitere Informationsträger und auch die Werbewirtschaft eine genügende disziplinierende Wirkung auf die lokalen und regionalen Zeitungen ausüben. Wirkliche Gefahren für den Wettbewerb bestehen dann, wenn Zusammenschlüsse zwischen den grossen Verlagen in der Schweiz auftreten. Diese wären aber in der Regel aufgrund der erzielten Umsätze auch unter den allgemeinen Aufgreifkriterien des Artikels 9 Absatz 1 KG meldepflichtig und damit der Kontrolle durch die Wettbewerbskommission unterworfen.

Wie die Zahlen zeigen, wurden die von der verschärften Meldepflicht erfassten Zusammenschlüsse meist als unbedenklich beurteilt. (...)"

Können sich nach der Einschätzung des Bundesrates somit *nur* Zusammenschlüsse auf nationaler Ebene zwischen *grossen* Verlagen wettbewerbspolitisch als problematisch erweisen (gl. M. PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 277), fällt im vorliegenden Fall auf, dass gegenwärtig auf den hier interessieren-

den deutschsprachigen Pressemärkten *bereits* grosse gesamtschweizerisch tätige Medienverlage mit Konzerntöchter der vorab regional tätigen Espace Media Groupe *verflochten* sind: betreffend "Berner Zeitung" ist die Tamedia AG zu 49 Prozent Aktionärin der Berner Zeitung AG und betreffend "Der Bund" ist die AG für die Neue Zürcher Zeitung über ihre Konzerntochter, Freie Presse Holding AG, zu 40 Prozent an der Bund Verlag AG beteiligt, an der auch die Espace Media Groupe zu 40 Prozent Beteiligungen hält (vgl. zur inländischen Presseverflechtung: AMANN, a.a.O., S. 25 ff.). In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz auch fest, dass einzig in Zürich Wettbewerb zwischen den grossen Verlagshäusern herrsche, in allen anderen Gebieten hingegen *Zeitungsmonopole* (Ziff. 16 der Vernehmlassung vom 10.5.2004). Dieser Sachverhalt darf als unbestritten gelten und wird auch im medienwissenschaftlichen Kurzgutachten von Prof. Dr. ROGER BLUM bestätigt (vgl. insbes. S. 6). Die Entwicklung dieser Marktstrukturen ist durch die bisherige (auch in anderen Regionen geübte) grosszügige Praxis der Wettbewerbskommission begünstigt worden, regionale Pressekonzentrationen im Ergebnis zuzulassen (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., Anhang 2, S. 2056 f., sowie: Zusammenschluss [betr. Sanierungsfusion] "NZZ-Espace-Bund", publiziert in: RPW 2004/2, S. 484 ff.; MAAG, a.a.O., S. 183 ff., S. 213, S. 219; vgl. aus medienwissenschaftlicher Sicht: HEINZ BONFADELLI/WERNER A. MEIER/JOSEF TRAPPEL [Hrsg.], Medienkonzentration Schweiz: Formen, Folgen, Regulierung, Bern/Stuttgart/Wien 2006).

Im vorliegenden Fall soll *erstmal*s eine lediglich *regional* bedeutsame Pressefusion untersagt werden, wobei es die Vorinstanz in ihrer Verfügung unterlässt, auf die Kritik näher einzugehen, die an ihrer bisherigen Marktabgrenzungspraxis (und der auf ihr gründenden Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse) in Medienfusionsfällen geäussert worden ist (vgl. DUCREY, a.a.O., S. 276 f., mit Hinweisen auf die Kritik; ZÄCH, a.a.O., Rz. 777 f.; PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb - Theoretisches Konzept und Praxis, Bern 2003, Rz. 743 f.; URS WEBER-STECHER, Medienzusammenschlüsse - Einige Gedanken zur Praxis der Wettbewerbskommission - oder: Informationsmarkt und Primat des Werbemarkts, Jusletter vom 27.9.2004; vgl. insbes. die originelle These von AMANN, a.a.O., S. 132 ff., wonach die bisherige Marktabgrenzungspraxis der Weko bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen "vollkommen richtig - und gleichzeitig vollkommen falsch" sei).

6.1.3. Entgegen der These von ADRIAN RAASS, wonach eine Marktabgrenzung gänzlich "überflüssig" sei (RAASS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Kritik an der Kritik, sic! 6/1999, S. 675 f.; vgl. auch: AMANN, a.a.O., S. 141 ff.; vgl. E. 6.3.3, 7.2 und 8.3), setzt die hier vorzunehmende Prüfung vorab eine den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werdende Marktabgrenzung voraus (BGE 129 II 18 E. 7.2; ZÄCH, a.a.O., Rz. 572, Rz. 766; SILVIO VENTURI, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002 [nachfolgend: CR Concurrence], Art. 10 KG, Rz. 2, 28; THOMAS ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer

marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 5 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar KG, Zürich 2005, Art. 5, Rz. 9, Art. 10, Rz. 8, 15).

Diese erst erlaubt die Beantwortung der damit zusammenhängenden Streitfrage (vgl. E. 2) nach den **konkreten Wettbewerbsverhältnissen** auf den für relevant erachteten Märkten, also ob und inwiefern der Berner Zeitung AG (bzw. ihrer Konzernmutter) - prospektiv betrachtet - bei einer Beteiligung an der Pendlzeitung "20 Minuten" auf den als relevant zu erachtenden Märkten eine beherrschende und **wettbewerbsbeseitigende** Stellung nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG zukommen könnte, welche diesfalls dem strittigen Kontrollerwerb entgegenstünde, sofern dieser keine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt zu bewirken vermöchte (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Nur so lässt sich beurteilen, ob die Untersagung des Vorhabens überhaupt notwendig ist, "um einen gewissen Restwettbewerb zu sichern", wie die Vorinstanz meint (vgl. Ziff. 4 der Vernehmlassung).

Vergleichbar mit der Rechtslage in der Schweiz erachtet auch das Bundeskartellamt für die fusionsrechtliche Prüfung von Marktbeherrschung die sachliche und räumliche Marktabgrenzung als entscheidend, zumal diese über die Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite den sachlichen und räumlichen Bereich bestimmt, in dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen, und den Rahmen, innerhalb dessen die Prüfung von Marktbeherrschung erfolgt (vgl. Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes zur Fusionskontrolle, Bonn Juli 2005, S. 1, publiziert im Internet unter: www.bundeskartellamt.de).

Daher lässt sich eine sachlich angemessene Marktabgrenzung nicht einfach in den Hintergrund rücken. Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind freilich nicht zu verkennen und haben dazu geführt, dass der Marktabgrenzung in der Literatur ein zwangsläufig arbiträrer Charakter zugesprochen wird (so u.a. FRITZ RITTNER, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1999, § 6 Rz. 48; vgl. dazu: E. 6.3.2). Zudem wird mit der Marktabgrenzung bis zu einem erheblichen Grad auch bereits über die Marktbeherrschung entschieden (MAAG, a.a.O., S. 104; MARKUS RUFFNER, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: ROGER ZÄCH/PETER ZWEIFEL [Hrsg.], Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, S. 225 ff.; kritisch: JOSEPH DEISS, CR Concurrence, a.a.O., Aspects économiques, Rz. 56, zitiert in E. 6.3).

6.2. Dieses systematische Vorgehen drängt sich angesichts der offenen Formulierung von Artikel 10 Absatz 2 KG auf, nachdem der Kartellgesetzgeber ein Wettbewerbsverständnis vertritt, das "in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist" (Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Botschaft 1994, BBl 1995 I, S. 512; vgl. BORER, a.a.O., Art. 1, Rz. 16 ff.), und er deshalb den

ordnungspolitisch zu schützenden "wirksamen Wettbewerb" (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) nicht definiert, also darauf verzichtet, einen operablen Gesetzesmassstab zu liefern, um wettbewerbliche von "wettbewerbswidrigen" Marktprozessen unterscheiden zu können.

6.2.1. Die bundesrätliche Botschaft weist im Wesentlichen **ergebnisorientiert** nur darauf hin, dass wirksamer Wettbewerb "die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen oder doch anspornen" solle, "den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte- und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte- und Produktionsverfahren zu entwickeln" (Botschaft 1994, a.a.O., S. 512).

Eine allgemein anerkannte Definition dessen, was das **Wesen** und die konkreten **Auswirkungen** von "wirksamem Wettbewerb" ausmacht, besteht nicht, vielmehr eine Vielfalt von Erklärungsansätzen (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 10, 481; DEISS, a.a.O., Aspects économiques, Rz. 23, Rz. 33 ff., Rz. 47, Rz. 56; PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN, CR Concurrence, a.a.O., Art. 5 KG, Rz. 14 ff.; BERNARD GUERRIEN, Dictionnaire d'Analyse Économique, Paris 2002, S. 85-92; RUFFNER, a.a.O., S. 192 ff., wonach vom Wettbewerb im allgemeinen nicht irgendwelche "Gleichgewichte" oder "konkrete Ergebnisse" erwartet werden, sondern "funktionierende Prozessmuster"; vgl. zur gedanklichen Trennung der wichtigsten Wettbewerbsparameter [Preis, Qualität, Service, Werbung] in Preis-, Qualitäts-, Service- und Werbungswettbewerb, um die Parameterauswirkungen auf den Wettbewerbsprozess zu charakterisieren: INGO SCHMIDT, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, Stuttgart 2001, S. 62 ff. - sowie dazu: BGE 129 II 18 E. 9.4.4, kritisiert von ZÄCH, a.a.O., Rz. 479 ff.; vgl. zur Vielfalt und Disparität markttheoretischer Modelle: RUFFNER, a.a.O., S. 149, S. 155, S. 184, S. 192, S. 214, S. 241 f.; HETTICH, a.a.O., Rz. 776; BERNARD GUERRIEN, La Théorie Économique Néoclassique - 1. Microéconomie, Paris 2004, S. 3 ff.; vgl. zur ökonomischen Methodendiskussion: DANIEL M. HAUSMAN, Philosophy of Economics, Stanford 2003, publiziert im Internet unter: <http://plato.stanford.edu/entries/economics/>, sowie ALAN P. KIRMAN, The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory: The Emperor has No Clothes, The Economic Journal, Vol. 99/Issue 395, Supplement: Conference Papers [1989], S. 126-139; FREDERIC S. LEE/STEVE KEEN, The Incoherent Emperor: A Heterodox Critique of Neoclassical Microeconomic Theory, In: Review of Social Economy, Vol. LXII/No. 2/2004, S. 169-199; HUGH STRETTON, Economics - A New Introduction, London 2000, S. 10 ff.).

6.2.2. Nachdem der Gesetzgeber **keine** spezifischen markt- beziehungsweise wettbewerbstheoretischen "Rezepte" für verpflichtend erklärt, steht für die Anwendung des Kartellgesetzes eine Vielzahl sich zum Teil widersprechender, unter sich gleichgestellter wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung, um "wirksamen Wettbewerb" feststellen und analysieren zu können, damit er, soweit er "fehlt", zwangsweise wiederhergestellt beziehungsweise, soweit er gefährdet erscheint, gesichert wer-

den kann (vgl. HETTICH, a.a.O., Rz. 752, 758, 776; RUFFNER, a.a.O., S. 184 [Fn. 73], wonach die Rechtsanwendung von *Eklektizismus* geprägt ist).

Dementsprechend ist es den Wettbewerbsbehörden aufgetragen, die im Kartellgesetz offen formulierte *Wettbewerbspolitik* zu konkretisieren und zu implementieren (REKO/WEF FB/2003-4 E. 6.3, publiziert in: RPW 2005/3, S. 556 f.; HETTICH, a.a.O., Rz. 775 f.; MANFRED NEUMANN, Wettbewerbspolitik - Geschichte, Theorie, Praxis, Wiesbaden 2000, S. VI), wobei der Verzicht auf allzu feine Differenzierungen in Kauf zu nehmen ist und einzig sicher gestellt werden kann, dass die vom "Wettbewerb als vielgestaltigen, dynamischen Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen" zur "Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte" ausreichend erfüllt werden (vgl. Botschaft 1994, a.a.O., S. 512 f.).

6.3. Im vorliegenden Fall nennt der massgebliche Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG nur die zu vermeidende schädliche *Auswirkung* ("Beseitigung wirksamen Wettbewerbs"), ohne festzulegen, wie sich diese konkret *feststellen* lässt (VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 61). Deshalb merkt JOSEPH DEISS zu den absehbaren Schwierigkeiten der Gesetzesanwendung skeptisch an (a.a.O., Aspects économiques, Rz. 56):

"Une première crainte face à un activisme malsain en la matière réside dans le fait qu'il n'y a pas de méthodes ni de critères uniques et généralement admis en vue de définir d'une manière positive une position dominante du point de vue économique. Il est donc à craindre que des entreprises dynamiques, possédant un avantage sur leurs concurrents et une certaine indépendance au niveau des prix et des autres paramètres de marché, soient amenées de plus en plus souvent à se justifier devant les autorités de la concurrence. Les modèles auxquels cette indépendance peut correspondre sont nombreux - monopole, oligopole, concurrence monopolistique - sans oublier la question de la concurrence potentielle. Les discussions concernant le marché pertinent et les parts de marché significatives d'une domination peuvent être interminables".

Steht zur Konkretisierung des hier zu prüfenden und allenfalls hoheitlich zu schützenden "wirksamen Wettbewerbs" im regionalen Pressemarkt "Bern" (vgl. Ziff. 187 der angefochtenen Verfügung) eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzeanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen (für viele: HETTICH, a.a.O., Rz. 752, Rz. 758), stellt dies den Rechtsanwender vor nicht unerhebliche methodische Probleme, die besonders hohe Anforderungen an die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des zu treffenden Entscheides stellen. Deshalb sind nachfolgend die nach Artikel 10 Absatz 2 KG massgeblichen Beurteilungskriterien vorab ansatzweise zu erörtern:

6.3.1. Ziel der Fusionskontrolle ist es, zusammenschlusswillige Unternehmen an der Errichtung unkontrollierter Verhaltensspielräume zu hindern (MAAG,

a.a.O., S. 182; vgl. ULRICH, a.a.O., S. 17 f.), die sich "wettbewerbsbeseitigend" auswirken können (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Die dafür vorgesehene gesetzliche Kontrollregelung ist allerdings *fusionsfreundlich* ausgestaltet, indem "ausgesprochen grosszügig" bemessene Grenzbeträge erst das Prüfungsverfahren auslösen (vgl. Botschaft 1994, a.a.O., S. 579; ZÄCH, a.a.O., Rz. 756; DEISS, a.a.O., Aspects économiques, Rz. 64 ff.). Die neu auch im Medienbereich geltenden (vgl. E. 6.1.2) hohen Schwellenwerte nach Artikel 9 KG (vgl. REKO/WEF FB/2001-6 E. 6.4.1, publiziert in: RPW 2004/1, S. 189) bewegen sich in Dimensionen, wie sie in den gegenüber der Schweiz weit grösseren Volkswirtschaften Deutschlands und Frankreichs gelten, während eher mit der Schweiz vergleichbare Länder wie Kanada, Schweden oder Belgien wesentlich geringere Schwellenwerte kennen (Botschaft 1994, a.a.O., S. 579).

Was die materiellrechtlichen Eingreifkriterien betrifft, hat der Kartellgesetzgeber vorgesehen, dass "Fusionen nur im Falle einer *extrem hohen Konzentration* auf dem betreffenden Markt" (bzw. einem daraus resultierenden sehr hohen Marktbeherrschungsgrad) zu untersagen seien (Botschaft 1994, a.a.O., S. 584). Dementsprechend wird in den Gesetzesmaterialien die Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses nur in Ausnahmefällen für denkbar erachtet (Botschaft 1994, a.a.O., S. 584):

"Tatsächlich dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein. Eine solche Voraussehbarkeit setzt in der Regel sehr hohe Marktzutrittschranken voraus, welche das zusammengeschlossene Unternehmen vor neuen Marktteilnehmern weit gehend schützt. In der Praxis ist daher zu erwarten, dass eine Verweigerung der Genehmigung in der Hauptsache für Zusammenschlüsse zu erwägen sein wird, bei denen der schweizerische Markt wegen privater oder staatlicher Regulierungen vom Weltmarkt abgeschottet ist oder aus anderen Gründen (beispielsweise wegen Kundenpräferenzen) einen eigenen Markt bildet."

Sollen dementsprechend nur "extrem hohe" Marktkonzentrationen unterbunden werden, sind dem Wettbewerb selbst erheblich beeinträchtigende Zusammenschlüsse zuzulassen (gl. M. HETTICH, a.a.O., Rz. 742, insbes. Fn. 1182; vgl. E. 6.3.6 sowie E. 9 f.; weitergehend: VENTURI [a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 30], der erwartet, dass die Wettbewerbskommission im Mediensektor nach dem Wegfall der besonderen Schwellenwerte [vgl. E. 6.1] die entsprechenden Märkte "grosszügiger" abgrenzen werde, um die dort fälligen Strukturanpassungen zu ermöglichen).

6.3.2. Die hier medienpolitisch neutral vorzunehmende Anwendung von Artikel 10 Absatz 2 KG setzt vorab die Bestimmung des *relevanten Marktes* voraus (vgl. E. 6.1.3), welche darauf abzielt, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen die fusionsrechtlich zu beurteilenden Unternehmen ausgesetzt sind. Erst dies erlaubt die Beurteilung, ob die von anderen Unternehmen ausgehenden Wettbewerbskräfte genügen, um jenen Unternehmen Schranken zu setzen

und so zu verhindern, dass sie sich wirksamem Wettbewerbsdruck entziehen (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 766 i.V.m. Rz. 532 mit Verweis auf RN 2 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372/5 vom 09/12/1997 [nachfolgend: Bekanntmachung]; vgl. zur Beachtlichkeit dieser Bekanntmachung für die Interpretation des KG: EVELYNE CLERC, *CR Concurrence*, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 55, 60, 73; REKO/WEF FB/2003-1 E. 7.1, publiziert in: RPW 2005/3, S. 558 f.).

Unter *Wettbewerbsdruck* stehen Unternehmen, wenn ihre tatsächlichen oder möglichen Geschäftspartner oder Verbraucher als Nachfrager oder Anbieter (in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht) auf Angebote anderer Unternehmen ausweichen können (ZÄCH, a.a.O., Rz. 533). Bei der Beurteilung zumutbarer Ausweichmöglichkeiten können Alternativangebote bereits bestehen (sog. Nachfragesubstituierbarkeit) oder sie können neu durch andere Unternehmen kurzfristig (sog. Wettbewerbsdruck erzeugende Angebotssubstituierbarkeit/Angebotsumstellungsflexibilität) und/oder mittelfristig (sog. potenzieller Wettbewerb) geschaffen werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 564, 568; CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 58 ff.). Die beiden erstgenannten Kriterien sind für die Bestimmung des relevanten Marktes beachtlich.

Demgegenüber ist das allfällige Vorhandensein *potenzieller* Konkurrenz nach der Praxis der EU-Kommission und der Vorinstanz erst im Zusammenhang mit dem Marktbeherrschungsgrad zu prüfen (insbes. allfällige Marktzutrittschranken, die erfolgten Markteintritte/-austritte und Produkteneinführungen; vgl. auch: RN 24 Bekanntmachung, a.a.O., sowie Ziff. 83 ff., 101 ff., 174 ff. der angefochtenen Verfügung; zustimmend: MAAG, a.a.O., S. 188; ZÄCH, a.a.O., Rz. 568; CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 59; ULRICH, a.a.O., S. 137). Als potenzielle Konkurrenten kommen vorab "marktfremde" Unternehmen (d.h. aus sachlich benachbarten Märkten) in Frage, soweit sie ihre Produktion auch auf Substitute ausdehnen und mit diesen in den relevanten Markt eindringen können, was von den dort vorhandenen rechtlichen oder tatsächlichen Zutrittschranken abhängt (vgl. MAAG, a.a.O., S. 188 f., mit Hinweis in Fn. 923 auf BORNER/BRUNETTI/WEDER, welche freie Markteintritte bzw. -austritte für Hauptdeterminanten des Wettbewerbs erachten). Denkbar sind auch Anbieter des fraglichen Produktes oder eines Substitutionsproduktes aus benachbarten räumlichen Märkten.

Ob im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist für einen Markt aus der Sicht der *Marktgegenseite* der ins Recht gefassten Unternehmen zu beurteilen, wobei in der Regel der Fokus auf eine Marktstufe der Wertschöpfungskette zu legen ist (ZÄCH, a.a.O., Rz. 534). Werden zur Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Zusammenhang mit "20 Minuten" im Sinne der Vorinstanz Leser- und Werbemärkte abgegrenzt, worauf in den Erwägungen 7 und 8 zurückzukommen ist, bilden die Leser (als Nachfrager von Information und Unterhal-

tung) und die Inserenten (als Nachfrager von Werberaum) die massgebliche Marktgegenseite der Zusammenschlusswilligen Unternehmen.

6.3.3. Als Hauptkriterium der *sachlichen* Marktabgrenzung dient die Substituierbarkeit der Nachfrage, da sie sich am unmittelbarsten auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirkt. Demnach sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zu bestimmen und demselben Sachmarkt zuzuordnen, die von den massgeblichen Nachfragern der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Diese Fragestellung beantwortet die Vorinstanz in konstanter Praxis nach dem Konzept der *funktionellen Austauschbarkeit* (Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit oder Bedarfsmarktkonzept). Dies ist für die Fusionskontrolle materiellrechtlich in Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU festgeschrieben, wonach der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen umfasst, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.1, publiziert in: RPW 2003/2, S. 426 f.; REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.3.1, publiziert in: RPW 2004/3, S. 881; CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 60; vgl. die gleichartige Marktabgrenzung in RN 7 Bekanntmachung, a.a.O.; zustimmend: BGE 129 II 18 E. 7.3 im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG; BGE vom 5.9.2003, 2A.142/2003 E. 4.2.2, publiziert in: RPW 2003/4, S. 919; MAAG, a.a.O., S. 105 ff.; AMANN, a.a.O., S. 135; SCHMIDT, a.a.O., S. 50 ff.; ULRICH, a.a.O., S. 153 ff.).

Dieses Konzept der funktionellen Austauschbarkeit erfordert eine wertende Betrachtung (vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 57; vgl. auch: MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, Kommentar Bd. I, München 1997, S. 696, Rz. 45), wobei sich der mitunter nicht leicht feststellbare Grad der Substituierbarkeit nach objektiven Kriterien (Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis) wie auch nach subjektiven Kriterien (z.B. nach den konkreten Präferenzen der massgeblichen Marktgegenseite) bestimmt (CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 62; MAAG, a.a.O., S. 107, wonach über den Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU hinaus aus Verbrauchersicht der Preis eines der wichtigsten Kriterien bei der Frage ist, mit welchem Gut ein bestimmtes Bedürfnis befriedigt werden soll). Ausschlaggebend ist somit das tatsächliche Marktgeschehen, das heisst das Nachfrageverhalten der für massgeblich erachteten Marktgegenseite, deren spezifische Bedürfnisse, Preisempfindlichkeiten (vgl. BGE 129 II 18 E. 9.4.3 f.) und darauf gründenden Befriedigungspräferenzen der Austauschbarkeitsanalyse zugrunde zu legen sind.

Diesbezüglich wird praxisgemäss die so genannte *Kreuz-Preis-Elastizität* berücksichtigt, wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkt eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirken (CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 63; sowie RN 15, 17 f. Bekanntmachung, a.a.O.; demgegenüber *kritisch*: KLAUS STEGEMANN, *Cross Elasticity and the Relevant Market*, in: Zeit-

schrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 156 [1974], S. 151 ff.; MANI REINERT, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Zürich 2004, S. 27 ff., der den fehlenden Konsens zur Frage beklagt, welche absolute Höhe die Kreuz-Preis-Elastizität erreichen muss, damit Produkte untereinander als austauschbar betrachtet werden können; AMANN, a.a.O., S. 139 f., der auf das Problem der unter Umständen unterschiedlich preismempfindlich zusammengesetzten Nachfrageseite hinweist, was in Überschätzung des Substitutionseffektes zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen könne). Trotz dieser Bedenken versucht die Praxis methodisch zur Klärung der Frage, ob tatsächlich Alternativangebote bestehen, mittels des SSNIP-Tests abzuschätzen, ob und in welchem Mass die Marktgegenseite bei einer geringfügigen, aber dauernden Preiserhöhung von fünf bis zehn Prozent auf andere Angebote ausweichen kann (sog. "*small but significant non transitory increase in price test*" oder SSNIP-Test; vgl. dazu: REKO/WEF FB/2004-1 E. 5.2.2, a.a.O., S. 684 ff.; VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 36).

Demzufolge stellt die graduell unterschiedlich definierbare Substituierbarkeit keine objektive, ein für allemal feststellbare Grösse dar, sondern sie hängt von der Preisinelastizität ab, welche noch für zumutbar erachtet wird (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR V/2, a.a.O., S. 88; VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 31; weitergehend: RAASS, Zusammenschlusskontrolle, a.a.O., S. 674, S. 676, der auf eine Marktabgrenzung verzichtet und von einem "Kontinuum der Substitute" ausgeht, vgl. E. 7.2). Ferner sind die Wettbewerbsbedingungen und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht zu ziehen (MÖSCHEL, a.a.O., S. 697, Rz. 46), wozu auch die Produktions- beziehungsweise Angebotsflexibilität der Anbieter gehört (RN 20-23 Bekanntmachung, a.a.O.).

Je strikter das Bedarfsmarktkonzept angewandt wird und je enger dadurch die Marktabgrenzung fällt, desto grösser wird die Zahl gebildeter Teilmärkte (vgl. MAAG, a.a.O., S. 145), was sich auf die Möglichkeit der Addition entsprechender Marktanteile bei Zusammenschlussvorhaben auswirkt (MAAG, a.a.O., S. 104 f., S. 216 f.; VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 29, 67; ULRICH, a.a.O., S. 36 ff.; vgl. AMANN, a.a.O., S. 147, wonach medienübergreifende Konzentrationen infolge Unterscheidung separater Märkte ausserhalb des fusionskontrollrechtlichen Fokus bleiben, was MAAG kritisiert, a.a.O., S. 185 f.). Demgegenüber erachtet RITTNER (a.a.O., § 6 Rz. 48) alle Märkte als derart miteinander in Verbindung stehend, dass fast jede Abgrenzung willkürlich erscheinend und zumindest relativ zu sehen sei (vgl. auch: RUFFNER, a.a.O., S. 170 zum komplexitätsreduzierenden "Partialmarktmodell"). Deshalb muss sich gemäss RITTNER die Praxis "mit pragmatischen und normbezogenen Lösungen" begnügen und bei fast jedem Einzelfall eine "gewisse Unsicherheit" in Kauf nehmen (a.a.O., § 6 Rz. 49; vgl. SCHMIDT, a.a.O., S. 52, der von einem den Rechtsanwendern verbleibenden "Unschärfbereich" bzw. "Beurteilungsspielraum" spricht; vgl. zur strengen Praxis der deutschen Pressefusionskontrolle infolge

enger Abgrenzung regionaler und lokaler Märkte: Gutachten Beirat, a.a.O., Ziff. 8 ff., S. 7).

6.3.4. Die *bloss teilweise* Substituierbarkeit von Produkten (wie z.B. Kartoffeln im Verhältnis zu Brotsorten) wird praxismässig nicht als ausreichend angesehen, um deren Einbezug in den sachlich relevanten Markt (z.B. von Brotsorten) zu erlauben (vgl. MAAG, a.a.O., S. 111 ff., S. 194 ff.; AMANN, a.a.O., S. 134 ff.; MANI REINERT, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen - ausgewählte Probleme, AJP 4/99, S. 448, mit Hinweisen; ULRICH, a.a.O., S. 155). In solchen Fällen "marktnaher" (d.h. "marktfremder", weil *nicht* als zum sachlichen Markt zugehörig erachteter) "Substitute" untersucht die Wettbewerbskommission deren "disziplinierende Wirkung" (vgl. Ziff. 67, 108 ff., 164 ff. der angefochtenen Verfügung).

Daher spricht die Praxis - im Unterschied zum "*Marktwettbewerb*", der die nachfrageseitig als funktionell austauschbar angesehenen und deshalb demselben Markt zugerechneten Produkte betrifft - von "*Substitutionswettbewerb*", wenn Produkte (z.B. Kartoffeln) in Frage stehen, von denen ein "nicht so intensiver Wettbewerb" ausgeht, welche jedoch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (wie Krisenzeiten) Produkte (z.B. Brotsorten) ersetzen können, die nicht demselben Sachmarkt zugerechnet werden (vgl. RAASS, a.a.O., S. 676; WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 3; ULRICH, a.a.O., S. 150 ff.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 801; kritisch zur Mehrdeutigkeit der Terminologie: AMANN, a.a.O., S. 153 ff., insbes. S. 154 f., wonach Substitutionswettbewerb als "Ausweichwettbewerb" oder "Verzichtswettbewerb" auf-trete).

Indessen wird Substitutionswettbewerb bisweilen terminologisch mit Marktwettbewerb *gleichgesetzt* (RITTNER, a.a.O., § 6 Rz. 48, § 10 Rz. 22, 29; ähnlich: SCHMIDT, a.a.O., S. 67, wonach Substitutionswettbewerb die Unternehmen bei der Setzung eigener Aktionsparameter [wie Preis, Qualität, Service, Werbung] zwingt, zu beachten, ob und in welchem Umfang die Marktgegenseite auf Substitute ausweichen könne, weshalb mit zunehmendem Substitutionswettbewerb die Möglichkeit abnehme, Preissetzungsspielräume auszunutzen; *unklar*: Weko in "Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG" [RPW 2000/3, S. 443., Ziff. 136], wo Marktwettbewerb als Substitutionswettbewerb aufgefasst wird). Bisweilen ist auch von einem "Geflecht von Substitutionsbeziehungen minderen Grades" oder "Substitutionsrestbeziehungen" die Rede (AMANN, a.a.O., S. 178, bzw. S. 139) oder neuerdings auch von "*Restwettbewerb*" (Ziff. 4 der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 10.5.2004; ULRICH, a.a.O., S. 151; vgl. demgegenüber die einzig auf verbleibenden Marktwettbewerb [!] bezogene Diktion des Bundesgerichts in: BGE 129 II 18 E. 8.3.2 f., sowie: ZÄCH, a.a.O., Rz. 477, 593). Unklar ist beispielsweise in Ziffer 185/4 der angefochtenen Verfügung, ob die Vorinstanz mit ihrer Aussage, wonach "Marktteilnehmer durch die Markteinführung von Substituten diszipliniert werden können" Markt- oder

Substitutionswettbewerb meint (ebenfalls unklar: Ziff. 130 der angefochtenen Verfügung, wo die Vorinstanz die erwähnten alternativen Informationsmedien als Substitute von "20 Minuten" zu erachten scheint, was im Widerspruch zur festgestellten Komplementarität der einzelnen Medien stünde, vgl. Ziff. 66, 114 der angefochtenen Verfügung).

Abgesehen von der herrschenden terminologischen Konfusion (vgl. auch: E. 8.1.2) ist in Lehre und Praxis die entscheidende Frage nach wie vor ungeklärt, **wann** allfälliger Substitutionswettbewerb wettbewerblich relevant wird oder, um die Worte der Vorinstanz zu gebrauchen, wann ein "gewisser Wettbewerbsdruck genügend gross" ist, um "die disziplinierenden Einflüsse aktueller Wettbewerber in einem begrenzten Masse zu ersetzen" (vgl. z. B. Ziff. 123 der angefochtenen Verfügung; sowie: RPW 2000/3, Ziff. 119, S. 438 etc.). Der deutsche Bundesgerichtshof hat dazu die Formel geprägt, dass Substitutionswettbewerb nur dann wettbewerblich relevant wird, "wenn er so intensiv ist, dass der durch den Zusammenschluss erreichte Verhaltensspielraum auf dem massgeblichen Markt hinreichend begrenzt und kontrolliert wird" (KVR 3/86 vom 26.05.1987 in: WuW/E BGH 2425). Angesichts des hohen Abstraktionsgrades dieser Rechtsprechungsformel wird postuliert, dass Substitutionswettbewerb nur **ausnahmsweise** ein wettbewerblich relevantes Ausmass erreichen könne und zwar nur bei "besonders ausgeprägter Marktnähe", welche sich durch ein Fehlen grösserer Hemmschwellen der Nachfrager für ein Ausweichen auf Alternativen auszeichne (MAAG, a.a.O., S. 195 und S. 240; a. M. ULRICH, a.a.O., S. 152 f., der für einen höheren Stellenwert plädiert). Trotz dieses (umstrittenen) Konkretisierungsvorschlages gilt die Abgrenzung zwischen Markt- und Substitutionswettbewerb als eine der schwierigsten Fragen der Fusionskontrolle, zumal konsensfähige, allgemein gültige Konzepte fehlen (MAAG, a.a.O., S. 114, S. 230, mit Hinweis auf die Kontroverse in Deutschland [in Fn. 1110]). Einigkeit besteht einzig in der Frage, dass der "Substitutionswettbewerb", sofern vorhanden, Bestandteil einer "**wettbewerblichen Gesamtbetrachtung**" sein soll (ULRICH, a.a.O., S. 156), was unbestrittenermassen auch der Praxis der Vorinstanz entspricht (vgl. Ziff. 108 ff. der angefochtenen Verfügung betr. "Abwanderung zu anderen Informationsträgern").

Von dieser Problematik zu unterscheiden ist die kartellgesetzlich nicht relevante **Interproduktkonkurrenz**, das heisst der Umstand, dass bis zu einem gewissen Grad alle Güter (Waren/Dienstleistungen) miteinander im Wettbewerb stehen, da Ausgaben für ein bestimmtes Gut die insgesamt verfügbaren Mittel vermindern und dadurch die Anschaffung anderer Güter ersetzen (AMANN, a.a.O., S. 140; RUFFNER, a.a.O., S. 224). Jenseits dieser monetären Sicht lässt sich insbesondere im Medienbereich auch ein **intersektorieller** oder **interkategorialer** Wettbewerb feststellen, der sich dadurch auszeichnet, dass letztlich alle Informations- und Unterhaltungsmedien (wie Printmedien, Internet, Radio, Fernsehen, Kino) im "**Wettbewerb um Nutzungszeit**" ("Rezipientenaufmerksamkeit", d.h. die Aufmerksamkeit der Leser, Hörer, Se-

her) stehen (vgl. zum Problem der Nutzungsintensität einzelner Medien: E. 7.1.1). Insofern wird vereinzelt auch von einem "**Gesamtmedienmarkt**" gesprochen, weil Werbebudgets zu den elektronischen Medien abwanderten und ausländische Fernsehsender zunehmend stark konsumiert würden (vgl. URS SAXER, Das Medienrecht und das Spannungsfeld von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb, AJP 4/99, S. 439).

6.3.5. Der **räumlich** relevante Markt umfasst schliesslich dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; ZÄCH, a.a.O., Rz. 551; VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 37-42).

6.3.6. Sind die wettbewerbserheblichen Märkte festgelegt, ist nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG zu fragen, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Diese Formulierung meint eine gegenüber der Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung in Artikel 4 Absatz 2 KG **qualifizierte** Form der Marktbeherrschung (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 780 ff.; AMANN, a.a.O., S. 72 ff., 81, 118, 150, 179; VENTURI, a.a.O., Art. 10 KG, Rz. 19 ff., 58 ff.; anderer Meinung: THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, AJP 3/99, S. 295 ff.; DUCREY, a.a.O., S. 292 ff., insbes. Fn. 336, wonach die qualifizierte Marktbeherrschung nach der Feststellung der begründeten oder verstärkten marktbeherrschenden Stellung nicht messbar sei, weshalb dieses Merkmal keine eigenständige Bedeutung habe; CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 100; ULRICH, a.a.O., S. 23 ff.).

Marktbeherrschend gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG ist, wer sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (vgl. Art. 7 Abs. 1 KG). Für Marktbeherrschung im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG wird mehr verlangt, nämlich dass das entstehende Unternehmen verhindern kann, dass existierende Konkurrenten sich ihm gegenüber weiterhin als Wettbewerber verhalten, dass es in der Lage ist, vorhandene Konkurrenten aus dem Markt zu drängen oder dass es verhindern kann, dass neue Konkurrenten auf den Markt treten können (ZÄCH, a.a.O., Rz. 783 f.).

Ob ein Zusammenschlussvorhaben eine solchermaßen qualifizierte beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, beurteilt sich aufgrund des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (ZÄCH, a.a.O., Rz. 796; DUCREY, a.a.O., S. 277 ff.; VENTURI, a.a.O., Art. 10, Rz. 61 ff.; kritisch: DEISS, a.a.O., Aspects économiques, Rz. 56). Verglichen werden je die Verhältnisse vor und nach dem Zusammenschluss. Die mutmasslichen Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens werden in einer dynamischen Betrachtungsweise abgeschätzt, das heisst mittels zukunftsgerichteter Wahrschein-

lichkeitsüberlegungen. Insofern ist eine Prognose darüber zu erstellen, ob das Vorhaben eine Marktstellung bewirkt, die wirksamen Wettbewerb auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt beseitigen kann. Die Untersagung eines Vorhabens oder die Zulassung unter Bedingungen und Auflagen setzen voraus, dass aktueller Wettbewerb vor dem Zusammenschluss *existiert*. Das Vorhaben muss für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (d.h. für die Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen) kausal sein (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 812; VENTURI, a.a.O., Art. 10, Rz. 47; ULRICH, a.a.O., S. 45 ff., 237; BORER, a.a.O., Art. 10, Rz. 15 f.). Fehlt aktueller Wettbewerb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben, kann er durch das Vorhaben auch nicht beseitigt werden. Das Vorhaben führt dann nicht zu einer wettbewerbsbeseitigenden beherrschenden Stellung, weshalb es ohne weiteres zuzulassen ist.

In der Regel ist die Marktmacht eines Unternehmens umso höher, je grösser sein Marktanteil, je kleiner die Preiselastizität der Marktnachfrage und je geringer die Angebotselastizität der Randkonkurrenten ist. Andererseits kann Marktmacht auch bei einem hohen Marktanteil eingeschränkt werden, wenn aktuelle oder potenzielle Konkurrenten in der Lage sind, die Produktion auszuweiten und in den Markt einzutreten und/oder die Abnehmer auf Substitutionsgüter greifen können (vgl. RUFFNER, a.a.O., S. 224). Nur soweit die aktuelle Konkurrenzsituation nicht ausreicht, um die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschliessen, ist das Gewicht potenzieller Wettbewerber zu ermitteln, denen der Markteintritt und damit die Möglichkeit, unabhängige Verhaltensspielräume der zusammenschlusswilligen Unternehmen zu begrenzen, nicht durch faktische oder rechtliche Hürden verbaut ist. Fehlt aktuelle Konkurrenz oder ist sie schwach, hingegen die potenzielle Konkurrenz genügend ausgeprägt, kann sich selbst ein Monopolist in einem bestimmten Markt nicht unabhängig verhalten, wenn er den Markteintritt neuer Wettbewerber fürchten muss, sobald er Preise oder andere Wettbewerbsparameter nicht wettbewerbsgerecht festsetzen würde (vgl. VON BALLMOOS, a.a.O., S. 297 ff.; ULRICH, a.a.O., S. 57 ff.).

Steht in einem weiteren Schritt fest, dass ein Zusammenschluss auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist die zweite Voraussetzung eines Eingriffs zu prüfen. Sie ist erfüllt, wenn das Vorhaben keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, die die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegt. Der Zusammenschluss muss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt ebenfalls kausal sein (ZÄCH, a.a.O., Rz. 820).

Die Abwägung von Artikel 10 Absatz 2 Buchstaben a und b KG verlangt eine Gewichtung der Nachteile (Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt) und der Vorteile (Verbesserungen auf anderen Märkten). Zu prüfen ist mit anderen Worten, ob die allenfalls auf einem bestimmten Markt zusammenschlussbedingte Verschlechterung hingenommen werden

kann, weil sich dadurch die Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt verbessern, indem die Verbesserung die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung kompensiert. Geeignete und einigermaßen objektive Messgrössen für diese *Gesamtmarktbeurteilung* existieren nicht. Ab welchem Punkt eine Verbesserung in einem anderen Markt die Nachteile überwiegt, ist unklar. Dieser Wertungsentscheid ist daher äusserst anspruchsvoll. Die Literatur bietet dabei keine Hilfestellungen; sie konkretisiert die Grundsätze der Wertung in keiner Weise. Die Behörde ist bei der Abwägung somit auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen und muss aufgrund nachvollziehbarer Überlegungen gewichten (dies gilt auch für die ebenfalls vorzunehmende Berücksichtigung der Marktentwicklung sowie der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb, vgl. Art. 10 Abs. 4 KG, dazu: BORER, a.a.O., Art. 10, Rz. 20 ff.).

Ergeben sich überwiegende Verbesserungen in einem anderen Markt, ist der Zusammenschluss ohne weiteres zuzulassen. Andernfalls ist zu prüfen, ob er zu untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zuzulassen ist.

Angesichts der unsicheren Prognose betreffend die wettbewerbslichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 571, 591, 767 f., 796; ULRICH, a.a.O., S. 26 ff.) und der anerkannten Möglichkeit, dass sich kartellgesetzlich heikle Fusionsvorhaben grundsätzlich wettbewerbsverträglich anpassen lassen, ist die Vorinstanz im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips verpflichtet, zweckmässige Auflagen und Bedingungen, welche die Möglichkeit einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entfallen lassen, anzuordnen unter Zulassung des (angepassten) Fusionsvorhabens (zutreffend: ZÄCH, a.a.O., Rz. 823, sowie DUCREY, a.a.O., S. 300). Insofern sind hohe Anforderungen an die Begründung der Vorinstanz zu stellen, soweit sie bei einer Untersagung auf Auflagen oder Bedingungen verzichten oder solche nicht anerkennen will (vgl. E. 10.1.2). Dasselbe gilt, wenn bei einer Zulassung die Verhältnismässigkeit allfälliger Auflagen oder Bedingungen strittig sind.

6.4. Nachfolgend ist im Lichte dieser Überlegungen dem systematischen Aufbau der angefochtenen Verfügung folgend zuerst die vorinstanzliche Umschreibung der relevanten Märkte zu beleuchten (E. 7 betr. "Lesermarkt" im Verteilgebiet von "20 Minuten" und E. 8 betr. "Markt für regionale und lokale Werbung im WG 22, 32-34") sowie die Einschätzungen der Vorinstanz zur voraussichtlichen Stellung der Beschwerdeführerinnen auf diesen Märkten zu untersuchen (E. 9 betr. "Lesermärkte" und E. 10 betr. "Markt für regionale/lokale Werbung Bern [WG 22, 32-34]"), wobei jeweils auf die Rügen zum angeblich verletzten Untersuchungsgrundsatz einzugehen ist. Schliesslich ist die strittige Kostenaufgabe zu behandeln (E. 11).

7. Der Abgrenzung des relevanten Marktes sind folgende unbestrittene Fakten zugrunde zu legen:

"20 Minuten" erscheint täglich in einem einheitlichem Layout in den sechs Regionen: Bern, Basel, Zürich, Luzern, St. Gallen sowie in der Westschweiz

(vorerst im Pendlereinzugsgebiet umfassend Lausanne/Genf/Freiburg) und liegt entlang des öffentlichen Verkehrsnetzes (teilweise auch in öffentlichen Verkehrsmitteln) in Selbstentnahmeboxen gratis auf. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind bei "20 Minuten" die Werbeeinnahmen nicht nur - wie bei klassischen Tageszeitungen üblich - die überwiegende, sondern die einzige Einnahmequelle (Ziff. 125, 127 der angefochtenen Verfügung). "20 Minuten" enthält eine in allen deutschschweizerischen Teilausgaben identische internationale beziehungsweise nationale Berichterstattung sowie national verbreitete Anzeigen und gleichzeitig eine für die einzelnen Lokalausgaben spezifische kurzgefasste regionale Berichterstattung samt regionalen Anzeigen, wobei das redaktionelle Konzept eine schlagzeilenartige Informationsvermittlung mit weit gehendem Verzicht auf Analyse und Hintergrundberichterstattung vorsieht (vgl. Ziff. 65 der angefochtenen Verfügung).

Nach den unbestrittenen Ausführungen der Vorinstanz (Ziff. 147, 122 der angefochtenen Verfügung) wird "20 Minuten" vorab von einem mobilen und jungen "Werbezielpublikum" beim Warten auf öffentliche Verkehrsmittel sowie während der Reisezeit gelesen, weshalb "20 Minuten" auch als "Pendlerzeitung" bezeichnet wird (vgl. für viele: MARTINA LEONARZ, Pendlerzeitungen: Kompaktinfos auf dem Arbeitsweg, publiziert im Internet unter: www.medienheft.ch; vgl. betr. Gratiszeitungen im Allgemeinen: PIET BAKKER, Reinventing newspapers. Free dailies - readers and markets, Conference paper for the 5th World Media Economics Conference "Media Firms: Structure, Operations and Performance", Turku 2002, im Internet unter: http://www.tukkk.fi/mediagroup/5WMEC_PAPERS/bakker.pdf; ROBERT G. PICARD, Strategic Responses to Free Distribution Daily Newspapers, The International Journal on Media Management, Vol. 2/No. III/2001, S. 167-172, im Internet unter: <http://www.mediajournal.org>; THOMAS DRIENDL, Der Markt für Gratiszeitungen in Österreich, Innsbruck 2005).

Die Wettbewerbskommission weist in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 51 f.) auf das interdependente Verhältnis von Leser- und Werbemärkten hin und grenzt deshalb solche auch im vorliegenden Fall ab - trotz der Unentgeltlichkeit von "20 Minuten" und ihrer Praxis, welche teilweise in eine andere Richtung hinzuweisen scheint. Allerdings lässt die Vorinstanz gestützt auf Umfragen insbesondere bei Verlagen und Werbeauftraggebern die Frage offen, ob "20 Minuten" in Bezug auf ihre Leser sachlich dem Markt für regionale Tageszeitungen oder gar einem enger gefassten Markt für Pendlerzeitungen zuzuordnen sei (Ziff. 68 der angefochtenen Verfügung). Ausgehend von der These, dass die Marktabgrenzung bloss ein "Hilfsmittel" sei, um "mit anderen Kriterien die Marktmacht eines Unternehmens abzuschätzen", prüft die Vorinstanz "die Marktstellung" auf beiden Märkten (Ziff. 79 ff. der angefochtenen Verfügung).

Die Beschwerdeführerinnen halten dieses Vorgehen für unzulässig und rügen, die Vorinstanz überschätze den Stellenwert des Lesermarkts und beziehe zu Un-

recht Tageszeitungen mit ein; "höchstens" zur überregionalen Boulevardzeitung "Blick" beständen Substitutionsbeziehungen. Auch wenn fälschlicherweise statt Leser "Konkurrenten" (mit teilweise unzulässigen, suggestiven Fragen) befragt worden seien, zeigten die Umfrageergebnisse unverkennbar, dass Pendlerzeitungen, wenn überhaupt, einen eigenständigen Lesermarkt bildeten. Den Lesern gehe es bei "20 Minuten" weniger um Information, als um Gratiszeitvertrieb auf dem Arbeitsweg. Deshalb sei für die Leser die Pendlerzeitung nicht mit einer Regionalzeitung austauschbar. Vielmehr stelle die gratis abgegebene Pendlerzeitung ein neues, durch kein anderes Medium austauschbares Printprodukt dar, wobei "20 Minuten" - redaktionell als "gedrucktes Fernsehen" konzipiert - auch einem Informationsmarkt zugeordnet werden könnte, zumal Informationen vergleichbarer Tiefe auf vielen Websites frei zugänglich seien. Das Gegenargument der "zeitlichen Disponibilität von Zeitungen" überzeuge nicht, nachdem der Internetzugang übers Handy vor dem Durchbruch stehe und sich die leicht per Walkman empfangbaren Radio-Regionaljournale mit dem Verbreitungsgebiet der Berner Regionalausgabe von "20 Minuten" deckten.

7.1. Zunächst ist auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Vorfrage einzugehen, ob - wie hier - bei *gratis* vertriebenen Zeitungen überhaupt Lesermärkte abzugrenzen sind (d.h. ob spezifische Zeitungs- bzw. Zeitungsinhaltsmärkte auszuscheiden sind, da ja *Inhalte* und nicht Leser "gehandelt" werden). Diese Frage hat die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis unterschiedlich beantwortet (vgl. Ziff. 51 der angefochtenen Verfügung, mit Hinweisen; kritisch dazu: WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 27 f.).

Die Fragestellung betreffend den "Wettbewerb um die Leser" ist von Bedeutung, zumal die (auf mehr als 20 [von 54] Seiten einlässlich gefassten) Ausführungen der Vorinstanz zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den alternativ untersuchten Lesermärkten hinfällig würden, wenn sich zeigen sollte, dass diese bei unentgeltlichen Printprodukten ohne wettbewerbsrechtliche Relevanz für die Beurteilung des hier strittigen Zusammenschlussvorhabens wären. In diesem Sinne vertreten einzelne Autoren die These, bei überwiegend werbefinanzierten Printprodukten sei *einzig* der Werbemarkt als wettbewerbsrechtlich ausschlaggebend zu erachten, weshalb a priori eine Disziplinierung des Lesermarktes anzunehmen sei, solange auf dem *Werbemarkt* Wettbewerb herrsche (WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 14, 25, 32; HOFFET/HOHN, a.a.O., S. 243, welche den nationalen Werbemarkt für entscheidend halten; demgegenüber *a.M.*: DRIENDL, a.a.O., S. 68 ff., mit Hinweisen; MAAG, a.a.O., S. 116, insbes. Fn. 597).

7.1.1. Es leuchtet in der Tat nicht ohne weiteres ein, wenn im Zusammenhang mit *gratis* abgegebenen Printmedien wie "20 Minuten" neben den (entgeltlichen) Werbemärkten, auf denen als substituierbar erachtete Werberaumangebote zumindest einem Preis- und Qualitätswettbewerb ausgesetzt sind, zusätzlich Lesermärkte ("Rezipientenmärkte", d.h.

"Medieninhaltsmärkte) als wettbewerbsrelevant aus-
geschieden werden. Denn kartellgesetzlich relevante
Wettbewerbsverhältnisse betreffen nach herkömmlichem
Verständnis Märkte im *ökonomischen* Sinn, wo
Anbieter und Nachfrager in *entgeltliche* Austausch-
beziehungen treten (vgl. PETER BOFINGER, Grundzüge
der Volkswirtschaftslehre - Eine Einführung in die
Wissenschaft von Märkten, München 2003, S. 33 ff.;
N. GREGORY MANKIW, Grundzüge der Volkswirtschafts-
lehre, 3. Aufl., Stuttgart 2004, S. 67 ff.; PAUL A. SAMU-
ELSON/WILLIAM D. NORDHAUS, Volkswirtschaftslehre,
Landsberg a. L. 2005, S. 51; STRETTON, a.a.O., S. 486
ff.). Deshalb steht der *Preis* der gehandelten Güter als
wesentlicher (und bisweilen auch ausschlaggebender)
Wettbewerbsparameter im Vordergrund (vgl. BGE
129 II 18 E. 5.2.2):

In *solchen* Märkten richten sich Zeitungen, die aus
erwerbswirtschaftlichen Interessen der Herausgeber
entgeltlich vertrieben werden, gleichzeitig sowohl an
Inserenten, die mit ihren informativen oder suggestiven
Werbebotschaften zielgerichtet und ohne Streuverluste
möglichst hohe Leserkontakte erzielen wollen, wie auch an die
zu kontaktierenden *Leser*, welche dazu bewegt werden sollen,
die Zeitung zur Befriedigung ihrer Informations- beziehungsweise
Unterhaltungsbedürfnisse zu kaufen und zu lesen (vgl.
für viele: MAAG, a.a.O., S. 116, mit Hinweisen). Die
besondere Herausforderung der Zeitungsherausgeber
besteht darin, dass sie mit ihrem Angebot (Informationen,
Kommentare, Drittmeinungen, Unterhaltung,
Werberaum) gleichzeitig zwei für sich genommen
heterogen zusammengesetzte und unterschiedlich
motivierte Marktgegenseiten (Leser/Inserenten) be-
friedigen müssen, um wirtschaftlich erfolgreich zu
sein. Dabei wird der Hauptanteil des publizistischen
Angebotes mit Hilfe der Werbung finanziert (vgl. Ziff.
125 der angefochtenen Verfügung, wonach "klassische
Tageszeitungen" 2/3 der Einnahmen durch An-
zeigen, 1/3 durch Abonnemente/Einzelverkauf erzie-
len). Dies führt dazu, dass sich insbesondere regionale
Tageszeitungen zu so genannten Forumszeitungen
entwickelt haben, die ein möglichst breites Interes-
sen- und Meinungsspektrum abzudecken versuchen,
um so den Bedürfnissen ihrer Leser gerecht zu wer-
den (vgl. Gutachten GROSSENBACHER, a.a.O., S. 26).

Zwar wird die grundlegende Frage der Erfassung und
Gewichtung der *Nutzungsintensität* einzelner Medien
(d.h. die Frage, welche effektive Nutzungszeit die
einzelnen Medien in Anspruch nehmen und welchen
Stellenwert diesen jeweils in Bezug auf andere Me-
dien zukommt, mit denen sie die zeitlich begrenzte
Aufmerksamkeit der Rezipienten teilen müssen) so-
wie die sich daraus ergebende Schlüsselfrage der
Kommunikationswirksamkeit der darin mitgeteilten
Inhalte von der Medienträgerforschung kontrovers
beurteilt; auch lassen sich insbesondere Werbewir-
kungen nur schwer beurteilen, zumal Umsatz- und
Absatzgrößen neben den Werbemassnahmen von
zahlreichen anderen Faktoren beeinflusst werden,
wie beispielsweise Aktivitäten der Konkurrenz, saiso-
nale und konjunkturelle Einflüsse (etc.). Dennoch
lässt sich immerhin in Übereinstimmung mit den Par-
teien festhalten, dass der wirtschaftliche Erfolg kom-

merzieller Zeitungen im Anzeigengeschäft als eng an
die Grösse des umworbene Leserkreises (gemessen
als "Reichweite", "Netto-Reichweite", "Durch-
schnittskontakte/*OTS-opportunity to see*" etc.) ge-
koppelt erachtet wird: das heisst je mehr Leser durch
eine solche Zeitung erreicht werden können, als umso
attraktiver gilt der Werberaum und entsprechend
teurer lässt er sich vermarkten (sog. "Leser-Anzeigen-
Spirale", vgl. dazu: Ziff. 125 der angefochtenen Ver-
fügung; Gutachten Beirat, a.a.O., S. 17). Aber auch
eine umgekehrte Wechselwirkung ist zu beobachten,
wenn ein umfassender Anzeigenteil einen wesentli-
chen Kaufanreiz für den Leser darstellt (sog. "Anzei-
gen-Leser-Spirale", vgl. dazu: Sondergutachten Mo-
nopolkommission, a.a.O., Rz. 76).

Bisweilen lassen sich redaktionelle Teile kaum von
den Werbeaktivitäten des Unternehmens trennen und die
Redaktionsarbeit nicht von den wirtschaftlichen,
an Gewinnen orientierten Interessen des Verla-
ges entkoppeln (vgl. Gutachten Beirat, a.a.O., S. 17;
HEINZELMANN, a.a.O., S. 944, wonach sich der publizis-
tische Wettbewerb vom wirtschaftlichen kaum tren-
nen lasse; vgl. zum aktuellen Trend der "Boulevardi-
sierung" der Medien: HEINZ DAPP, Wie sagen wir es
den Medien?, Bern 2005, S. 6). Diese Realien heutiger
Medienmärkte und die daraus fließenden Sachzwänge
journalistischer Arbeit bringt WILL TEICHERT prägnant
auf den Punkt:

"Die journalistische Anspruchskultur hat einer
kommerziell ausgerichteten Akzeptanzkultur den
Platz geräumt. Journalistische Qualitätsansprüche
haben gegenüber den in Quoten und Marktanteilen
ausgedrückten Reaktionen der Leser, Hörer
und Zuschauer das Nachsehen, denn diese bilden
die Basis des Engagements der Werbung. Und
Werbung sichert letztlich die Wirtschaftlichkeit"
(in: Journalistische Verantwortung: Medienethik
als Qualitätsproblem, in: JULIAN NIDA-RÜMELIN
[Hrsg.]: Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken
und ihre theoretische Fundierung, Stuttgart 1996,
S. 760).

7.1.2. Gratisprintmedien wie "20 Minuten" werden
leserseitig nicht in einem Markt im streng ökonomi-
schen Sinne (d.h. gegen Entgelt) ausgetauscht, son-
dern *verschenkt*. Dennoch richtet sich auch der Her-
ausgeber einer Gratiszeitung an eine Leserschaft, die
er mit einem redaktionellen Teil zu gewinnen sucht
und deren Ansprüche er befriedigen will, um die von
den Inserenten erwarteten Kundenkontakte für de-
ren Werbebotschaften zu ermöglichen und dafür die
für seine verlegerischen Tätigkeiten notwendigen
Finanzen zu gewinnen. Insofern vermag ein kostenlo-
ses Printprodukt, soweit es bei den Lesern auf Interes-
se stösst und zu Leserkontakten mit Werbeinhalten
führt, unter Umständen *gleichwertige* (d.h. aus Sicht
der jeweiligen Leser für substituierbar erachtete)
entgeltliche Printprodukte unter Wettbewerbsdruck
zu versetzen und je nach Ausmass deren Verleger
finanziell erheblich zu bedrängen, da die Zahlungs-
bereitschaft von Lesern für eine für gleichwertig (!)
erachtete Kaufzeitung sinken wird, unabhängig da-
von ob diese im Einzelverkauf oder im Abonnement

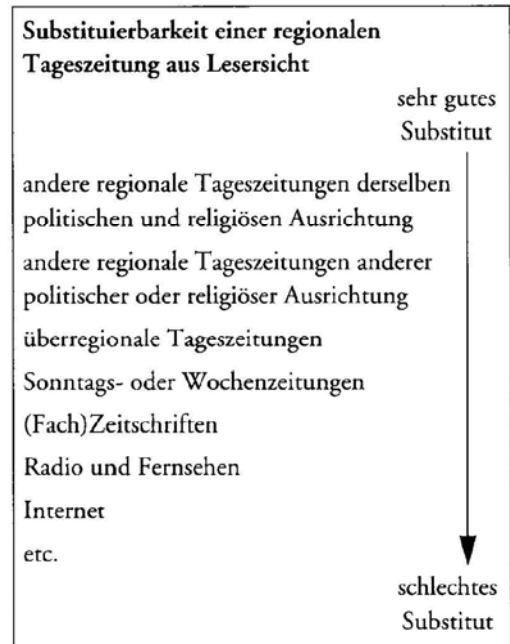
bezogen wird. Denn warum sollte ein kostenbewusster Leser für eine Zeitung einen Preis entrichten, wenn er *gratis* auf ein Angebot greifen kann, das ihm gleichwertig erscheint?

Dieser von den Herausgebern/Medienunternehmen geführte *Wettbewerb um dieselben Abnehmer* (Leser/Seher/Hörer), welcher Substituierbarkeit der zu vermittelnden Inhalte voraussetzt, ist notwendig, weil hohe Reichweiten den Erfolg im unternehmenswirtschaftlich wichtigen Wettbewerb um die Werbefinanzierung entscheidend beeinflussen. Im Zusammenhang mit fast oder ganz kostenlos erhältlichen Medienangeboten (wie TV, Radio, Internet, Gratiszeitungen) drückt sich dieser Wettbewerb um dieselben Rezipienten auch darin aus, dass von den Rezipienten vorab ein "Zeitopfer" (Rezipientenaufmerksamkeit) als "Gegenleistung" verlangt wird (vgl. MAAG, a.a.O., S. 30 ff., und PICARD, a.a.O., S. 168, wonach das zu erbringende "Zeitopfer" die "Allokationsfunktion des Preises" übernehme). Dies scheint im Ergebnis auch der Standpunkt der Vorinstanz zu sein, da sie die Ausscheidung von Lesermärkten etwas verkürzt mit den bestehenden Interdependenzen zu Werbemärkten bejaht, weil nur ein Erfolg auf dem Leser- auf den Werbemarkt durchzuschlagen vermag (vgl. Ziff. 52 der angefochtenen Verfügung).

Diese Überlegungen legen leserseitig eine entsprechende Abgrenzung des sachrelevanten Marktes nahe (vgl. Report Market Definition, a.a.O., § 2.4.16 ff., S. 39 f.).

7.2. Bei der Ausscheidung und Prüfung eines "Leser-" oder Medienrezipientenmarktes liessen sich ganz verschiedene Wettbewerbsverhältnisse mit teilweise unterschiedlichen "Intensitäten" unterscheiden, je nachdem welcher Leser- oder Mediennutzertypus als der "*typische*" Zeitungsleser/Rezipient unterstellt wird.

Die Vorinstanz weist zwar auf den "typischen Leser" herkömmlicher Zeitungen hin, dessen Informationsbedarf durch Pendlerzeitungen nicht vollständig befriedigt werden könne (Ziff. 65 der angefochtenen Verfügung), lässt jedoch vielfach nicht genügend klar durchscheinen, von welchem Leserbild sie eigentlich ausgeht (vgl. Ziff. 110, 129 f., 147 der angefochtenen Verfügung). Insofern lassen sich gewisse Aussagen der Vorinstanz (insbes. zur "disziplinierenden Wirkung" näher, aber angeblich doch nicht zum sachlich relevanten Markt zugehöriger Medien, vgl. Ziff. 108 ff. der angefochtenen Verfügung) nicht ohne weiteres leicht in den von der Vorinstanz postulierten Beurteilungsraster einordnen. Die Überlegungen der Vorinstanz scheinen sich stark an das von RAASS postulierte "Kontinuum der Substitute" (a.a.O., S. 674; vgl. auch: ZÄCH, a.a.O., Rz. 790-793 zum Kontinuum der Marktbeherrschung, vgl. E. 6.3.6) anzulehnen:



Die Beschwerdeführerinnen fordern angesichts der Komplexität der Marktverhältnisse, dass gestützt auf eine realistische Einschätzung der Substitutionsbeziehungen leserseitig konzeptionell entweder ein Pendlerzeitungsmarkt oder aber ein zumindest das Internet mitumfassender Informationsmarkt abgegrenzt werde.

7.2.1. Im Sinne des hier massgeblichen Bedarfsmarktkonzepts (vgl. E. 6.3.3) geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass bei der leserseitigen Bestimmung des sachlich relevanten Marktes und den sich daraus ergebenden Wettbewerbsbeziehungen zu prüfen ist, welche *Medienerzeugnisse* aus Sicht der *Leser von "20 Minuten"* mit dieser vorab frühmorgens auf dem Arbeits- oder Schulweg gelesenen Pendlerzeitung substituierbar sind (vgl. Ziff. 53 der angefochtenen Verfügung; AMANN, a.a.O., S. 146, wonach jeweils bezogen auf das in Frage stehende Gut als Referenzgrösse die konkreten Ausweichmöglichkeiten zu bestimmen seien). Richtig ist, dass die Vorinstanz grundsätzlich die *subjektive* Meinung der Marktgegenseite für massgeblich erachtet (vgl. betr. Werbemarkt: Ziff. 108 der Vernehmlassung) und ihren Blickkreis nicht einzig auf Printprodukte einengt. Dabei geht es nicht um die Zuordnung zu irgendwelchen - wie auch immer definierten - kommunikationswissenschaftlichen Kategorien, sondern darum, welche "Medienprodukte" mit Blick auf die unterschiedlichen Bedürfnisse und Ansprüche der Nachfrager grundsätzlich als gegeneinander austauschbar gelten können. Ausgehend von den in Erwägung 6.3.4 angestellten Überlegungen reicht aber die bloss *teilweise* Substituierbarkeit von Gütern nicht aus, um diese in denselben sachlich relevanten Markt einbeziehen zu können (vgl. auch: REINERT, Praxis bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen, a.a.O., S. 448, insbes. Fn. 57 mit weiterführenden Hinweisen).

Im Widerspruch zum eigenen Prüfungsschema (Ziff. 53 der angefochtenen Verfügung, wonach die Sicht der nachfragenden Leser massgeblich sei) hat die

Vorinstanz auf Umfragen bei den Lesern von "20 Minuten" verzichtet und ihre Beurteilung einzig auf gewisse Einschätzungen der von ihr befragten Werbeauftraggeber und Zeitungsverlage abgestellt, wobei sie einschränkend festhält, dass sie die von den Beschwerdeführerinnen als unbrauchbar bezeichneten Antworten auf die Fragebogen an die "Anzeiger/Zeitungen" vom 26. September 2003 nicht verwertet habe (vgl. Ziff. 35 der Vernehmlassung).

Berechtigterweise bemängeln dies die Beschwerdeführerinnen, zumal es in methodischer Hinsicht fragwürdig ist, wenn bei der entscheidenden Frage der Substitutionsbeziehungen die Ansichten der massgeblichen Marktgegenseite (d.h. der "20 Minuten" lesenden Pendler) kommentarlos übergangen werden, obschon idealtypisch grundsätzlich nur die *persönliche* Auffassung der Leserschaft massgeblich sein müsste und nicht ein vom Rechtsanwender zu objektivierender "typischer Bedarf eines Durchschnittsverbrauchers", der sich wie hier auf Rückschlüsse stützt, welche aufgrund von Meinungen *anderer* Marktteilnehmer gewonnen wurden (vgl. Ziff. 57 ff. der angefochtenen Verfügung). Denn die realwirtschaftlichen Wettbewerbsverhältnisse lassen sich im Prinzip nicht ohne Zugrundelegung der tatsächlichen subjektiven Bedürfnisse ermitteln, insbesondere dann nicht, wenn ein so heterogen zusammengesetztes, komplexes Gut ("Printprodukt") in Frage steht, welches gleichzeitig den unterschiedlichen Ansprüchen zweier verschieden motivierten Marktgegenseiten gerecht werden muss, um wirtschaftlich erfolgreich zu sein.

Trotz dieser Bedenken lässt sich der Verzicht der Vorinstanz, entsprechende Meinungsumfragen bei den Pendlern im Raum Bern durchzuführen, in diesem etwas aussergewöhnlich gelagerten Fall nicht beanstanden:

7.2.2. Abgesehen davon, dass gegenwärtig keine einschlägigen Studien empirischer Sozialforschung vorliegen, welche die persönlichen Auffassungen und Präferenzen der Leser von "20 Minuten" aufzeigen, fällt entscheidend ins Gewicht, dass "20 Minuten" ein *Gratisprodukt* ist, das auf seine Austauschbarkeit mit *entgeltlichen* (und allenfalls unentgeltlichen, für gleichwertig erachteten) "Medienprodukte" hin zu untersuchen ist. Zwar stellt auch "20 Minuten" - wie jede Kaufzeitung - nicht nur eine Werbeplattform, sondern auch ein sozio-kulturelles Erzeugnis dar, das darauf gerichtet ist, mit vielfältigsten redaktionellen und kommerziellen Inhalten, die mannigfachen Bedürfnisse der ebenfalls unterschiedlich zusammengesetzten Leserschaft zu befriedigen.

In diesem Zusammenhang hängt die Frage der individuellen Substituierbarkeit grundsätzlich vom Grad und von der Häufigkeit der Informations- beziehungsweise Unterhaltungsbedürfnisse ab wie auch von den (situations-, alters- und ausbildungsabhängig) unterschiedlichen, der Wandlung unterworfenen Gewohnheiten zur Deckung dieses Bedarfes - teilweise eben auch über andere Medien als Zeitungen. Im Unterschied aber zu entgeltlichen Printprodukten (wie Tages- und Wochenzeitungen, Magazine), wel-

che infolge der spezifischen Inhalte in ganz verschiedenem Masse in den jeweiligen individuellen sozialen Freizeit- oder Arbeitsablauf ihrer Leser integriert sind, wird "20 Minuten" frühmorgens gratis verteilt, überwiegend beim Warten auf öffentliche Verkehrsmittel sowie während der Reisezeit gelesen und ist so einheitlich in den Tagesablauf einer bestimmten, heterogen zusammengesetzten Zielgruppe (Pendler) integriert. Die Gratisabgabe führt dazu, dass sich "20 Minuten" in *keinem* Preiswettbewerb mit entgeltlichen Printangeboten befindet, welche gratis ähnliche Informations- und Unterhaltungsbedürfnisse zu decken vermöchten, weshalb sich die funktionale Austauschbarkeit von "20 Minuten" mit anderen Print- oder Medienprodukten anhand des gewöhnlich für die Marktzuweisung verwendeten SSNIP-Tests (vgl. E. 6.3.3) "objektiv" nicht messen lässt. Dies anerkennt im Prinzip auch die Vorinstanz (vgl. Ziff. 126 der angefochtenen Verfügung).

Aus diesem Grunde lässt sich die Frage der funktionalen Austauschbarkeit von "20 Minuten" mit anderen Medienprodukten letztlich nur unter Rückgriff auf *Plausibilitätsüberlegungen* beantworten (zutreffend: DRIENDL, a.a.O., S. 67 f.).

Zu Recht rügen die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang, dass die von der Vorinstanz ermittelten einschlägigen Umfrageergebnisse zur leserseitigen Substituierbarkeit nur beschränkt aussagekräftig und deshalb nur mit Zurückhaltung zu würdigen sind. Diese Kritik trifft selbstverständlich auf die von der Vorinstanz eingeholten Meinungen von Verlegern zu, soweit diese im lokalen oder regionalen Bereich in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu den Beschwerdeführerinnen stehen und wie die Akten zeigen, ihre verständlicherweise zulasten der Beschwerdeführerinnen tendierenden Aussagen nicht überzeugend untermauern. Auch die Vorinstanz schliesst die "taktische" Natur gewisser Antworten der Verleger nicht aus (vgl. Ziff. 140 Fn. 10 f. der angefochtenen Verfügung). Dessen ungeachtet fällt aber auf, dass selbst die Verleger nicht geltend machen, dass ihre Marktanteile wegen des Markteintritts von "20 Minuten" (im Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern!) signifikant gesunken seien. Im Gegenteil: die angefragten Verleger schreiben dem Markteintritt von "20 Minuten" keine direkten Auswirkungen auf ihre Auflagenzahlen zu.

Des Weiteren ist auch der Aussagegehalt der Meinungsäusserungen aus der *Werbebranche* zu den vermuteten Auswirkungen des "Zusammenschlusses" auf den Lesermarkt (vgl. Ziff. 64 der angefochtenen Verfügung) nicht zu überschätzen, aber dennoch zur Stützung der anzustellenden Plausibilitätsüberlegungen heranzuziehen. Denn immerhin wäre angesichts der ausschliesslichen Werbefinanzierung von "20 Minuten" zu erwarten, dass sich Inserenten und deren professionelle Werbeagenturen bei der Planung von Werbekampagnen und der Verteilung des Budgets auf die diversen Einsatzmedien (Printmedien, Direktmail, elektronische Medien, Plakate) eines *Mediamixes* Rechenschaft darüber abgeben, welche Substitutions- oder Komplementaritätsbeziehungen zwi-

schen den einzelnen Medien herrschen, um so die optimale Kommunikationswirksamkeit der eingesetzten Werbemittel gewährleisten zu können (vgl. zum Mediamix: MAAG, a.a.O., S. 132; vgl. E. 8.1). Dieser Gesichtspunkt darf jedoch nicht überbewertet werden, nachdem sich eine optimal wirksame Werbekampagne wohl nicht nur auf rationale Kalkulationen hinsichtlich der Trägerwirksamkeit (vgl. zur schwierigen Feststellung der Werbewirkung bzw. von Zielerreichungsgraden: E. 7.1.1), sondern ebenso auf Intuition stützen müssen und dies um so mehr, als alle Werbenden und ihre Strategen vor dem gleichen Problem stehen, nämlich gegen augenfällige "Sättigungserscheinungen" antreten zu müssen, welche die durch alle Kanäle mit Werbung überfluteten Werbezzielgruppen zeigen (vgl. dafür "symptomatisch": die in Ziff. 169 der angefochtenen Verfügung erwähnten "Werbestopp-Kleber" sowie das "Zapping" zur Vermeidung von Fernsehwerbung und die Gegenstrategien der Werbebranche in Form von *product placement* bzw. *sponsoring*). Die Befragung der Werbeauftraggeber hat nach den Auswertungen der Vorinstanz ergeben, dass am ehesten eine Substituierbarkeit zu überregionalen Titeln, insbesondere zum "Blick" oder "Berner Bär" bestehe. Die Werbeauftraggeber sind jedoch der Auffassung, dass "20 Minuten" innerhalb der Presselandschaft ein neues, eigenständiges Produkt darstellt (Ziff. 64 der angefochtenen Verfügung).

7.2.3. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass "20 Minuten" im Lesermarkt nur dann in einem Wettbewerbsverhältnis zu den einschlägigen Regionalzeitungen (wie "BZ", "Bund", "Bieler Tagblatt", "Mittellandzeitung" etc.) stünde, wenn "20 Minuten" dieselben spezifischen Informations- und Unterhaltungsbedürfnisse ihrer Leser im Verbreitungsgebiet bedienen würde. Diese Frage hat die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis insofern widersprüchlich behandelt, als sie beim Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund (RPW 2004/2, S. 484 ff., insbes. Ziff. 88, 92, 137) Gratiszeitungen wie "20 Minuten" *nicht* zum sachrelevanten Markt der regionalen Tageszeitungen gezählt hat, jedoch in der angefochtenen Verfügung ohne weitere Begründung auf diese Einschätzung zurückkommt und die Frage im Ergebnis offen lässt.

Zwar ist der Wettbewerbskommission zuzustimmen, dass "20 Minuten" mit dem Anspruch auftritt, eine "Tageszeitung" zu sein. Trotzdem anerkennt die Vorinstanz, dass "20 Minuten" den Ansprüchen des "typischen Zeitungslesers", welcher in der Regel sowohl internationale, nationale, regionale und lokale tagesaktuelle Informationen nachfragt, nicht gerecht wird (vgl. Ziff. 65 der angefochtenen Verfügung). Denn wie die Vorinstanz gestützt auf die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Doppelleserstudie zutreffend festhält, charakterisieren sich Pendlerzeitungen durch eine schlagzeilenartige Informationsvermittlung mit weit gehendem Verzicht auf Analyse und Hintergrundberichterstattung, weshalb sie in der Regel das Informationsbedürfnis des Lesers einer herkömmlichen Tageszeitung nicht vollständig zu befriedigen vermögen. Das erklärt auch dessen Bereitschaft, für die *ergänzend* zu "20 Minuten" gele-

sene(n) Tageszeitung(en) einen Kaufpreis zu bezahlen (vgl. Ziff. 65 der angefochtenen Verfügung).

Das Nachfrageverhalten von Lesern kann sehr unterschiedlich sein, je nachdem, ob Zeitungen vorzugsweise im Einzelverkauf oder im Abonnement bezogen werden. Während sich der Leser bei Abonnementzeitungen für längere Zeit für eine bestimmte Zeitung entscheidet (und sich damit an diese Zeitung bindet), fällt er beim Einzelverkauf seine Kaufentscheidung von Mal zu Mal. Daher müssten sich bei Einzelverkaufszeitungen die Nachfragereaktionen unmittelbar nach dem Markteintritt (annähernd für gleichwertig erachteter) Gratistageszeitungen in Form von Rückgängen in den Verkaufszahlen bemerkbar machen, während es bei Abonnementszeitungen längerfristiger Beobachtungen bedarf. Dass gegenwärtig direkt kausalverursachte negative Auswirkungen auf die Verkaufszahlen (d.h. auf den Kiosk- bzw. Abonnementsverkauf) der regionalbernerischen Tageszeitungen nachgewiesen wären, welche eine Substituierbarkeit indizieren würden, macht selbst die Vorinstanz nicht geltend (vgl. Ziff. 60 f. der angefochtenen Verfügung). Mit Recht merkt Prof. BLUM in diesem Zusammenhang aus medienwissenschaftlicher Sicht an, dass ein allfälliger Verzicht auf Regionalzeitungen angesichts der anderen verfügbaren Medien nicht zwingend auf Pendlerzeitungen zurückgeführt werden könnte (a.a.O., S. 9). Die vielfältigen Einflussfaktoren auf die Nutzungsgewohnheiten der Medienrezipienten erlauben keine monokausalen Erklärungen.

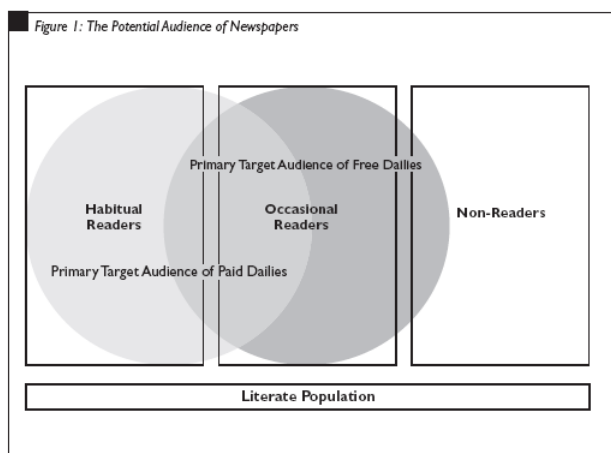
Somit sprechen entgegen der Auffassung der Vorinstanz bereits die Erscheinungsweise, die Unterschiede bei der Breite und Tiefe der Berichterstattung, bei der Art der Darstellung und bei den gewählten Nachrichten- und Berichtschwerpunkten wie auch der fehlende signifikante Rückgang bei den Abonnements- oder Einzelverkäufen der regionalen Tageszeitungen im örtlich als relevant bezeichneten Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern dafür, "20 Minuten" nicht in denselben sachlichen Markt wie entgeltliche Regionaltageszeitungen einzuordnen. Die Annahme der Wettbewerbskommission, die Substitutionswirkung von "20 Minuten" beim Einzelverkauf auf Abonnemente von Tageszeitungen werde im Laufe der Zeit zunehmen (Ziff. 60, 62 der angefochtenen Verfügung) hat sich auch in den folgenden Jahren 2003 bis 2005 nicht bestätigt (vgl. im Internet unter: www.wemf.ch).

Für eine Zuordnung zu einem separaten Pendlerzeitungsmarkt spricht insbesondere auch die von den Parteien anerkannte Tatsache, dass "20 Minuten" wegen der Unentgeltlichkeit und ihrer attraktiven redaktionellen Gestaltung als zielgruppengerichteter Werbeträger einen *neuen* Markt erfolgreich "erobern" konnte, indem sie neben den pendelnden "Gewohnheitslesern", welche "20 Minuten" lediglich ergänzend zum eigenen "Leibblatt" lesen (oder durchblättern/überfliegen), insbesondere vorab junge "Gelegenheitsleser" (bisherige "Nicht"- oder "Wenig"-Leser) gewonnen hat, was auch die Vorinstanz grundsätzlich anerkennt (Ziff. 86 der angefochtenen

Verfügung). Damit konnte mit "20 Minuten" das für viele Zeitungen auf zahlreichen Zeitungsmärkten der Welt bestehende Problem gelöst werden, trotz der Anziehungskraft elektronischer Medien *junge* Leser zu gewinnen (vgl. DRIENDL, a.a.O., S. 74). Die Mach-Basic-Analysen zeigen, dass die Leserschaft von Gratistageszeitungen zu einem sehr erheblichen Teil jünger ist als die entgeltlicher Tageszeitungen (für 2003: Leserstruktur: 14-29 Jahre 43,9%).

Zum Phänomen der Gratistageszeitungen hält PICARD (a.a.O., S. 168 f.) treffend fest:

"If one considers the audience of free dailies, one finds that the target audience differs from that of paid dailies. The potential audience of newspapers includes the literate population in a market but there are three important subgroups of that potential audience (Figure 1). First, there are habitual readers. These are the core readers who regularly read newspapers and wish a regular flow of information to understand the world around them and to make decisions. Second, there are occasional readers who want information and diversion but are less committed to devoting time or money to newspapers. Finally, there are those who can read but don't. They have never acquired the habit and believe that newspapers are not interesting enough to spend time or money on.



Paid dailies have traditionally targeted habitual readers as their primary market and then sought to pick up more circulation among less committed or occasional readers. Free dailies are primarily targeting the occasional reader and some habitual and non-readers. To attract these readers, free dailies create an editorial profile based on short stories designed for quick reading. They rely on news agencies for the bulk of their content and seek only to provide an overview of national and international news. They typically place heavy emphasis on local entertainment, television, and sports. Locally produced articles are highly limited and tend not to focus on public life."

Diese treffenden Darlegungen, welche auch vom medienwissenschaftlichen Kurzgutachten BLUM (a.a.O., S. 6 ff.) sowie vom Gutachten GROSSENBACHER

(a.a.O., S. 7) bestätigt werden, machen mit Blick auf die hier zur Diskussion stehenden leserseitigen Marktverhältnisse zweierlei deutlich:

"*Gewohnheitsleser*" - als die primäre, dem Schriftmedium zuneigende Zielgruppe von Kaufzeitungen (Abonnements- und Einzelverkauf) - werden "20 Minuten" solange nicht für substituierbar erachten, als sie weiterhin für ihre Regionalzeitung bezahlen und durch ihr Verhalten als Doppelleser zeigen, dass ihnen der Kauf ihres "Leibblattes" den Preis wert ist, weshalb sie "20 Minuten" eben "nur" ergänzend lesen (vgl. HOFFET/HOEHN, a.a.O., S. 244).

"*Nicht*"- oder "*Wenig*"-Leser, welche durch "20 Minuten" neu gewonnen werden konnten, werden diese Pendlerzeitung jedenfalls solange nicht als austauschbar mit Regionaltageszeitungen (wie z.B. "Berner Zeitung" oder "Der Bund") erachten, als sie ihre Informations- und Unterhaltungsbedürfnisse bereits mit der Lektüre der Pendlerzeitung hinreichend befriedigt sehen und somit auch keinen Anreiz haben, neben dem *gratis* abgegebenen Informations- und Unterhaltungsangebot für ein zusätzliches Zeitungsangebot zu bezahlen, das ihre Bedürfnisse "im Übermass" bedienen würde.

Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass "20 Minuten" (als Einheit betrachtet) hinsichtlich der von der Vorinstanz untersuchten Regionalzeitungen im Verhältnis der *Komplementarität* und nicht der Konkurrenz steht (vgl. MAAG, a.a.O., S. 127). Erhebliche Indizien, welche in eine andere Richtung wiesen, liegen jedenfalls auch nach dem gegenwärtigen Stand der Marktentwicklung nicht vor und werden jedenfalls von der Vorinstanz auch nicht überzeugend hergeleitet:

Weshalb, wie die Vorinstanz meint, die von ihr ermittelten Ergebnisse "eher gegen" die Abgrenzung eines Lesermarktes für Pendlerzeitungen sprechen, legt sie in Ziffer 65 der angefochtenen Verfügung nicht näher dar. Im Gegenteil: zahlreiche Antworten von Werbeauftraggebern sprechen klar für die Annahme eines gesonderten Pendlerzeitungsmarktes, zumal jene "20 Minuten" innerhalb der Presselandschaft als ein neues und eigenständiges "Produkt" bezeichnen (vgl. Ziff. 64 der angefochtenen Verfügung). Auch dies unterstützt die Sichtweise der Beschwerdeführerinnen, welche mehr Plausibilität für sich beanspruchen kann, als die Auffassung der Vorinstanz, welche - wie vorstehend dargelegt - das Wesen von Gratistageszeitungen und deren Markteinbettung ungenügend erfasst hat.

7.2.4. Dass ausserdem die *Boulevardzeitung* "Blick" zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei, wie die Beschwerdeführerinnen anzudeuten scheinen (vgl. Ziff. 104 der Beschwerde), weil zahlreiche Werbeauftraggeber dessen Substituierbarkeit mit "20 Minuten" bejahen (vgl. Ziff. 64 der angefochtenen Verfügung), lehnt die Vorinstanz entschieden ab, obschon sie dem "Blick" eine "relativ hohe Reichweite" sowie einen (wenn auch geringen) "Konkurrenzdruck" auf dem Lesermarkt attestiert. Für die Marktförderung des Blicks spreche laut Vorinstanz dessen überwiegend

nationale Ausrichtung sowie die beschränkte regionale und lokale Berichterstattung über den "Grossraum Bern" (vgl. Ziff. 65, 110, 132 der angefochtenen Verfügung sowie Ziff. 62 der Vernehmlassung).

Wie in Erwägung 7.2.3 erwähnt wurde, kann das Nachfrageverhalten von Lesern sehr unterschiedlich sein, je nachdem ob die Zeitung im Abonnement oder im Einzelverkauf bezogen wird. Insbesondere beim Einzelverkauf müssten sich die Nachfragereaktionen unmittelbar nach dem Markteintritt (annähernd für gleichwertig erachteter) Gratistageszeitungen durch rückgängige Verkaufszahlen bemerkbar machen. Im vorliegenden Fall wird "Blick" hauptsächlich über den Einzelverkauf vertrieben. Infolgedessen liesse nur ein signifikanter Einzelverkaufsrückgang im örtlich relevanten Pendlereinzugsgebiet allfällige Substituierbarkeitsbeziehungen zu "20 Minuten" als plausibel erscheinen, wobei einschränkend einzuräumen ist, dass selbst ein solcher Kaufrückgang durch andere Faktoren (als der Markteintritt von "20 Minuten") verursacht sein könnte, wie beispielsweise durch die zunehmende Neigung vieler Rezipienten, auf "**Gratisinformationen**" zu greifen (wie beispielsweise Zeitungslesen im Café etc., Lesen von Online-Zeitungsausgaben, Hinwendung zu "gratis" verfügbaren Medien, wie Internetforen, TV, Radio etc. vgl. zur "Nutzungsintensität": E. 7.1.1; vgl. zum zunehmenden Konsum von Gratisinformationen: WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 29).

Ein solcher Zusammenhang, der eine Substituierbarkeit des "Blicks" mit "20 Minuten" nahe legen würde, lässt sich aufgrund der vorliegenden Akten und den der Rekurskommission verfügbaren Unterlagen nicht belegen (wonach selbst die Ringier AG leserseitige Substitutionsbeziehungen zwischen "Blick" und "20 Minuten" verneint).

7.2.5. Die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich der Meinung, "20 Minuten" sei mit "gedrucktem Fernsehen" vergleichbar und stehe darum dem Informationsangebot des **Internets** wesentlich näher als demjenigen von Regionalzeitungen. Wegen des bevorstehenden Durchbruchs des Internetzugangs über das Handy könne die "zeitliche Disponibilität" von Zeitungen nicht mehr gegen den Einbezug des Internets in einen Informationsmarkt ins Feld geführt werden.

Zu Recht verschliesst sich die Vorinstanz nicht der Diskussion eines "Informationsmarktes", sondern wägt sorgfältig die Argumente ab, die für oder gegen die Annahme eines solchen sprechen (Ziff. 66, 112 ff. der angefochtenen Verfügung, Ziff. 63 f. der Vernehmlassung). Dieses Vorgehen ist angemessen, nachdem insbesondere das Internet den Kommunikationssektor innerhalb weniger Jahre umwälzend revolutioniert und eine kommunikationstechnische Entwicklung in Gang gesetzt hat, die noch lange nicht abgeschlossen ist und die Konsumgewohnheiten vieler Mediennutzer nachhaltig beeinflusst hat und dies weiterhin auch tun wird (vgl. zum Konvergenzphänomen die in E. 6.1.1 zitierte Literatur).

Die dynamische Entwicklung des Medienbereichs ist mit einem zurzeit schwer abschätzbaren Wandel der

Konsumgewohnheiten der Medienbenutzer verbunden. Deswegen wird neuerdings für "Mediennutzermärkte" **rezipientenseitig** der Verzicht auf eine Auscheidung von Lesermärkten befürwortet und ein Zeitungen, Radio, Fernsehen und Internet umfassender "**Informationsmarkt**" postuliert (vgl. WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 18 ff.). Begründet wird eine solche Ausdehnung des sachrelevanten Marktes mit dem Argument, Informationsangebote anderer Medien würden zunehmend als Alternativen zu Tageszeitungen erachtet, wobei insbesondere die Internetnutzung (infolge starker Zunahme von Computeranschlüssen zu Hause und dank der Möglichkeit, Onlineinformationen mobil oder über **hotspots** überall abzurufen) stark zugenommen habe. Gerade die Internetnutzungsmöglichkeiten schmälerten die Bedeutung der "zeitlichen Disponibilität" von Zeitungen erheblich. In den konvergierenden Medienmärkten könnten über verschiedene Informationskanäle dieselben Informationen abgerufen werden, weshalb sich die Informationskanäle technologieunabhängig näher kämen und so in verstärkter Masse austauschbar seien. Zudem verringere sich der Kreis derjenigen Leser immer mehr, für welche die journalistisch aufwändig recherchierte Hintergrundberichterstattung grosse Bedeutung habe (vgl. WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 18 ff.).

Es ist den Befürwortern der Abgrenzung eines Informationsmarktes zuzugestehen, dass ein solches Vorgehen aus rechtsdogmatischer Sicht den Vorteil hätte, in Bezug auf die vom Informationsmarkt erfassten Medien die heikle und zu unaufhörlichen Diskussionen Anlass bietende Unterscheidung von Markt- und Substitutionswettbewerb (vgl. E. 6.3.4) aufzugeben. Dennoch ist entgegen dieser Sicht - und trotz der laufenden technologischen Umwälzungen und der neuen Kommunikations- und Informationsbeschaffungsmöglichkeiten über Handy und Internet - mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die einzelnen Medien wesentlich unterscheiden, und zwar hinsichtlich der Inhaltstiefe, der Rezeption, der Nutzungsweise und der unterschiedlichen soziokulturellen Einbindung in den Ablauf der Arbeitsbeziehungsweise Freizeit. Dies spricht deshalb nach dem anwendbaren Bedarfsmarktkonzept (vgl. E. 6.3.3) dagegen, eine allgemeine Austauschbarkeit der in Frage stehenden Medien anzunehmen. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass für (redaktionelle) **Teilinhalte** dieser Medien durchaus direkte Substitutionsbeziehungen bestehen können, was von den konkreten Gewohnheiten und Ansprüchen der nachfragenden Medienrezipienten abhängt (vgl. MAAG, a.a.O., S. 112 ff., sowie S. 196; AMANN, a.a.O., S. 133, der die bei Zeitungen praxisgemäss unterstellte Nachfrage nach einem "Komplettangebot" für einen "Denkfehler" hält).

Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass die typischen Eigenschaften - wie "Schnelligkeit des Begleitmediums/Wortmediums **Radio**, die Attraktivität und Anschaulichkeit des Bildmediums **Fernsehen**, die zeitliche Disponibilität und Möglichkeit der Ausführlichkeit und Kommentierung des Schriftmediums **Zeitung** - die Stärke und Besonderheit dieser drei Me-

dien ausmachen, so dass diese bei den gegenwärtig vorherrschenden Rezeptionskompetenzen und Konsumgewohnheiten generalisierend betrachtet (noch) als **komplementäre** Güter anzusehen sind (vgl. Ziff. 112 ff. der angefochtenen Verfügung; Ziff. 64 ff. der Vernehmlassung).

Ob allerdings dieser Schluss auch wegen des parallelen Wachstums ("Reichweitzunahme") von "20 Minuten" sowie des Fernsehens und vorab von Radio SRG indiziert sein könnte, wie die Vorinstanz vermutet (Ziff. 113 f. der angefochtenen Verfügung), ist fraglich, zumal "20 Minuten" von seinem Verteilungskonzept als Pendlerzeitung vorab als "Zeitüberbrücker" beim Warten oder Reisen gelesen wird und es selbst bei hoher effektiver Lesedauer nicht plausibel wäre, inwiefern diese Nutzungsdauer effektiv auf Kosten der Nutzungszeit anderer Medien (wie Kaufzeitung, Internet, Fernsehen, welche zu unterschiedlichen Zeiten genutzt werden) gehen müsste. Viele Indizien sprechen eher dafür, dass "20 Minuten" in vielen Fällen die tägliche Nutzungszeit für Medien eher erweitert haben dürfte. Angesichts des spezifischen "Konsums" von "20 Minuten" beim Pendeln, was zu einer eher beiläufigen Rezeption (in eben "20 Minuten") führen dürfte, merkt PICARD (a.a.O., S. 168) zu Pendlerzeitungen an:

"First, they help a large number of people fill time while commuting to work and other activities. Second, they answer audience needs for basic information about what is happening in the world around them. Free dailies are also doing so without costing their readers anything but time, a generally wasted resource while sitting in underground cars and in trams and busses."

Zudem bedeutet ein allfälliges rein quantitatives Wachstum von "20 Minuten" einzig Auflagenwachstum. Das bedeutet nur, dass noch mehr Exemplare gedruckt, gratis verteilt werden und auf der Strasse, im Müll oder im Altpapier landen, ohne dass hier die Leser über die Bezahlung eines Kaufpreises ihre Präferenzen signalisieren könnten, was eine entsprechende minimale Rezipientenaufmerksamkeit erwarten liesse. Die werbepsychologisch entscheidende Frage der werbewirksamen Nutzungsdauer von "20 Minuten" (20' oder weniger/mehr?) bleibt auch bei einer auflagebedingten Steigerung der Leserreichweite offen.

Die festgestellte Komplementarität von Zeitungen, Radio und Fernsehen trifft in Bezug auf das **Internet** nur beschränkt zu, zumal es - je nach den Bedürfnissen und Gewohnheiten der Nutzer - in starken Substitutionsbeziehungen zu den drei Medien stehen kann und den publizistischen Wettbewerb in bisher unbekanntem Ausmass belebt hat. Doch dürfte mit Blick auf die massgebliche Nachfrageperspektive der Leser von "20 Minuten" (vgl. E. 7.2.1 ff.) und deren Lesegewohnheiten beim frühmorgendlichen Pendeln die "zeitliche Disponibilität" von entscheidender Bedeutung sein, wie die Vorinstanz überzeugend erklärt (vgl. Ziff. 64 der Vernehmlassung). Selbst der allfällige Internetzugang über das Handy vermag die "zeitliche Disponibilität" von "20 Minuten" kaum aufzuwiegen,

zumal die Displayqualität für die Lektüre wie auch die entsprechenden Verbindungskosten ins Internet als gewichtige substitutionshemmende Faktoren anzusehen sind.

Demzufolge wird die vorinstanzliche Argumentation den Realitäten besser gerecht, weshalb hier kein Informationsmarkt, der alle Medien (Printmedien, Internet, Fernsehen, Radio) umfassen würde, anzunehmen ist. Auch die von den Beschwerdeführerinnen alternativ vorgeschlagene Austauschbarkeit von "20 Minuten" mit Radio-Regionaljournalen vermag im Sinne der Erwägungen der Vorinstanz nicht zu überzeugen (vgl. Ziff. 67 der Vernehmlassung).

7.2.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Standpunkt der Beschwerdeführerinnen, "20 Minuten" leserseitig einem eigenen Pendlerzeitungsmarkt zuzuordnen, den Marktgegebenheiten im Lichte des hier zu verfolgenden Partialmarktkonzeptes (vgl. E. 6.3.3. a. E.) am besten gerecht wird.

7.3. Der **räumlich** relevante Markt umfasst dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, vgl. E. 6.3.5). In räumlicher Hinsicht grenzt die Vorinstanz den relevanten Markt bei Presseprodukten praxisgemäss "nach Massgabe des Verbreitungsgebietes der fraglichen Titel" ab (vgl. Ziff. 70, 75 ff. der angefochtenen Verfügung, mit Hinweisen auf die Praxis; zustimmend: MAAG, a.a.O., S. 129 ff., 138 f.; DRIENDL, a.a.O., S. 78; kritisch: AMANN, a.a.O., S. 104 ff., 109).

Die Beschwerdeführerinnen stellen "20 Minuten" zutreffend als nationalen Titel dar, der in (heute sechs) Regionalausgaben verteilt wird (vgl. Ziff. 26 der Beschwerde). Sie bestreiten indes die von der Vorinstanz vorgenommene räumliche Abgrenzung (Agglomeration und Pendlereinzugsgebiet der Stadt Bern, Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland) nicht, wozu auch kein Anlass besteht. Im "Tarif 2006/20 Minuten Bern" wird das Verbreitungsgebiet der Regionalausgabe Bern grafisch wie folgt umrissen (publiziert im Internet unter: http://www.20min.ch/intern/mediadaten/Lokal-Tarif06_BE.pdf):



8. Als *werbeseitig* relevanten Markt erachtet die Vorinstanz den Raum für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen und Anzeigern in den WEMF-Wirtschaftsgebieten 22 (Berner Oberland), 32 (Solothurn), 33 (Berner Seeland) und 34 (Berner Mittelland; vgl. Ziff. 71 ff. der angefochtenen Verfügung). Nach Auffassung der Vorinstanz fragten lokale, regionale sowie ausserregionale Inserenten (mit regionalen Zielgruppenstrategien) Raum für kommerzielle Werbung und Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate) in lokal oder regional möglichst weit verbreiteten, streuverlustarmen Medien nach; dafür eigneten sich regionale Tageszeitungen, lokale und regionale Anzeiger/Gratisanzeiger, Lokalradios/-fernsehen, Direktwerbung, Plakatwerbung sowie Anzeigen bei Grossverteilern. Diese Werbekanäle ergänzten sich und konkurrierten grundsätzlich gleichzeitig. Je nach Werbestrategie (bzw. den zu bewerbenden Gütern) stünden auf lokalen und regionalen Werbemärkten regionale Tageszeitungen in unterschiedlicher Masse mit Anzeigern im Wettbewerb. Der räumliche Markt für lokale und regionale Anzeigen in Zeitungen und Anzeigern umfasse grundsätzlich das Verbreitungsgebiet der vom Zusammenschluss betroffenen Printmedien. Die Pendlerzeitung "20 Minuten" erreiche im WG 34 (Berner Mittelland) über die Hälfte ihrer Leser, weshalb zumindest dort die lokale ("kleinregionale") Werbung und die damit zusammenhängenden Wettbewerbsverhältnisse bedeutsam seien. Angesichts der engen Marktabgrenzung seien allenfalls disziplinierende Einflüsse alternativer Werbeträger "unter dem Aspekt der aktuellen Konkurrenz" zu berücksichtigen und "eher grösser zu gewichten als bei Tageszeitungen", zumal Werbevolumina von Anzeigern, Jugendzeitschriften, Veranstaltungskalendern, Kinos, Kinozeitschriften, Privat- und Jugendladios zu "20 Minuten" abgewandert seien.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, der räumlich relevante Markt werde in den Ziffern 143, 148 f., 178 und 189 der angefochtenen Verfügung begrifflich unscharf umschrieben, weshalb nicht klar sei, ob die Vorinstanz die wettbewerbsrechtliche Problematik auf dem nationalen *oder* einem (freilich unklar umrissenen) "regionalen" Werbemarkt ansiedle. Erachte die Vorinstanz den Beteiligungserwerb in Bezug auf den nationalen Werbemarkt als problematisch, so ginge sie von einer falschen Prämisse aus, da sie in fester Praxis die zunehmende werbeseitige Substituierbarkeit von Regionalzeitungen durch nationale Titel anerkenne. Fälschlicherweise habe die Vorinstanz ihre Erhebungen nicht auf die zunehmende, die Espace Media Groupe stark bedrohende Ablösung von räumlichen Verteilkonzepten durch Zielgruppenstrategien ausgedehnt. Dennoch zeigten die Akten die Fehlerhaftigkeit der vorinstanzlichen Grundthese, wonach eine nationale Werbekampagne die Abdeckung mindestens aller grösseren städtischen Zentren erfordere. Denn nationale Kampagnen liessen sich angesichts der vermehrt angestrebten Zielgruppenstrategien auch ohne die Regionaltitel der Espace Media Groupe realisieren, weshalb ein regionaler Verlag in neue Produkte diversifizieren müsse, um im

Wettbewerb mit den Grossverlagen aus Zürich "nicht bagatellisiert" zu werden. Schliesslich sind die Beschwerdeführerinnen der Meinung, "20 Minuten" sei als grossagglomerat verteilter Titel kein regionaler Werbeträger. Der typische lokale oder regionale Werbeauftraggeber sei an einer grossagglomerat konzipierten Kommunikation nicht interessiert und belege, um Streuverluste zu vermeiden, "typischerweise" nicht die Gesamtausgabe der "Berner Zeitung", sondern einen Regionaltitel (Berner Oberländer, Thuner Tagblatt, Regionalausgabe Bern, Regionalausgabe Emmental, Regionalausgabe Oberaargau, Solothurner Tagblatt). Deshalb gehöre lokale und kleinlokale Werbung nicht zum relevanten Markt. Auch der Gutachter GROSSENBACHER erachte die Annahme eines homogenen regionalen Werbemarktes im örtlich abgegrenzten Raum für problematisch, nachdem die Werberäume von den Einzugsgebieten der werbetreibenden Unternehmen abhingen. Schliesslich kritisieren die Beschwerdeführerinnen die Umfragen der Vorinstanz bei "Werbetreibenden" als mangelhaft und halten die Umfrageergebnisse für unbrauchbar, um eine auf Printmedien eingeschränkte werbeseitige Abgrenzung des Sachmarktes zu erlauben. Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen verkenne die Vorinstanz die starken Substitutionsbeziehungen zwischen "20 Minuten" und Werbeträgern wie Internet, Direkt- und Aussenwerbung (insbes. Plakat).

8.1. Während im regionalbernischen Pendlerzeitungsmarkt ("Lesermarkt") die Interessen und Bedürfnisse der dort ansässigen Leser von "20 Minuten" für die Wettbewerbsverhältnisse ausschlaggebend sind (vgl. E. 7.2 f.), hängen diese im Anzeigenmarkt von den Bedürfnissen der Inserenten und der Eigenschaft der einzelnen Werbeträger für die werbestrategisch beabsichtigte Werbung ab.

Dass unter den vielen kommerziellen Media (inkl. Gratis[tages]zeitungen) Wettbewerbsbeziehungen bestehen können, versteht sich von selbst, da der Werbemarkt der Werbeträger immer *entgeltlich* angeboten wird und diese daher immer im Preis- und Qualitätswettbewerb stehen können, sofern sie im Einzelfall von den Inserenten als substituierbar erachtet werden. Unbestritten ist, dass sich die verschiedenen Anbieter von Werbeträgern einen heftigen Kampf um Stücke aus dem Werbekuchen liefern und seit dem Erscheinen von "20 Minuten" Werbevolumina aus Jugendzeitschriften, Szeneheften oder Privatbeziehungsweise Lokalradios oder Privatfernsehen und Internet zu dieser Pendlerzeitung abgewandert sind (vgl. Ziff. 64, 74 der angefochtenen Verfügung), was auch das besondere Interesse der Beschwerdeführerinnen an "20 Minuten" erklärt.

Bei der hier vorzunehmenden *werbeseitigen* Bestimmung des sachrelevanten Marktes und der sich daraus ergebenden Analyse der Wettbewerbsbeziehungen ist gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept (vgl. E. 6.3.3) zu prüfen, welche *Medien* aus Sicht der *Werbetreibenden* (private Inserenten oder von ihnen beauftragte Werbeagenturen) mit "20 Minuten" substituierbar sind (E. 8.1.1 ff.), und danach dieser Sachmarkt

örtlich einzugrenzen (E. 8.4). Nur so lassen sich die herrschenden Wettbewerbsverhältnisse (bzw. allenfalls deren "Intensitäten") unter den in Frage kommenden Media-Anbietern erkennen.

8.1.1. Die Vorinstanz anerkennt zu Recht, dass im vorliegenden Fall unzählige lokale, regionale wie auch ausserregionale Werbetreibende als Marktgegenseite in Frage kommen, deren unterschiedlichen Nachfragebedürfnisse sich auf "Raum für kommerzielle Werbung und Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate)" in lokal oder regional weit verbreiteten, aber streuverlustarmen Medien richten (vgl. Ziff. 71, 167 der angefochtenen Verfügung), welche ebenfalls das Internet umfassen (was die Vorinstanz in Ziff. 72 der angefochtenen Verfügung zu übersehen scheint).

Bei kommerziell nachgefragtem Werberaum ist es regelmässig so, dass Werbetreibende (bzw. deren Agenturen) **Marketingkonzepten** folgen und für die beabsichtigte Firmenwerbung (in Form von Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) gestützt auf einen Mediastreuplan eine **Inter- oder Intra-Mediaselektion** (mit entsprechender Aufteilung des Werbebudgets) vornehmen, um mit einer optimalen Auswahl der Werbeträger eine maximale Wirkung erzielen zu können (gemäss dem allgemein anerkannten Wirkungsmodell, das als sog. AIDA-Regel die werbepsychologischen Teilziele der Verhaltensbeeinflussung aufzeigt: attention-interest-desire-action [= Aufmerksamkeit/Informationsaufnahme - Motivation zum Kauf - Kauf], vgl. dazu: MARIUS DANNENBERG/FRANK WILDSCHÜTZ/STEFANIE MERKEL, Handbuch Werbeplanung - Medienübergreifende Werbung effizient planen, umsetzen und messen, Stuttgart 2003, S. 9 ff.; kritisch: JÜRGEN LÜRSSEN, AIDA - reif für das Museum?, publiziert im Internet unter: www.absatzwirtschaft.de). Daher werden in der Mediaplanung, um Streuverluste zu vermeiden, grundsätzlich nur zielgruppenspezifische Werbeträger ausgewählt, wobei die umworbenen **Zielgruppen** - je nach Werbestrategie - nach räumlichen, soziodemografischen (z.B. Alter, Geschlecht, Bildung, Kaufkraft), konsumorientierten (z.B. Erstkäufer, Intensivverwender), psychologischen (Innovationsfreude, Sicherheitsorientierung) und/oder medienorientierten (Nutzer nur bestimmter Medien) Merkmalen bestimmt sein können.

8.1.2. Weil die Nachfrage nach Werberaum unzählige Facetten mit vielen Ähnlichkeiten aufweist, wird spiegelbildlich zum rezipientenseitig postulierten "Informationsmarkt" ("Mediennutzermarkt"), der Zeitungen, Radio, Fernsehen und Internet einschliessen müsse (vgl. E. 7.2.5), auch **werbeseitig** gefordert, dass der sachrelevante "Werbemarkt" Zeitungen, Radio, Fernsehen, Internet, Direkt- und Plakatwerbung umfassen sollte (WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 3, 14 ff., 33, mit Hinweis auf HOFFET/HOEHN, a.a.O., S. 240). Begründet wird diese Ansicht mit dem Argument, in Werbekampagnen erfolge ein zeitlich und örtlich abgestimmter Einsatz von Plakat-, Zeitungs-, Radio-, Fernseh- und eventuell Printwerbung (sog. **Media-**

mix), weshalb sich diese Werbeträger aus Sicht der Marktgegenseite ergänzend einsetzen liessen, sich aber auch direkt konkurrenzieren (WEBER-STECHER, a.a.O., Rz. 33, mit Hinweis auf HOFFET/HOEHN, a.a.O., S. 240).

Die Vorinstanz lehnt diese Sichtweise mit dem Hinweis ab, dass selbst Werbeträger, die sie vorläufig zu einem sachrelevanten Markt zusammengefasst habe, "unterschiedlich starke beziehungsweise schwache Substitutionsbeziehungen" aufweisen würden, weshalb sie in konstanter Praxis die "Substitutionsbeziehungen zu anderen Werbeträgern und deren Wirkung auf die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der aktuellen Konkurrenz" würdige (vgl. Ziff. 74 und 156 der angefochtenen Verfügung).

Die Forderung nach einem umfassend zu verstehenden "Medienwerbemarkt" ist verständlich, nachdem selbst die Vorinstanz in fester Praxis die paradox formulierte Auffassung vertritt, dass sich die Werbekanäle (wie Regionalzeitungen, lokale und regionale Anzeiger/Gratisanzeiger, Lokalradios/-fernsehen, Direktwerbung, Plakatwerbung sowie Anzeigen bei Grossverteilern) "grundsätzlich gleichzeitig" ergänzen **und** konkurrieren (vgl. Ziff. 72 der angefochtenen Verfügung mit Hinweis auf den praxisbestimmenden Fall "Publicitas-Gasser-Tschudi Druck", RPW 1997/2, S. 191, Ziff. 84). In diesem Zusammenhang mag das Vorgehen der Vorinstanz verwirren, in Ziffer 74 der angefochtenen Verfügung eine Sachmarkt-Abgrenzung durchzuführen, ohne allfällige Substitutionsbeziehungen zu diskutieren (vgl. nachfolgend E. 8.1.4 f.) und die gegebenenfalls vorhandenen "disziplinierenden Einflüsse" der für markt**fremd** erachteten Werbeträger (vgl. Ziff. 74 der angefochtenen Verfügung, vgl. E. 6.3.4) als "Substitutionsbeziehungen zu anderen Werbeträgern" zu bezeichnen, welche im Rahmen der aktuellen Konkurrenz" zu würdigen seien (vgl. Ziff. 156 der angefochtenen Verfügung). Aus dem Gesamtzusammenhang wird aber erkennbar, dass die Vorinstanz hier nicht den Marktwettbewerb meint, der nachfrageseitige Substituierbarkeit der Media voraussetzen würde. Vielmehr versucht die Vorinstanz, die Wirkungen des "Substitutionswettbewerbs" als "Restwettbewerb" (jenseits des Marktwettbewerbs) zu würdigen (vgl. E. 6.3.4).

Diese verwirrende Sicht- und Vorgehensweise der Vorinstanz erklärt sich leicht, da es einen "einheitlich-homogenen" Werbemarkt weder auf nationaler noch auf regionaler noch auf lokaler Ebene gibt. Vielmehr müssen die unterschiedlichen Werbeträger unterschiedlichste Nachfragebedürfnisse der heterogen zusammengesetzten Inserenten befriedigen, was abhängig ist von der Form und Aussage der Werbebotschaften, der dafür werbepsychologisch geeigneten Media und anvisierten Zielgruppen, die wiederum nach Ort, Alter, Kaufkraft (etc.) ausgewählt sein können.

So lassen sich beispielsweise in gedruckten Medien eine Fülle von Anzeigenarten unterscheiden (vgl. FRANK STAHLER, Ökonomie des Presseverlages, München 1995, S. 108, mit folgender Übersicht):

Abgrenzungskriterium						
	Inhalt	Insertionsgegenstände	Verbreitung	Platzierung	Format	Farbigkeit
Anzeigenart	<ul style="list-style-type: none"> • reine Ankündigungsanzeigen • Repräsentationsanzeigen • reine Werbeanzeigen • Kleinanzeigen 	<ul style="list-style-type: none"> • Einzelhandelsanzeigen • Markenartikelanzeigen • amtliche Anzeigen • Familienanzeigen • Kleinanzeigen • Stellenanzeigen 	<ul style="list-style-type: none"> • lokale Anzeigen • regionale Anzeigen • überregionale Anzeigen 	<ul style="list-style-type: none"> • textanschließende Anzeigen • rubrizierte Anzeigen 	<ul style="list-style-type: none"> • seiten-teilige Anzeigen • Kleinanzeigen 	<ul style="list-style-type: none"> • Schwarzweißanzeigen • Farbanzeigen

Wird neben der Hauptkategorisierung der Anzeigenarten nach Inhalt, Insertionsgegenständen und räumlicher Verbreitung auch danach unterschieden, ob Werbung *informativen* Charakter hat (d.h. sachlich über Preise, Qualitäten etc. informiert) oder "*nicht-informativer*" *Natur* ist, weil sie als so genannte "emotionale" ("suggestive") Werbung vorab affektive Reize bietet, an Gefühle und Einstellungen appelliert, auf Leitbilder und Assoziationen setzt (vgl. DRIENDL, a.a.O., S. 86 f., mit Hinweisen), so liegt es auf der Hand, dass die unterschiedlichen Wahrnehmungsformen der einzelnen Werbeträger sowie deren unterschiedliche Eignung für die verschiedenen Werbearten *werbepsychologisch* einer funktionellen Austauschbarkeit der gedruckten und elektronischen Medien entgegenstehen können (vgl. MAAG, a.a.O., S. 137, insbes. S. 147). Soweit im *werbestrategischen* Einzelfall die spezifischen kommunikationstechnischen Eigenschaften von Presse, Radio, Fernsehen und Internet (vgl. E. 7.2.5) eher für deren *komplementäre* Beziehung untereinander sprechen, würde dies Substituierbarkeit der einzusetzenden Werbeträger und damit *intermedialen* Wettbewerb ausschliessen. Diesfalls käme selbst Substitutionswettbewerb (vgl. E. 6.3.4) nicht in Betracht, wenn die einzelnen Media zur Kommunikation mit den anvisierten Zielgruppen werbepsychologisch nicht als austauschbar erachtet werden könnten.

Diese vielschichtigen Zusammenhänge, welche die Vorinstanz zu Recht auch nicht leugnet, liegen ihrer etwas verkürzt formulierten Erkenntnis zugrunde und führen auch dazu, dass sie in der angefochtenen Verfügung von einer medienübergreifenden Markt-abgrenzung absieht und sich damit begnügt, die "disziplinierende Wirkung" der *nicht* zum sachrelevanten Markt gezählten "alternativen Werbeträger" im Rahmen der "aktuellen Konkurrenz" zu prüfen (vgl. Ziff. 156, 168 der angefochtenen Verfügung).

8.1.3. Diese wenig differenzierte Vorgehensweise ist problematisch, zumal die Vorinstanz damit - ihr durchaus bekannte (vgl. Ziff. 73, 168 der angefochtenen Verfügung) - werbepsychologische Grundeinsichten zur werbeseitigen Nachfrage und zur zielgruppenspezifischen Werbeeignung der einzelnen Media ohne hinreichenden Grund aus ihren Überlegungen zur Sachmarkt-abgrenzung ausblendet (im "Fragebo-

gen für Werbetreibende" vom 14.11.2003 wird in Frage 4 noch zutreffend nach den Werbearten ["Rubrikanzeigen", "kommerzielle Werbung"] gefragt, diese Unterscheidung in der Folge aber nicht mehr weiterverfolgt). In diesem Zusammenhang wird im Gutachten GROSSENBACHER die unscharfe und verwirrende Begriffsverwendung der Vorinstanz zu Recht auch bemängelt (a.a.O., S. 20).

Die Wettbewerbskommission anerkennt, dass "20 Minuten" vorab für Inserenten interessant sei, welche ein "mobiles, junges Werbezielpublikum" ansprechen wollen (vgl. Ziff. 147, 157 der angefochtenen Verfügung). Geht man von dieser Werbezielgruppe aus, könnte - was ohne weiteres einleuchtet - die eine Inserentengruppe (bspw. Private) ihre in "20 Minuten" erscheinenden Rubrikanzeigen (z.B. Stellen, Immobilien) durchaus als substituierbar mit entsprechenden Online-Anzeigen sehen, weshalb neben entsprechenden Printmedien auch das Internet als aktuelle Konkurrenz in die Markt-abgrenzung einzubeziehen wäre, wogegen andere Inserenten (wie Autogaran, Restaurants, Religionsgemeinschaften) ihre in "20 Minuten" erscheinende suggestive "Einzelhandelswerbung" (z.B. in Form von Imagewerbung) oder ideelle Kommunikation (z.B. Bibelsprüche) angesichts der Perzeptionsgewohnheiten der Pendler und der in "20 Minuten" intendierten ganz- oder halbseitigen Erscheinungsweise nur mit Plakaten (im Bereich öffentlicher Verkehrsmittel) oder als "Verkehrsmittelwerbung" (mit Plakatanschlägen in öffentlichen Verkehrsmitteln) substituieren würden. Diese Verhältnisse bestätigen auch die Gespräche, welche die Vorinstanz mit "Vertretern der Medienbranche" geführt hat (vgl. Ziff. 168 der angefochtenen Verfügung, wonach eine Art "Grundaustauschbarkeit" der einzelnen Werbeträger bestehe; vgl. auch die entsprechenden Antworten von "Werbetreibenden").

Gerade wegen dieser Vielfalt von Inserenten (-bedürfnissen) und werbestrategischen Möglichkeiten, Werbung zu betreiben, lässt sich der von der Vorinstanz undifferenziert als "Markt für den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger)" (Ziff. 74 der angefochtenen Verfügung) bezeichnete Sachmarkt nicht als homogene Grösse auffassen. Die Nachfrage nach Werberaum ist bezüglich der Inserenten, der beworbenen Gegen-

stände und der dafür geeigneten, zielgruppenorientierten Art der Werbung allzu heterogen zusammengesetzt, als dass sich dazu allgemeingültige Aussagen über die dort herrschenden Wettbewerbsverhältnisse treffen liessen, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint und ihrer zu engen Marktabgrenzung zugrunde legt.

Sollen nach dem Bedarfsmarktkonzept (vgl. E. 6.3.3) allfällige Substitutionsverhältnisse unter den einzelnen Werbeträgern *werbepsychologisch* realitätsnah erfasst werden, wie die Beschwerdeführerinnen berechtigterweise fordern, so muss dieser angebliche "Markt für den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger)" nach nachfrageseitigen Merkmalen zusätzlich unterteilt werden (gl. M. AMANN, a.a.O., S. 108 f.). Um daher eine überzeugende Austauschbarkeitsanalyse vornehmen zu können, ist eine Marktsegmentierung nach Inserentengruppen mit möglichst ähnlichen Werbebedürfnissen (d.h. vergleichbaren Insertionsgegenständen, Reichweiten- und Zielgruppenvorstellungen) vorzunehmen, welche zudem das konkrete Verhalten der in "20 Minuten" Inserierenden widerspiegelt. Denn letztlich ist hier zu klären, welche werbetechnischen Alternativen den in "20 Minuten" Inserierenden nach einem Vollzug des strittigen Beteiligungserwerbes offen stünden. Erst die Antwort darauf lässt erkennen, zu welchem Beherrschungsgrad des Sachmarktes (bzw. der einzelnen Sachmärkte) ein allfälliger Beteiligungserwerb führen könnte und ob dieser als "wettbewerbsbeseitigend" zu qualifizieren wäre.

Ausgehend von den in der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" *typischerweise erscheinenden* Anzeigenarten "lokaler" (bzw. "regionaler") Inserenten lassen sich grob folgende drei *Werbeteilmärkte* unterscheiden:

- Anzeigenraum für Firmenwerbung (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung, in informativer, suggestiver oder gemischter Form)
- Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen)
- Raum für Ankündigungsanzeigen (Events, Kino etc.)

In diesem Sinne wird auch im "Tarif 2006/20 Minuten Bern" (a.a.O.) nach den Kategorien "Anzeigen" ("Textanschlüsse", "Reklamen", "Spezialplatzierungen") und "Stellen und Rubriken" unterschieden und werden dafür unterschiedliche Preise verlangt beziehungsweise Rabatte gewährt. Das auf diesen Teilmärkten nachgefragte Gut ist die Übermittlung der entsprechenden Werbebotschaft, wobei für die Inserenten vorab die Leser von "20 Minuten" als Zielgruppe sowie die Kosten zur Erreichung dieser Gruppe im Vordergrund stehen. Ohne dass eine detailliertere Spezifizierung der zu bewerbenden Güter sachlich notwendig wäre, lassen sich diese Anzeigen-Teilmärkte durchaus als Märkte für homogene Güter auffassen und den nachfolgenden Überlegungen zur Substituierbarkeit zugrunde legen. Zu beachten ist, dass sich werbepsychologisch die Rubrikanzeigen und die Ankündigungsanzeigen als "Suchanzeigen", cha-

rakterisieren lassen, indem solche Werbebotschaften (Events, Kontakte, Stellen etc.) von den Umworbenen in der Regel aktiv "gesucht" werden, währenddem "kommerzielle Werbung" (in Form von Firmenwerbung [Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung]) den Adressaten gewöhnlich "aufgedrängt" wird (vgl. E. 8.1.1).

8.1.4. Um die unbestrittenermassen komplizierte Vielfalt möglicher Substitutionsverhältnisse zwischen Werbeträgern und "20 Minuten" zu klären, hat die Vorinstanz Umfragen bei "Werbetreibenden" (bzw. Medienagenturen) durchgeführt und mit Fragestellungen, die den SSNIP-Test (vgl. E. 6.3.3) beinhalten, die einzelnen Substitutionsbeziehungen zu bestimmen versucht.

Die Schlüsse, welche die Vorinstanz gestützt auf die Antworten zum "Fragebogen für Werbetreibende" vom 14. November 2003 ziehen will, und als Ergebnis der "Umfrageauswertung" ihren Erwägungen zu den Substitutionsbeziehungen zugrunde legt (vgl. Ziff. 64, 147, 169, 171 der angefochtenen Verfügung), werden von den Beschwerdeführerinnen mit teilweise berechtigten Argumenten in Zweifel gezogen:

Die Vorinstanz stellt nicht in Abrede, dass die Rücklaufquote für die Fragebogen für Werbetreibende vom 14. November 2003 schwach ausgefallen ist (vgl. Ziff. 26 der Vernehmlassung), ist jedoch überzeugt, dass sich dieser Umfrage signifikante Erkenntnisse zur Frage der Substituierbarkeit von "20 Minuten" mit anderen Medien entnehmen lassen.

In diesem Zusammenhang ist zu bemängeln, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, die in der regional-bernerischen Ausgabe von "20 Minuten" erschienenen Inserate mit rein regionalem (oder gar lokalem) Bezug näher zu analysieren, um die entsprechende Inserentenstruktur (und deren Werbebedürfnisse) zu ermitteln und dann *nur* diese Werbetreibenden - als relevante Marktgegenseite - anzufragen, um deren Sicht zu Ausweichmöglichkeiten auf dem örtlich relevanten Zeitungsmarkt (bzw. Werbemedienmarkt) in Erfahrung zu bringen (vgl. Ziff. 108 der Vernehmlassung).

Deswegen sind die (mit Fragebogen vom 5.5.2003 und vom 14.11.2003) eingeholten Auskünfte bei all denjenigen Werbetreibenden (bzw. Medienagenturen), welche bisher (d.h. bis zum Jahre 2002) nie in der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" inseriert hatten, weil sie nicht im "regionalen" Marktraum ansässig sind beziehungsweise nur landesweit (d.h. in allen deutschschweizer Regionalausgaben von "20 Minuten") inserieren oder mangels entsprechender Zielgruppenorientierung nicht in "20 Minuten" inserieren wollen, branchenkundige Meinungsäusserungen, die keine wesentliche Aussagekraft und Signifikanz beanspruchen können.

Inwiefern aber die schwerer wiegende Kritik der Beschwerdeführerinnen zutrifft, wonach die Mehrheit der am 14. November 2003 befragten Werbetreibenden (bzw. deren Agenturen) die Fragen zum SSNIP-Test falsch verstanden und deshalb keine verlässlichen Antworten geliefert hätten (vgl. Ziff. 73 f. der

Beschwerde), lässt sich nicht leicht beantworten, zumal die Fragestellungen nicht so schlecht formuliert waren, dass werbetreibende Unternehmen (oder deren Agenturen) sie hätten missverstehen können. Entsprechend dem Vorschlag der Vorinstanz spricht nichts dagegen, diese Meinungsäußerungen wenigstens als "Hypothesen" gelten zu lassen (Ziff. 40 der Vernehmlassung); mehr als unverbindliche Absichtserklärungen sind sie aber nicht. Indessen ist mit den Beschwerdeführerinnen zu beanstanden, dass die Vorinstanz in ihrer Umfrage nur einen Rubrikenkunden (mit Werbeausgaben von CHF 2'603.- in "20 Minuten" im Jahre 2002) befragt hat, weshalb die Zweifel an der Repräsentativität der Umfrage berechtigt sind (vgl. auch Gutachten GROSSENBACHER, a.a.O., S. 29). Auf die weitere methodologische Kritik der Beschwerdeführerinnen zur Reliabilität und Validität (vgl. Ziff. 77 f. der Beschwerde), welche die Vorinstanz von sich weist (Ziff. 40 der Vernehmlassung), ist hier nicht weiter einzugehen, zumal die Umfrage entscheidende Einsichten zu vermitteln vermag, welche durch werbepsychologische Plausibilitätsüberlegungen bestätigt werden.

8.2. Entgegen der Vorinstanz, die von einem Einbezug aller Printmedien der Espace Media Groupe in die Substituierbarkeitsanalyse auszugehen scheint (Ziff. 42 der Vernehmlassung), ist hier einzig zu klären, welche **Medien** aus Sicht der Werbetreibenden mit "20 Minuten" substituierbar sind (vgl. E. 8.1). Ausgehend von dieser Fragestellung ergibt die Umfrage vom 14. November 2003 - aufgeschlüsselt nach bisherigen Inserenten in "20 Minuten" (= I) und solchen, die es (jedenfalls im Jahre 2002) nicht waren (= Ni) - folgendes Bild:

8.2.1. Bei der strittigen **Frage 6** (betr. die Regionalausgabe Bern von "20 Minuten"), die darauf abzielt zu erfahren, wie die Inserenten bezüglich regionaler Werbung im Raum Bern reagieren würden, wenn "20 Minuten" seine Insertionspreise (Tausendkontaktpreise) um 10 Prozent erhöhen würde (sofern gleichzeitig die anderen Werbeträger die Tausendkontaktpreise

nicht verändern bzw. die Preise nicht inflationsbedingt steigen würden), sieht die Streuung der Antworten wie folgt aus:

	mit dem gleichen Frankenbetrag in "20 Minuten" weiterinserieren (und damit Inkaufnahme reduzierter Werbefläche bei gleich bleibender Periodizität oder umgekehrt)	mit um mindestens 10% verringertem Frankenbetrag in "20 Minuten" weiterinserieren	mit um mindestens 10% erhöhtem Frankenbetrag in "20 Minuten" weiterinserieren
I	act. 248 ¹ , 256, 266, 271, 272, 275, 285, 286 (CHF 537'254.-) ²	act. 249, 257 (CHF 33'876.-)	act. 268 (CHF 2'603.-)
Ni	act. 247, 262, 267, 278 (CHF 0.-)	act. 244, 281 (CHF 0.-)	-

(1) Die Zahlen stehen für die Befragten (aus act. xyz).
 (2) In Klammern ist der Franken-Betrag angegeben, den die jeweilige Inserentengruppe im Jahr 2002 insgesamt in "20 Minuten" für Werbung ausgegeben hat.

8.2.2. Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass die **Anschlussfrage** in 6 zu den Ausweichpräferenzen - falls die Werbeausgaben in "20 Minuten" wegen einer zehnpromzentigen Erhöhung des Tausendkontaktpreises reduziert würden - nicht missverstanden worden ist, wie die Beschwerdeführerinnen vermuten, sondern eher eine generelle Meinungsäußerung der Befragten zum Grad ihrer Substitutionspräferenzen widerspiegelt, ergibt eine entsprechend aufgeschlüsselte Übersicht folgendes Bild:

<i>Media / Priorität</i>	Presse	Internet	aDW	uDW	P	VMW	Kino	TV	Radio
1 I		285						268	268
Ni	261, 262		260, 261, 262	261, 262				262	
2 I	266			268	266	266, 268, 285			
Ni		244, 281	261, 267	261, 267, 281	244, 262	244, 262, 281	261, 281	261	261, 262
3 I	257	257, 266, 268	257, 266	257, 266	257	257	257, 266, 268	257, 266	257, 266
Ni	281	267	244	244			244	281	244, 267, 281
<i>Ohne</i> I	249	271	271	271	271				
Ni	247		247						

ABKÜRZUNGEN:
I = Inserenten in "20 Minuten" Ni = Nichtinserenten
a/uDW = Direktwerbung, a = adressiert, u = unadressiert
P = Plakat + VMW = Verkehrsmittelwerbung (= Aussenwerbung)
Die Zahlen stehen für die Befragten (aus act. xyz)

ANMERKUNG:
Den Beschwerdeführerinnen ist beizupflichten, dass streng genommen etliche Befragte [act. 247, 260, 261, 262, 266, 267, 268, 271, 281, 285] ihre Ausweichpräferenzen nur bei einer beabsichtigten Reduktion ihrer Werbeausgaben hätten angeben müssen und einzig eine Antwort der Befragten aus act. 249 und 257 zu erwarten war.

Welche Schlüsse lassen sich aus dieser von der Vorinstanz für **entscheidend** erachteten Umfrage ziehen?

8.2.3. Der in Erwägung 8.2.1 durchgeführte SSNIP-Test zeigt, dass der überwiegende Teil der befragten kommerziellen Inserenten (d.h. von Anzeigenraum für Firmenwerbung) trotz Erhöhungen des Tausendkontaktpreises mit gleichem Betrag in "20 Minuten" weiterinserieren würden, **ohne** auf einen anderen Werbeträger als "Substitut" auszuweichen. Dies belegt, dass, soweit vorab die neu mit "20 Minuten" gewonnen "Nicht"- oder "Wenig"-Leser durch zielgruppenspezifische Werbung angesprochen werden sollen (vgl. E. 7.2.3), "20 Minuten" eben insoweit in keinem direkten Konkurrenzverhältnis mit entsprechenden regionalen Kaufzeitungen oder Anzeigern steht, deren Zielpublikum sich im Wesentlichen nicht mit demjenigen von "20 Minuten" deckt (vgl.

E. 7.2.3). Vielmehr scheint für die bisherigen Inserenten sowie Nicht-Inserenten der Pendlerzeitungsmarkt wegen seiner Möglichkeit, eine Brücke zur neuen Zielgruppe der "jungen und mobilen" Pendler zu schlagen, einen eigenständigen Markt für kommerzielle Werbung darzustellen.

Dieser auch werbepsychologisch plausible Befund bestätigt die im Gutachten BEER (a.a.O., S. 8) dargelegte zielgruppengerichtete Verlagerung von Werbung in gedruckten oder elektronischen Medien zu "20 Minuten", das als "neues Gefäss" auf die zu umwerbenden jungen und mobilen Pendler ausgerichtet ist. In diesem Sinne betont eine Inserentin (mit einem Budget von CHF 455'000.- für Werbung in "20 Minuten" fürs Jahr 2002), dass die Pendler **die** Werbezzielgruppe darstellten und "20 Minuten" durch kein anderes Medium substituierbar sei (vgl. auch die Beto-

nung von Zielgruppen im werbestrategischen Denken).

Selbst die Vorinstanz räumt gestützt auf ihre sonstigen Erhebungen ein, dass Werbevolumina vorab von Anzeigern, Jugendzeitschriften, Veranstaltungskalendern, Kinos, Kinozeitschriften, Privat- und Jugendradios zu "20 Minuten" abgewandert sind, ohne indessen eine solche Verlagerung von Werbung aus Tageszeitungen zu erwähnen (vgl. Ziff. 64, 74 der angefochtenen Verfügung). Erst in ihrer Vernehmlassung weist sie darauf hin, dass auch Tageszeitungen Werbevolumen an "20 Minuten" verloren haben (a.a.O., Ziff. 121), was angesichts der von vielen Werbetreibenden (bzw. deren Agenturen) zunehmend vorgenommenen Zielgruppenfokussierung nicht überrascht. Soweit daher die Vorinstanz die Feststellung im Gutachten GROSSENBACHER (a.a.O., S. 4), wonach das Verbreitungsgebiet von "20 Minuten" "einzig der Logik des öffentlichen Verkehrs folge und ansonsten keine regional räumlichen Bezüge habe" (Ziff. 96 der Vernehmlassung), in Abrede zu stellen versucht, ist ihr nicht zu folgen. Entgegen dem, was die Vorinstanz anzunehmen scheint, belegt das Vorhandensein regionaler Ausgaben und regionaler Inseratertarife von "20 Minuten" zwar, dass - unbestrittenmassen (auch) - "geografische Räume" versorgt werden. Aber dieses Argument entkräftet die Tatsache nicht, dass bei "20 Minuten" letztlich die Zielgruppenorientierung der Werbenden überwiegt.

Ferner zeigt die Übersicht der bunten Ausweichpräferenzen der Inserenten von Firmenwerbung (E. 8.2.2) nicht mehr, als dass deren Werbebedürfnisse vielgestaltig sind, was niemand bestreitet, und allfällige Substitutionsbeziehungen letztlich von der Werbestrategie abhängen, was auch die Vorinstanz anerkennt (vgl. Ziff. 73 der angefochtenen Verfügung; vgl. E. 8.1.3). Deshalb ist hier - entgegen der Annahme der Vorinstanz - erst recht nicht von einem homogen vorgestellten "Markt für den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger)" auszugehen. Gestützt auf die Antworten zum Fragebogen vom 14. November 2003 lassen sich - entgegen der Meinung der Vorinstanz (Ziff. 74 der angefochtenen Verfügung) - die geltend gemachten ausschliesslichen (werbeseitigen) Substitutionsbeziehungen von "20 Minuten" zu Tageszeitungen und Anzeigern kaum belegen:

Eine solche direkte Substituierbarkeit bejahen gemäss der besagten Umfrage, welche die Vorinstanz für aussagekräftig hält, lediglich zwei Unternehmen, welche indes nie in "20 Minuten" inseriert haben und deren Meinungsäusserung auch kaum ausschlaggebendes Gewicht zukommen kann. Ansonsten müssten angesichts der Antworten anderer Unternehmen auch das Internet, die Direktwerbung, das Lokalfernsehen sowie das Lokalradio - neben Zeitungen und Anzeigern - als *direkte* Substitute zu "20 Minuten" gewertet werden, wovon die Vorinstanz zu Recht auch Abstand nimmt (auch wenn nicht zu übersehen ist, dass *in Einzelfällen* aus werbestrategischer Sicht direkte Substitutionsbeziehungen zwischen "20 Minuten" und anderen Werbeträgern bestehen können,

wie die in der Übersicht in E. 8.2.2 zusammengefassten Antworten von Werbetreibenden belegen).

8.3. Gestützt auf die oben erwähnte Umfrageauswertung lassen sich bei den hier auszuscheidenden Werbeteilmärkten folgende (überwiegenden) Substitutionsbeziehungen feststellen, welche jeweils die sachliche Ausdehnung dieser Teilmärkte bestimmen:

8.3.1. Beim Teilmarkt des Anzeigenraumes für *Firmenwerbung* (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) zeigt die Auswertung des SSNIP-Tests (E. 8.2.2 f.) deutlich, dass Werbetreibende (bzw. deren Agenturen) ihre Firmenwerbung in "20 Minuten" überwiegend *zielgruppenorientiert* platzieren, weshalb sie selbst bei erheblichen Preiserhöhungen mehrheitlich auch nicht bereit sind, diesen zielgruppenwirksamen Werbeträger durch andere Media zu ersetzen. Der SSNIP-Test belegt die geringe Preisempfindlichkeit dieser Inserentengruppe. Diese Umstände erlauben die Annahme eines eigenständigen Marktes, welcher den "Anzeigenraum für Firmenwerbung (Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) in Pendlerzeitungen" umfasst, wobei dieser Anzeigenraum direkte Substitutionsbeziehungen zu anderen Zeitungen höchstens im lokalen Bereich aufweisen dürfte, wo sich das Pendlereinzugsgebiet mit den grossagglomerale Einzugsgebieten lokaler Zeitungen (inkl. Anzeiger) weit gehend überschneidet und rein lokale, streuverlustunempfindliche Inserentenbedürfnisse zu befriedigen vermag, vgl. E. 8.4).

8.3.2. Der Teilmarkt der *Rubrikanzeigen* (Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) wurde von der Vorinstanz nicht behandelt und muss nachfolgend gestützt auf werbepsychologische Plausibilitätsüberlegungen, welche Anhaltspunkte in den Akten haben, erörtert werden:

Grundsätzlich liesse sich argumentieren, dass als direkte Substitute zum Rubriken-Werberaum in "20 Minuten" Media in Frage kommen, welche sich werblich durch denselben sozio-demografischen beziehungsweise räumlichen Zielgruppenbezug sowie eine vergleichbare Nutzungsweise oder -häufigkeit auszeichnen: als frühmorgendlich vertriebene Pendlerzeitung zeichnet sich "20 Minuten" dadurch aus, dass sie einen geografisch eher heterogenen Leserkreis an den Haltestellen der öffentlichen Verkehrsmittel zu erreichen vermag, wobei der vor und während des Pendelns stattfindende Konsum (in 20 Minuten) zu einer eher beiläufigen Rezeption führt (vgl. E. 7.2.5, mit Hinweis auf PICARD, a.a.O., S. 168). Da aber der Rubrikenraum in der Regel "*Suchwerbung*" darstellt, sind im Sinne der Vorinstanz primär auch andere Zeitungen (oder Anzeiger) als direkte Substitute zu betrachten, weshalb insofern - bezogen auf Rubrikanzeigen - die in Ziffer 74 der angefochtenen Verfügung bejahte Substituierbarkeit mit Zeitungen (inkl. Anzeiger) zutrifft.

Zu beachten ist indessen, dass sich die in "20 Minuten" erscheinenden, regional zu streuenden Rubrikanzeigen angesichts des mit "20 Minuten" anvisierten Publikums problemlos durch entsprechende Online-Anzeigen im *Internet* substituieren lassen. Selbst

die Vorinstanz räumt mit Bezug auf die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Delphi-Studie ein, dass Rubrikanzeigen ins Internet abwandern (vgl. Ziff. 53, 117 der Vernehmlassung), was die Annahme einer direkten Substitutionsbeziehung nahe legt. Dieser Befund wird insbesondere auch durch die Anmerkungen der Ringier AG zu den Entwicklungen auf dem Rubrikanzeigenmarkt und dessen zunehmenden Verlagerung ins Internet bestätigt. Bestätigt werden diese evidenten Zusammenhänge auch im Gutachten GROSSENBACHER (a.a.O., S. 16 ff.) sowie durch die Mehrheit der angefragten Verlage.

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt (Ziff. 118 f. der Vernehmlassung), vermag nicht zu überzeugen. Unbestritten ist, dass regionale oder lokale Portale, bei denen die Beschwerdeführerinnen hohe regionale Marktanteile besitzen, bei den ins Internet abwandernden Rubrikanzeigen bedeutsam sind. Dieser Umstand vermag aber - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht als Begründung dafür dienen, dass die ebenfalls bestehenden nationalen Internetportale nicht genügend disziplinierend wirkten oder nicht als Substitute aufgefasst werden dürften. Im Gegenteil:

Der Umstand, dass das Internet als *ortsunabhängiges* (ubiquitäres) Medium keine physisch-räumlichen Verbreitungsgrenzen (für geschriebene, gesprochene und gesehene Informationen und Kommunikation) kennt (vgl. E. 7.2.5), erlaubt keine vernünftigen Zweifel, dass sich auch *nationale* Internetportale als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten eignen, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen (zutreffend: Gutachten GROSSENBACHER, a.a.O., S. 16 ff., sowie Gutachten BEER, a.a.O., S. 3 ff.). Auch die Nutzungsweise des Internets steht dieser Beurteilung nicht entgegen, zumal gerade Rubrikanzeigen als so genannte "Suchanzeigen" von den Umworbenen in der Regel auch aktiv gesucht werden (in Zeitungen und im Internet).

Somit umfasst der Werbeteilmarkt der Rubrikanzeigen (Kontakte, Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen), unter Vorbehalt der in Erwägung 8.4 vorzunehmenden räumlichen Begrenzungen, grundsätzlich Tageszeitungen (u.U. auch lokale Anzeiger) sowie entsprechende Internetportale.

8.3.3. Die oben angestellten Überlegungen gelten sinngemäss auch für *Ankündigungsanzeigen* (Events, Kino etc.), welche ebenfalls als "Suchanzeigen" (vgl. E. 8.1.3) von Inserenten im Internet platziert werden können, weshalb - neben Tageszeitungen (oder Anzeigern) - insbesondere auch die im Internet online abrufbaren "Ankündigungsanzeigen" mit dem entsprechenden Werberaum in "20 Minuten" direkt konkurrieren.

8.4. In *räumlicher* Hinsicht sind die Beschwerdeführerinnen im Zweifel, ob die Vorinstanz den strittigen Beteiligungserwerb auf dem nationalen oder aber nur auf dem "lokalen" beziehungsweise "regionalen" Werbemarkt für fusionskontrollrechtlich problematisch hält.

8.4.1. Diese Bedenken sind unbegründet. Der angefochtenen Verfügung sind keine Erwägungen zu ent-

nehmen, welche die Zulassung des Beteiligungserwerbs im Bereich *nationaler* Werbung als wettbewerbsgefährdend oder gar -beseitigend beschreiben würden. Im Gegenteil geht es der Vorinstanz einzig um den "Markt für regionale/lokale Werbung Bern (WG 22, 32-34)", der angeblich wettbewerbliche Probleme aufwerfe (vgl. Ziff. 76, 134 ff. der angefochtenen Verfügung).

Soweit in der angefochtenen Verfügung der *nationale* Werbemarkt erwähnt wird, geht es einzig um die Frage, ob das strittige Projekt die dort herrschenden Wettbewerbsverhältnisse *verbessern* würde (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG), was die Vorinstanz verneint (vgl. Ziff. 180 ff. der angefochtenen Verfügung, sowie Ziff. 11, 14 der Vernehmlassung). Insofern braucht im vorliegenden Zusammenhang die Frage der angeblich werbeseitig zunehmenden Substituierbarkeit von Regionalzeitungen durch nationale Titel sowie die angeblich zunehmende Ablösung von räumlichen Verteilkonzepten durch (nationale) Zielgruppenstrategien nicht weiter besprochen zu werden. Auch die im Zusammenhang mit nationalen Werbekampagnen aufgeworfenen Fragen zu den Werbepools beziehungsweise zu den landesweit werbenden Agenturen, welche ihre Mediapläne im ganzen "Mediamix" evaluieren, sind ebenso wenig zu erörtern wie die von den Beschwerdeführerinnen erwähnten allfälligen (nach Zielgruppenkriterien geführten) *überregionalen* Werbekampagnen (vgl. Ziff. 146 der Beschwerde).

Wie der Titel "B.4.2.b" vor der Ziffer 134 der angefochtenen Verfügung zeigt, äussert die Vorinstanz einzig Bedenken betreffend die Wettbewerbsverhältnisse in den WEMF-Wirtschaftsgebieten 22, 32, 33 und 34, die auch als "Markt für regionale/lokale Werbung Bern" bezeichnet werden. Dieser räumlich relevante Markt kann den nachfolgenden Überlegungen insofern zugrunde gelegt werden, als selbst die Vorinstanz wettbewerbsrechtliche Probleme letztlich nur *im Verbreitungsgebiet* "der vom Zusammenschluss betroffenen Printmedien" erblickt und - angesichts des im Unterschied zur "Berner Zeitung" *beschränkteren* Verbreitungsgebietes von "20 Minuten" - letztlich das Pendlereinzugsgebiet und die Agglomeration der Stadt Bern als räumlich relevanten Markt bezeichnet (vgl. Ziff. 76 der angefochtenen Verfügung, mit Verweis auf Ziff. 70). Diese Einschränkung auf das leserseitige Verteilungsgebiet von "20 Minuten" erscheint sachgerecht, zumal die weitgehend mit dem Verbreitungsgebiet zusammenfallende Leserreichweite von "20 Minuten" den Nutzwert als Werbemedium und damit auch den möglichen Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der drei Werbemärkte (E. 8.2) bestimmt. Insofern ist auch den relativierenden Einschränkungen im Gutachten GROSSENBACHER zuzustimmen, dass sich der vorinstanzlich abgegrenzte Marktraum über zahlreiche Kommunikations- und lokale Wirtschaftsräume erstreckt und deshalb nicht homogen ist (a.a.O., S. 11) und "20 Minuten" insofern nicht als "regionale Zeitung" zu verstehen ist, als sie ausserhalb der Achsen des öffentlichen Verkehrs liegende Gebiete bewusst unversorgt lässt (a.a.O., S. 4).

Ob überhaupt Inserenten vorhanden sind, welche Werbeträger nachfragen, um die WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 32, 33 und 34 gleichzeitig gesamthaft abdecken zu können (vgl. Gutachten GROSSENBACHER, a.a.O., S. 7), ist unerheblich, wenn nachfolgend die werbeseitige Marktstellung der Beschwerdeführerinnen nur mit Blick auf das Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" betrachtet wird (vgl. E. 10).

8.4.2. In diesem Zusammenhang vermag die Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht zu überzeugen, dass "20 Minuten" für regionale Werbeauftraggeber wegen Streuverlusten viel zu teuer sei und sich als Werbeträger überhaupt nicht eigne (Ziff. 26 der Beschwerde).

In Erwägung 8.2 ist das Werbeverhalten solcher an regionaler Werbung interessierten Werbetreibenden dargestellt worden. Abgesehen davon, weist die Vorinstanz berechtigterweise darauf hin, dass die regionalen Ausgaben von "20 Minuten" auch regionale Inseratetarife für die Versorgung geografischer Räume vorsehen. Selbst im "Tarif 2006/20 Minuten Bern" (a.a.O.) wird "lokalen Inserenten" (zu verstehen als regionale Inserenten) die Vorteile von "20 Minuten" vorgestellt, weshalb davon auszugehen ist, dass "20 Minuten" insbesondere im Wirtschaftsgebiet "WG 34" (Stadt Bern und nähere Umgebung) auch für lokale oder zumindest regionale (= grossagglomerale) Werbung ein attraktiver Werbeträger darstellt. Insofern ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. Ziff. 101 ff. der Vernehmlassung).

8.4.3. Auch die weitere Rüge, wonach das regionalwettbewerbliche Leitbild der Vorinstanz die Abhängigkeiten einer Regionalzeitung vom **nationalen** Werbemarkt verkenne (Ziff. 18 der Beschwerde), vermag die Legitimität dieser auf regionalen (bzw. lokalen) Wettbewerb fixierten Sichtweise nicht in Frage zu stellen (gl. M. MAAG, a.a.O., S. 136). Ein "lediglich" lokal wirksamer Marktwettbewerb (vgl. E. 6.3.3 f.) wird vom Schutzbereich des KG ebenso wenig ausgenommen wie ein allfälliger "regionaler Marktwettbewerb", soweit fusionswillige Unternehmen die kartellrechtlichen Schwellenwerte überschreiten und daher meldepflichtig sind (vgl. E. 5 und E. 6.1.2, mit Hinweisen auf die bundesrätliche Botenschaft 2001).

Im Gutachten GROSSENBACHER wird zwar der strittige Beteiligungserwerb als Massnahme der Espace Media Groupe dargestellt, ihre Wettbewerbsfähigkeit im nationalen Werbemarkt zu stärken (a.a.O., S. 6, 9). In diesem Zusammenhang mag es zutreffen, dass der grösste Teil der Werbeausgaben in der Schweiz auf nationale beziehungsweise sprachregionale Werbekampagnen entfällt und entsprechende Einnahmen auch im regionalen und lokalen Bereich den grössten Teil des Werbeertrags von Medienunternehmen ausmachen (vgl. HOFFET/HOEHN, a.a.O., S. 243, mit Hinweisen). Dass Medienunternehmen deshalb in einem intensiven Wettbewerb um Einnahmen aus nationalen Werbekampagnen stehen und ihr Erfolg davon abhängt, ob sie auf dem **nationalen** Markt als attrak-

tive Plattform Werbekontakte mit bestimmten Zielgruppen vermitteln können, vermag keine Begründung dafür zu liefern, (werbeseitigen) lokalen oder regionalen Wettbewerb für fusionskontrollrechtlich unbeachtlich zu halten. Daher wäre auch der vereinzelt geäusserten Forderung nicht zu folgen, **nur** den Markt für nationale Werbekampagnen als **den** entscheidenden Markt für die Beurteilung der Marktstellung eines Medienunternehmens zu betrachten (so offenbar: HOFFET/HOHN, a.a.O., S. 243).

8.4.4. Andererseits ist den Beschwerdeführerinnen zuzustimmen, dass die Vorinstanz - abgesehen von einer Ausnahme - den rein "lokalen" Wettbewerb in den übrigen Gebieten - jeweils für sich isoliert betrachtet - nicht als durch den strittigen Beteiligungserwerb gefährdet ansieht (gl. M. Gutachten GROSSENBACHER, a.a.O., S. 7 ff.):

Die Vorinstanz räumt generell ein, dass sich "20 Minuten" nicht im ganzen relevanten Markt für "lokale" Werbung eigne (Ziff. 100 der Vernehmlassung). Zu den (klein-)lokalen Wettbewerbsverhältnissen im Wirtschaftsgebiet 32 (Solothurn) anerkennt die Vorinstanz ein "gewisses Konkurrenzverhältnis" auf dem Anzeigenmarkt durch die zur AZ Mediengruppe gehörende "Mittellandzeitung" sowie durch die "Solothurner Woche" (vgl. Ziff. 145 der angefochtenen Verfügung). Betreffend das Wirtschaftsgebiet 33 (Biel/Berner Seeland) bestätigt die Vorinstanz "überzeugende Streudichten" des "Bieler Tagblattes" sowie der "Solothurner Woche", die zusätzlich auf dem (klein-)lokalen Anzeigenmarkt als Konkurrenz aufzutreten vermögen (vgl. Ziff. 146 der angefochtenen Verfügung). Schliesslich sind in der angefochtenen Verfügung keinerlei vertiefende Erwägungen der Vorinstanz zu den lokalen werbeseitigen Wettbewerbsverhältnissen im Wirtschaftsgebiet 22 (Berner Oberland) zu entnehmen, welche eine Gefährdung oder gar Beseitigung lokalen Wettbewerbs thematisieren (vgl. Ziff. 95 mit Verweis auf die "Jungfrau-Zeitung"; vgl. auch Ziff. 134 der Vernehmlassung).

Allerdings hält die Vorinstanz "20 Minuten" auch für lokale Werbung im "wirtschaftlich wichtigsten Teilmarkt, der Stadt und Region Bern" als geeignet, weil dort 61 Prozent aller Leser der Regionalausgabe Bern erreicht werden und daher die Streuverluste relativ gering seien (vgl. insbes. Ziff. 104 der Vernehmlassung). Ferner erweist sich im Sinne der Vorinstanz die Sicht der Beschwerdeführerinnen als widersprüchlich, "20 Minuten" (jedenfalls in der Grossagglomeration Bern) nicht als lokalen Werbeträger zu betrachten und dennoch ihre ausreichende Konkurrenzierung durch örtliche Anzeiger zu behaupten.

Dementsprechend ist die Vorinstanz auf dieser differenzierten Einschätzung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse zu beharren und die Stellung der Beschwerdeführerinnen (insbes. der Berner Zeitung AG) auf den primär **regional** mit dem Verteilgebiet von "20 Minuten" zusammenfallenden drei "Regionalanzeigenmärkten" (Firmenwerbung, Rubriken, Ankündigungen) sowie auf den als "kleinregional" (bzw. als "grossagglomerale" oder "lokal") bezeichneten drei Märkten der Stadt und Region Bern näher zu unter-

suchen (unter Ausschluss der lokalen Verhältnisse auf den anderen Lokal- bzw. Agglomerationsmärkten innerhalb der WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 32 und 33).

9. In Bezug auf den *Lesermarkt* (vgl. E. 7) befürchtet die Vorinstanz, ein Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG würde eine wettbewerbsbeseitigende marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe im Raume Bern begründen oder verstärken (vgl. Ziff. 132 f. der angefochtenen Verfügung).

Ausgehend von einem Pendlerzeitungsmarkt verwirft die Vorinstanz den Standpunkt der Beschwerdeführerinnen, wonach ihr Vorhaben wegen des geltend gemachten "unproblematischen Eigentümerwechsels" zu keiner Marktanteilsaddition führe (vgl. Ziff. 79 ff. der angefochtenen Verfügung). Laut Vorinstanz erfasse diese Sicht nur ungenügend mögliche Marktwirkungen, da nicht ausschliesslich Marktanteilsadditionen eine marktbeherrschende Stellung begründeten oder verstärkten; diese hänge auch von der potenziellen Konkurrenz ab (Ziff. 80 ff., 132 der angefochtenen Verfügung): begründet oder verstärkt werde eine marktbeherrschende Stellung, wenn sich ein aktueller und ein starker potenzieller Wettbewerber zusammenschliessen, im relevanten Markt vorher wenig oder kein Wettbewerb zwischen aktuellen Wettbewerbern geherrscht habe und die Handlungsspielräume dieses/dieser Wettbewerber/s durch den am Zusammenschluss beteiligten Konkurrenten beschränkt waren (Ziff. 89 der angefochtenen Verfügung). Nach dem Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" wolle sich die Berner Zeitung als bisher einzige ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin von "20 Minuten" auf dem Berner Regionalmarkt mit diesem Wettbewerber zusammenschliessen. Dieses Vorhaben halte nicht nur die derzeit einzige mögliche Konkurrentin von "20 Minuten", sondern auch andere von einem Markteintritt ab. Somit liesse der geplante Zusammenschluss kurzfristig die einzige potenzielle Konkurrenz von "20 Minuten" verschwinden. Aber auch mittel- und längerfristig erscheine ein Konkurrenztitel zu "20 Minuten" durch andere grosse Verlage als möglich, aber kaum wahrscheinlich. Die einzelnen, lokal berichtenden "Mikro-Zeitungen" seien zu schwach, um potenzielle Konkurrentinnen zu sein (vgl. Ziff. 90 der angefochtenen Verfügung).

Die Beschwerdeführerinnen verneinen die Gefahr einer Konzentration, weil ihrer Meinung nach die vorgesehene Beteiligung die Lage auf dem Pendlerzeitungsmarkt, welcher nur einen Anbieter aufnehmen könne, nicht verändere. Die Beschwerdeführerinnen beklagen die widersprüchliche Einschätzung der Stellung der Berner Zeitung AG: im Gegensatz zur Verfügung vom 15. September 2003 (betr. die Übernahme der 20 Minuten (Schweiz) AG durch die Tamedia AG, RPW 2004/2, S. 602 f., Ziff. 86 ff.), wo die Tamedia AG als einzige potenzielle Konkurrentin bezeichnet worden sei (a.a.O., Ziff. 89), betrachte die Vorinstanz die Berner Zeitung AG nun als "bisher einzige ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin von 20 Minuten auf dem Berner Regionalmarkt" (Ziff.

90 der angefochtenen Verfügung). Die Vorinstanz schliesse die Angreifbarkeit des Monopols bei missbräuchlichem Verhalten durch potenzielle Konkurrenten wie Ringier und Edipresse nicht aus (Verfügung vom 15.9.2003, a.a.O., Ziff. 86 ff.), lasse hingegen in der angefochtenen Verfügung diese Beurteilung potenzieller Konkurrenz zu einem nationalen Titel fallen. Dieser "Schwenker" sei willkürlich und nicht durch regionale Marktbetrachtungen erklärbar, da die Espace Media Groupe viel zu klein sei für die Herausgabe eines "20 Minuten" konkurrenzierenden nationalen Titels.

Die Vorinstanz präzisiert in ihrer Vernehmlassung, auf einem Pendlerzeitungsmarkt zeitige der Zusammenschluss zwar keine Marktanteilsaddition, aber dennoch Wettbewerbswirkungen. Die Vorinstanz erachtet ihre bisherige Praxis für widerspruchsfrei: Die Verfügung vom 15. September 2003 betreffe die Teilmärkte Zürich und Basel, die angefochtene Verfügung nur den Teilmarkt Bern. Auf diesem Teilmarkt verbleibe nach dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund ausser "20 Minuten" keine Konkurrentin zur "Berner Zeitung" mehr. Selbst die Beschwerdeführerinnen hätten in der Ergänzung der Meldung vom 18. September 2003 eingeräumt, dass nach einem Zusammenschluss von Espace Media Groupe und Bund Verlag AG keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige Regionalzeitung mit befriedigender Reichweite im Verteilgebiet von "20 Minuten" mehr bestünde. Zudem würden im Grossraum Bern lediglich lokale und kleinregionale Alternativangebote zur Espace Media Groupe verbleiben, weshalb die Berner Zeitung AG dort die einzig ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin der 20 Minuten (Schweiz) AG sei. Zu klären sei nicht gewesen, ob die Espace Media Groupe einen nationalen Titel lancieren könne, sondern welche Wettbewerbssituation der Zusammenschluss bewirken würde.

9.1. Nachdem hier einzig die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Pendlerzeitungsmarkt zu prüfen sind (E. 7), der entgegen der Diktion der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nicht als "Teilmarkt" aufzufassen ist, sondern den sachlich relevanten Markt ausmacht (E. 7.2), erweisen sich die Erwägungen der Vorinstanz zu den voraussichtlichen Wettbewerbsverhältnissen auf dem alternativ geprüften Markt für Tageszeitungen (vgl. Ziff. 92 ff. der angefochtenen Verfügung) als irrelevant.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die 20 Minuten (Schweiz) AG, welche inzwischen von der Express Zeitung AG (d.h. im Ergebnis von der Tamedia AG) vollständig übernommen worden ist (vgl. E. 2), sowohl auf einem national definierten als auch auf dem hier massgeblichen, auf die "Region Bern" einzugrenzenden Pendlerzeitungsmarkt (vgl. E. 7.2 f.) marktbeherrschend ist, das heisst einen Marktanteil von 100 Prozent hält, nachdem die bisherige Konkurrenzzeitung "Metropol" im Jahre 2001 vom Markt verdrängt worden ist (vgl. Ziff. 57, 79, 102 der angefochtenen Verfügung). Somit herrscht seit einigen Jahren jedenfalls auf dem örtlich relevanten Pendlerzeitungsmarkt Bern kein Wettbewerb, wobei die Par-

teien kurzfristig den potenziellen Wettbewerb (vgl. E. 6.3.2 und E. 6.3.6) für kaum existent halten: die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, dass der Markt nur eine Pendlerzeitung aufnehmen könne (Ziff. 26 der Beschwerde), was auch die Vorinstanz anzunehmen scheint (vgl. Ziff. 90 der angefochtenen Verfügung).

9.2. Angesichts dieser Ausgangslage erweist sich die Befürchtung der Vorinstanz, dass bei einer Zulassung des strittigen Beteiligungserwerbs keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige *Regionalzeitung* mehr im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" bestünde, als unbegründet. Denn genau dieser Sachverhalt ist *bereits* mit der am 19. Januar 2004 von der Vorinstanz veranlassten Zulassung des Vorhabens "NZZ-Espace-Bund" (RPW 2004/2, S. 484 ff.) eingetreten, nachdem die im regionalbernischen Verteilungsgebiet von "20 Minuten" herausgegebenen Tageszeitungen "Berner Zeitung" und "Der Bund" in keinen wettbewerbserheblichen Substitutionsbeziehungen zu "20 Minuten" stehen (vgl. E. 7.2). In diesem Sinne geht die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung auch davon aus, dass in allen Regionen ausser Zürich "Zeitungsmonopole" bestehen (Ziff. 16 der Vernehmlassung), worunter sie Monopole entgeltlicher lokaler oder gar regionaler Tageszeitungen zu verstehen scheint (Anzumerken ist, dass gegenwärtig einzig auf dem welschen Pendlerzeitungsmarkt [Region Lausanne/Genf] "Le Matin Bleu" neu von "20 Minutes" konkurrenziert wird und die Frage offen ist, ob zwei Gratistageszeitungen im Welschland nebeneinander bestehen können).

Ist "20 Minuten" *nicht* mit den regionalbernischen Tageszeitungen "Der Bund" und "Berner Zeitung" als substituierbar zu erachten, weshalb sachlich ein Pendlerzeitungsmarkt abzugrenzen war (E. 7.2), kann die Annahme der Vorinstanz (vgl. Ziff. 132 der angefochtenen Verfügung) nicht zutreffen, dass bei engst möglicher Marktabgrenzung nach dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz *verbleiben* würde, zumal "20 Minuten" bereits vorher schon in *keinem* Konkurrenzverhältnis zu den Regionalzeitungen der Espace Media Groupe gestanden ist. Vielmehr ist mit den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen, dass die Berner Zeitung AG mit dem strittigen Beteiligungserwerb ihre Aktivitäten in einen *neuen* Markt ausdehnen will (vgl. E. 7.2.3), weshalb eine Marktanteilsaddition zwingend entfallen muss, was auch die Vorinstanz neu anerkennt. Folglich vermag ein solcher Beteiligungserwerb eine marktbeherrschende Stellung der Berner Zeitung AG, die nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG den Wettbewerb beseitigen könnte, weder zu *begründen* noch zu *verstärken*, nachdem die 20 Minuten (Schweiz) AG (kontrolliert durch die Express Zeitung AG) *bereits* den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern konkurrenzlos beherrscht, also dort gegenwärtig *keinerlei* Wettbewerb um dieselben Pendler herrscht, der *wegen* des strittigen Beteiligungserwerbs *beseitigt* werden könnte.

Insofern ist den Beschwerdeführerinnen zuzustimmen, dass angesichts der leserseitigen Monopolsitua-

tion der vorgesehene Beteiligungserwerb die Situation auf dem relevanten Pendlerzeitungsmarkt in der Region Bern (vgl. E. 7.2 f.) unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verändern würde (vgl. E. 6.3.6). Deshalb kann die marktübergreifende Diversifizierungsstrategie der Berner Zeitung AG fusionskontrollrechtlich weder als wettbewerbsbeseitigend dargestellt noch mit dieser Begründung - in Bezug auf den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern - untersagt werden.

Bei diesem Ergebnis brauchen die weiteren Überlegungen der Vorinstanz zu ihrer Praxis, wonach "der Werbemarkt unter Umständen in der Lage (sei), das Verhalten eines Anbieters auf dem Lesermarkt bis zu einem gewissen Grad zu disziplinieren" (Ziff. 125 ff. der angefochtenen Verfügung; vgl. auch: Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund", a.a.O., Ziff. 102) nicht näher diskutiert zu werden.

9.3. Auch das weitere Argument, wonach das verfügte Verbot des Beteiligungserwerbs notwendig sei, um "Restwettbewerb" zu sichern (vgl. Ziff. 4 der Vernehmlassung), vermag nicht zu überzeugen.

Zwar ist davon auszugehen, dass konglomerale Zusammenschlüsse wettbewerbspolitisch problematisch sind, wenn potenzielle Konkurrenten eliminiert werden (vgl. RUFFNER, a.a.O., S. 221). Mit Recht rügen die Beschwerdeführerinnen jedoch, dass die Vorinstanz ihren Beurteilungsgesichtspunkt ungerechtfertigt ändert, indem sie mit Verfügung vom 15. September 2003 (a.a.O., Ziff. 86 ff.) im Hinblick auf die drei Verteilungsgebiete der Regionalausgaben von "20 Minuten" in den Agglomerationen und Pendlereinzugsgebieten der Städte Bern, Zürich und Basel (inkl. Berner Oberland, Solothurn, Berner Seeland, Berner Mittelland, Zug, Glarus/Obersee, Aargau, Schaffhausen, Zürich, Thurgau sowie Basel, vgl. Ziff. 59, a.a.O.) die Tamedia AG als *einzig* potenzielle Konkurrentin bezeichnet (Ziff. 89, a.a.O.), in der angefochtenen Verfügung aber ihren Blickwinkel auf den Berner Regionalmarkt Markt einengt und die Berner Zeitung AG nunmehr für die einzige ernst zu nehmende potenzielle Konkurrentin von "20 Minuten" hält. Dies ist insofern nicht folgerichtig, als die Vorinstanz selbst den *nationalen* Charakter von "20 Minuten" und die überragende Bedeutung der Werbung als Finanzquelle betont, aber mit ihrem auf den Regionalmarkt Bern eingeschränkten Blickwinkel zum Ausdruck zu bringen scheint, dass die Espace Media Groupe in diesem Markt mit einer (einzig regional vertriebenen alternativen) Pendlerzeitung potenziellen Konkurrenzdruck bewirken könnte, welcher bei einem allfälligen Beteiligungserwerb entfallen würde. Die Vorinstanz scheint zu übersehen, dass "20 Minuten" angesichts der unbestrittenen Wichtigkeit des *nationalen* Werbemarktes (vgl. E. 8.4.3) nur dann erfolgreich konkurrenziert werden könnte, wenn eine Pendlerzeitung mit vergleichbarem Verteilungsgebiet (d.h. national) lanciert würde, was nach der Auffassung der Vorinstanz kurzfristig vorab nur die Tamedia als stärkste Konkurrentin von "20 Minuten" zu leisten im Stande gewesen wäre (vgl. Ziff. 89 der Verfügung vom 15.9.2003, a.a.O.). Insofern wäre es schon von Bedeutung gewe-

sen die Frage zu klären, ob die Espace Media Groupe in der Lage wäre, einen nationalen Titel als Konkurrenzprodukt herauszugeben. Andererseits schliesst selbst die Vorinstanz mittel- oder längerfristig - insbesondere infolge eines allfälligen reichweitenverringenden Qualitätsabfalls von "20 Minuten" - die Lancierung alternativer Pendlerzeitungen durch andere grosse Verlage nicht aus (vgl. Ziff. 89 der Verfügung vom 15.9.2003, a.a.O., sowie Ziff. 90 der angefochtenen Verfügung).

Damit vermag der strittige Beteiligungserwerb auch die potenzielle Konkurrenzsituation nicht wettbewerbserblich zu beeinflussen.

9.4. Nach dem Gesagten ist der strittige, auf leserseitige Markterweiterung gerichtete Beteiligungserwerb entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Ziff. 133 der angefochtenen Verfügung) wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Eine fusionskontrollrechtlich präventive Strukturintervention wäre nur gerechtfertigt, sofern ein Zusammenschlussvorhaben Marktstrukturen wettbewerbsbeseitigend verändern würde, was hier leserseitig nicht der Fall ist: der vorgesehene Beteiligungserwerb vermag keinerlei marktbeherrschende Stellung im Sinne des Kartellgesetzes zu begründen oder zu verstärken, durch die im Grossraum Bern wirksamer Wettbewerb auf dem Pendlerzeitungsmarkt beseitigt werden kann.

10. Nach Artikel 10 Absatz 2 KG wäre die Begründung oder Verstärkung einer (wettbewerbsbeseitigenden) marktbeherrschenden Stellung auf dem Leser- *oder* dem Werbemarkt ausreichend, um ein Verbot des strittigen Beteiligungserwerbs zu rechtfertigen.

Deshalb sind - trotz der (leserseitigen) wettbewerbsrechtlichen Unbedenklichkeit des strittigen Beteiligungserwerbs auf dem Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern (E. 9) - nachfolgend auch die Wettbewerbsverhältnisse auf den drei in Erwägung 8.3 f. ausgeschiedenen "regionalen" Werbeteilmärkten sowie die mutmasslichen Auswirkungen des streitigen Beteiligungserwerbes zu erörtern. Zu untersuchen ist dabei einzig die Stellung der Beschwerdeführerinnen (insbes. der Berner Zeitung AG) auf den primär *regional* mit dem Verteilgebiet von "20 Minuten" zusammenfallenden drei "Regionalanzeigenmärkten" für Firmenwerbung, Rubriken und Ankündigungen (E. 8.3) sowie auf dem als "kleinregional" (bzw. als "grossagglomerat" oder "lokal") bezeichneten drei Märkten der Stadt und Region Bern.

Nicht zu prüfen ist, ob der strittige Beteiligungserwerb auf einem überregional oder gar national definierten "Werbemarkt" eine wettbewerbsbeseitigende Konzentration bewirken könnte (vgl. E. 8.4.1). Eine solche wird weder geltend gemacht, noch ist sie zu erwarten, wie die einleuchtenden Erwägungen der Vorinstanz zeigen. Auch die vom Beteiligungserwerb betroffenen Wettbewerbsverhältnisse auf den lokalen oder agglomeratlichen Werbeteilmärkten innerhalb der WEMF-Wirtschaftsgebiete 22, 32 und 33 werden von der Vorinstanz nicht als problematisch eingestuft (vgl. E. 8.4.4).

10.1. Ausgehend von ihrer Marktabgrenzung (vgl. Ziff. 74, 76 der angefochtenen Verfügung) befürchtet die Vorinstanz, dass ein Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG im relevanten Werbemarkt eine wettbewerbsbeseitigende marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe im Raume Bern begründen oder verstärken würde (vgl. Ziff. 179 der angefochtenen Verfügung).

10.1.1. Mit Bezug auf den regional nachgefragten Anzeigenraum für *Firmenwerbung* (Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) in Pendlerzeitungen (E. 8.3.1) ist festzuhalten, dass die (inzwischen vollständig von der Tamedia AG übernommene) 20 Minuten (Schweiz) AG, auf dem hier massgeblichen Werbemarkt, der räumlich mit dem gesamten Verbreitungsgebiet der Regionalausgabe Bern zusammenfällt (E. 8.4.4), marktbeherrschend ist, also einen hundertprozentigen Marktanteil hält, nachdem die Konkurrenzzeitung "Metropol" vom Markt verschwunden ist (vgl. Ziff. 57, 79, 102 der angefochtenen Verfügung). Somit herrscht auf diesem Werbemarkt seit einigen Jahren kein spezifischer Wettbewerb um Inserenten von Firmenwerbung, welche zielgruppengerichtet Pendler umwerben wollen. Dies wird auch durch den Umstand belegt, dass diese Inserenten auch bei beachtlichen Preiserhöhungen den Werbeträger nicht wechseln würden, wie der vorinstanzlich durchgeführte SSNIP-Test zeigt (vgl. E. 8.2.1 ff.).

Weil der Beteiligungserwerb zu keiner wesentlichen Marktstrukturveränderung führt, erweist sich - wie auf der Leserseite (E. 9) - die Befürchtung als unbegründet, dass bei einer Zulassung des strittigen Beteiligungserwerbs keine andere, von der Espace Media Groupe völlig unabhängige *Regionalzeitung* mehr im Verteilungsgebiet von "20 Minuten" Werbenden als Alternative dienen könnte. Dieser Sachverhalt besteht vielmehr *bereits*, zumal die "Berner Zeitung" und "Der Bund" gegenwärtig in keinen wettbewerbserblichen Substitutionsbeziehungen zu "20 Minuten" stehen, soweit die Inserenten im ganzen Verteilgebiet von "20 Minuten" zielgruppenorientiert werben wollen (vgl. E. 8.2 f.). Schon heute haben solche Inserenten keine wettbewerbsbedingte Auswahl von Zeitungen, welche ihnen - wie "20 Minuten" - Werbekontakte mit Pendlern vermitteln könnten.

Vergleichbar mit der wettbewerblichen Situation, wie sie in Erwägung 9.2 zum "Lesermarkt" beschrieben wurde, ist auch hier davon auszugehen, dass die Berner Zeitung AG mit dem strittigen Beteiligungserwerb ihre Aktivitäten in einem *neuen* Werbemarktsegment entfalten will (vgl. E. 7.2.3), um auch diejenigen Inserenten für sich zu gewinnen, welche die Zielgruppe der Pendler umwerben wollen. Deshalb hat eine Marktanteilsaddition zu unterbleiben.

Insofern vermag der Beteiligungserwerb - bezogen auf diesen Werbeteilmarkt - eine marktbeherrschende Stellung der Berner Zeitung AG, die nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a KG den Wettbewerb beseitigen könnte, weder zu *begründen* noch zu *verstärken*, nachdem die 20 Minuten (Schweiz) AG bereits den

sich auf das ganze Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern erstreckenden Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen konkurrenzlos beherrscht und somit dort gegenwärtig werbeseitig *kein* Wettbewerb um dieselben zielgruppenorientierten Inserenten herrscht, der *wegen* des strittigen Beteiligungserwerbs *beseitigt* werden könnte.

Soweit der vorgesehene Beteiligungserwerb die Situation auf dem regional von der 20 Minuten (Schweiz) AG monopolisierten, auf Anzeigenraum von Firmenwerbung eingegrenzten Sachmarkt im Verbreitungsgebiet von "20 Minuten" unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verändern würde (vgl. E. 6.3.6), kann diese marktübergreifende Diversifizierungsstrategie fusionskontrollrechtlich weder als wettbewerbsbeseitigend dargestellt noch mit dieser Begründung untersagt werden. Der strittige Beteiligungserwerb würde jedenfalls auf diesem "regionalen" Teilmarkt keine wettbewerbsbeseitigende Marktstrukturveränderung bewirken.

10.1.2. Anders können die Dinge freilich mit Bezug auf den nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung aufgefasst werden, mit dem lokal nur die Agglomeration der Stadt und Region Bern gedeckt werden soll (vgl. E. 8.3.1). Im Sinne der Vorinstanz kann davon ausgegangen werden, dass zwischen solchem Anzeigenraum in "20 Minuten", der nur von lokal Inserierenden nachgefragt wird, und dem entsprechenden Anzeigenraum der dort erhältlichen Tageszeitungen "Berner Zeitung" und "Der Bund" und Lokalanzeigern (wie insbes. "Anzeiger Region Bern") direkte Substitutionsbeziehungen bestehen.

In diesem Zusammenhang schwanken die Schätzungen der Parteien zu den kumulierten Marktanteilen, welche die Espace Media Groupe nach erfolgtem Beteiligungserwerb auf sich vereinigen könnte. Während die Beschwerdeführerinnen den Anteil der Espace Media Groupe im regionalen Werbemarkt Bern auf höchstens 43 Prozent einschätzen und daher nicht für wettbewerbsgefährdend halten (vgl. Ziff. 50, 55 der Beschwerde), erachtet die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung diese Berechnungen für unzutreffend, weil selbst nach den Meldungen der Beschwerdeführerinnen ein Beherrschungsgrad von 65 Prozent resultieren würde ("Berner Zeitung": 45%, Tamedia: 2%, "20 Minuten": 3%, "Der Bund": 15%, vgl. Ziff. 134 ff., 147 der angefochtenen Verfügung sowie Ziff. 33 der Vernehmlassung).

Wie hoch dementsprechend der davon abzuleitende Marktanteil für den Anzeigenraum für Firmenwerbung (i.S.v. Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) genau ist, wird sich kaum verlässlich bestimmen lassen, kann hier aber offen bleiben, wenn veranschlagt wird, dass die Vorinstanz, den "Anzeiger Region Bern" jedenfalls auf dem lokalen Werbemarkt von Bern für ein geeignetes Substitut von "20 Minuten" hält (Ziff. 33 der Vernehmlassung, vgl. demgegenüber weniger weit gehend: Ziff. 189 der angefochtenen Verfügung) und für Bern eine hohe Streudichte von 97.23 Prozent festhält (vgl. Ziff. 141 der angefochtenen Verfügung).

Damit liefert die Vorinstanz selbst das beste Argument, um das von den Beschwerdeführerinnen gestellte strukturelle Angebot als geeignet erscheinen zu lassen, um allfällige wettbewerbsrechtliche Bedenken gegen den strittigen Beteiligungserwerb auszuräumen. Denn zweifellos würde eine Auflage, des Inhalts, dass sich die Espace Media Groupe inskünftig nicht mehr um die Konzessionsvergabe für den "Anzeiger Region Bern" bewerben dürfe, zu einer genügenden Dekonzentration der Marktstellung der Berner Zeitung AG (bzw. ihrer Konzernmutter) betreffend den fraglichen lokalen Anzeigenraum für Firmenwerbung führen und so zumindest eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung, welche Wettbewerb *beseitigen* könnte, ausschliessen. Besteht mit dem "Anzeiger Region Bern", sofern er nicht durch die Espace Media Groupe kontrolliert wird, eine unbestrittenermassen taugliche Alternative für lokale Firmenwerbung, so fällt die Gefahr einer möglichen Wettbewerbsbeseitigung infolge Marktbeherrschung weg, da mit dem Anzeiger genügend Restwettbewerb gewahrt werden kann.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Vorinstanz die Zusage der Parteien hinsichtlich eines Verzichts auf den "Anzeiger Region Bern" nur in Bezug auf die Wirkungen hinsichtlich des Lesermarktes für wettbewerbsrechtlich ungenügend gehalten hat, um entsprechenden Bedenken auszuräumen (vgl. Ziff. 189 der angefochtenen Verfügung). Auch in der Vernehmlassung wird dieser Standpunkt wiederholt, aber nie in Abrede gestellt, dass der "Anzeiger Region Bern" als Substitut auf dem Werbemarkt "disziplinierende Wirkung" im Sinne von wirksamem Marktwettbewerb entfalten könnte (vgl. Ziff. 158 der Vernehmlassung).

Bereits diese Erwägungen zeigen, dass mit der Implementierung der von den Beschwerdeführerinnen geforderten Auflage betreffend den "Anzeiger Region Bern" die Gefahr einer Wettbewerbsbeseitigung auf dem Anzeigenmarkt für Firmenwerbung gebannt werden kann. Überzeugende Argumente gegen diese Einschätzung lassen sich weder den Eingaben der Vorinstanz noch den Akten entnehmen.

10.1.3. Der Teilmarkt der *Rubrikanzeigen* (Stellen, Immobilien und sonstige Kleinanzeigen) umfasst bei Werbung, welche regional für das ganze Verbreitungsgebiet der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" nachgefragt wird, alle einschlägigen Internet-Portale (vgl. E. 8.3.2) sowie bei rein mit grossagglomeraler Reichweite nachgefragter Werbung neben dem Internet auch die dort erscheinenden Tageszeitungen und lokalen Anzeiger (wie insbes. der "Anzeiger Region Bern").

Sind die einschlägigen Internet-Portale für Rubrikanzeigen in die Marktabgrenzung aufzunehmen, kann davon ausgegangen werden, dass dies eine marktbeherrschende und damit wettbewerbsbeseitigende Stellung der Beschwerdeführerinnen auf diesem einschlägigen Markt ausschliesst, zumal die direkte Konkurrenzierung der Rubrikanzeigen von "20 Minuten" durch Online-Rubrikenmärkte anderer Anbieter zweifellos einen Wettbewerbsdruck auf die Beschwerde-

führerinnen aufbauen dürfte, der ihnen nicht erlauben wird, sich nach vollzogenem Beteiligungserwerb unabhängig von der Marktgegenseite zu verhalten und ihre Marktstellung zu missbrauchen. Dass der Zeitungsrubrikenmarkt durch Online-Angebote strukturell unter Druck gekommen ist, belegen auch die schlüssigen Darlegungen im Gutachten GROSSENBACHER (a.a.O., S. 16 ff.; vgl. auch die Delphi-Studie, Beilage 102 zur Meldung, S. 8 ff., wo der sich verschärfende Verdrängungswettbewerb unter den einzelnen Mediengattungen eindrücklich nachgezeichnet wird).

Diese Wettbewerbsbeziehungen werden umso mehr intensiviert, wenn auch noch die Wirkung des "Anzeiger Region Bern" hinzugerechnet wird, der von der Vorinstanz als taugliches Substitut für Rubrikwerbung anerkannt wird, sofern er nicht von der Espace Media Groupe kontrolliert wird. Auch deshalb erweist sich die von den Beschwerdeführerinnen zugestandene Auflage als notwendig (vgl. E. 10.1.2).

Exakte Quantifizierungen zur Feststellung der genauen Marktanteile der Beschwerdeführerinnen und der Online-Märkte konkurrierender Internet-Rubrikanbieter lassen sich hier kaum verlässlich vornehmen. Davon ist im Übrigen auch abzusehen, nachdem gezeigt wurde, dass die als aktuelle Konkurrenten auf Rubrikenmärkten auftretenden Internet-Online-Rubrikanbieter (vgl. E. 8.3.2) einen *wettbewerbsbeseitigenden* Konzentrationsgrad des strittigen Beteiligungserwerbs mit Sicherheit ausschliessen. In diesem Zusammenhang ist auf den Fall "Tamedia/20 Minuten" (RPW2004/2, S. 618, Ziff. 135) hinzuweisen, wo die Vorinstanz berechtigterweise die Frage offen lässt, ob das Bestimmen von Marktanteilen und ein entsprechendes Abstützen auf dieselben angesichts der äusserst dynamischen und vielfältigen Substitutionsbeziehungen stärkeren und schwächeren Grads vorliegend tatsächlich aussagekräftig sei. Denn auch die Vorinstanz ist sich bewusst, dass selbst Printerzeugnisse je nach zu bewerbendem Produkt beziehungsweise anzusprechender Zielgruppe untereinander unterschiedlich starke (bzw. schwache Substitute) darstellen. Insofern erachtete es die Vorinstanz im Fall "Tamedia/20 Minuten" aus werbeteknischer Sicht als fraglich, ob es im Falle der Akquisition von "20 Minuten" bei den unterschiedlich positionierten und somit zum Teil schwächer substituierbaren beziehungsweise komplementären Titeln der Tamedia (wie "Tages-Anzeiger", "SonntagsZeitung" und neu "20 Minuten") tatsächlich zu einer solchen Marktanteilsaddition kommen würde (a.a.O., Ziff. 135).

Unbegründet ist schliesslich auch die Befürchtung der Vorinstanz, dass die Berner Zeitung AG durch die Akquisition von "20 Minuten" auf dem Regionalmarkt Bern "zum praktisch kompletten Multimediaanbieter" avancieren würde (Ziff. 155 der angefochtenen Verfügung; Ziff. 160 der Vernehmlassung). Die Espace Media Groupe, welche die Vorinstanz meint, ist in der Region Bern bereits ein umfassender Multimediaanbieter, wobei dieser Entwicklung jedenfalls bisher keine fusionskontrollrechtlichen Hindernisse entgegenstanden.

10.1.4. Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch für die entsprechenden regionalen beziehungsweise lokalen Märkte für *Ankündigungsanzeigen* (Events, Kino etc.), welche im regionalen Rahmen als direktes Konkurrenzmedium das Internet, beziehungsweise im lokalen Rahmen zusätzlich noch die einschlägigen Tageszeitungen (und Anzeiger) kennen.

Auch hier ist davon auszugehen, dass der Einbezug der einschlägigen Internet-Portale für Ankündigungsanzeigen in die regionale Markttabgrenzung (und zusätzlich des "Anzeiger Region Bern" in die lokale Markttabgrenzung), eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen, die Wettbewerb beseitigen kann, ausschliesst. Es würde genügend Restwettbewerb verbleiben.

10.2. Abgesehen von dieser fehlerhaften Einschätzung der aktuellen Konkurrenz durch die Vorinstanz, kann nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auch die Einschätzung der Vorinstanz zur potenziellen Konkurrenz nicht unbesehen übernommen werden.

Die Beschwerdeführerinnen halten mit beachtlichen Gründen das Monopol von "20 Minuten" im Pendlerzeitungsmarkt für angreifbar (vgl. Ziff. 86, 195 der Beschwerde). Die Zukunft wird zeigen, ob, wie die Beschwerdeführerinnen vermuten, insbesondere die Ringier AG mit einer "20 Minuten" konkurrierenden Gratistageszeitung auf den Markt treten wird (vgl. dazu die Medienmitteilung der Ringier AG vom 26.4.2006, dass am 15.5.2006 um 16.00 Uhr die Gratis-Abendzeitung "heute" erscheinen werde - im Internet unter: www.ringier.ch).

Schliesslich ist im Rahmen der potenziellen Konkurrenz, welche insbesondere Anbieter marktfremder Güter betrifft, darauf hinzuweisen, dass etliche Antworten, welche die Vorinstanz aus den Umfragen gewinnen konnte, auch die von den Beschwerdeführerinnen berechtigterweise geltend gemachten Darlegungen zur werbeseitig bestehenden funktionellen Austauschbarkeit von "20 Minuten" mit anderen Medien (wie Plakate, Direktwerbung etc.) auf den hier auszuscheidenden Werbeteilmärkten (Firmenwerbung, Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen) stützen. Die Vorinstanz hat die Bedeutung der "disziplinierenden Wirkung" dieser alternativen Werbeträger in einem Ausmass herabgesetzt, das fraglich erscheint. Indessen lassen sich die genauen Auswirkungen dieses "Substitutionswettbewerbs" weder operabel quantifizieren noch qualitativ einschätzen. Trotzdem: Auch wenn im werbestrategischen Einzelfall Werbeträger (wie Zeitungen, Plakate, Direktwerbung etc.) untereinander nicht als substituierbar erscheinen, kann kaum bezweifelt werden, dass bereits die Umlagerungsmöglichkeit der Werbetreibenden auf andere Träger (mit neuer Schweregewichtsbildung) disziplinierende Wirkung entfalten könnte, welches im Ausmass allfälliger Missbräuche von allenfalls marktbeherrschenden Unternehmen zunehmen würde.

10.3. Im Lichte einer gesamthaften Würdigung des verbleibenden aktuellen sowie potenziellen Wettbe-

werbs erweist sich der strittige Beteiligungserwerb auf den drei Werbeteilmärkten als wettbewerbsrechtlich unbedenklich, wenn - wie von den Beschwerdeführerinnen auch zugestanden wird - mit einer Auflage sichergestellt wird, dass der "Anzeiger Region Bern" inskünftig nicht unter die Kontrolle der Beschwerdeführerinnen gelangen darf. Schlüssige Anhaltspunkte bestehen nicht, dass der besagte Kontrollerwerb auch mit obiger Auflage auf den relevanten Märkten eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen begründen oder verstärken würde, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

Angesichts der den "Anzeiger Region Bern" betreffenden Auflage, welche den verbleibenden "Restwettbewerb" intensiviert, erweist sich das vorinstanzliche Verbot als unverhältnismässige Strukturintervention. Sie verletzt Bundesrecht, zumal die Vorinstanz keine genügenden Anhaltspunkte ermitteln und überzeugend darlegen konnte, welche - prospektiv betrachtet - eine wettbewerbsbeseitigende Marktstrukturveränderung infolge des strittigen Beteiligungserwerbs wahrscheinlich machen.

11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erachten die Beschwerdeführerinnen die Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten als nicht gerechtfertigt. Sie halten dafür, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf das Verursacherprinzip, sondern allein auf das Unterliegerprinzip abzustellen sei, weshalb sie als meldepflichtige Unternehmen angesichts des unbedenklichen Zusammenschlussvorhabens nicht mit Verfahrenskosten belastet werden dürften.

Dem ist mit der Vorinstanz zu entgegnen, dass nach dem hier massgeblichen BGE 128 II 247 E. 4 das Unterliegerprinzip nur für erstinstanzliche Verfahren gilt, welche nicht auf Gesuch hin durchgeführt werden, was hier aber - angesichts der meldepflichtigen Fusion - nicht zutrifft. Nachdem im vorliegenden Fall auf Meldung hin eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durchgeführt wurde und in diesem Verfahren das Unterliegerprinzip nicht massgeblich ist, haben die Beschwerdeführerinnen im Sinne des *Verursacherprinzips* Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 1 ff. der Verordnung vom 25.2.1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz, KG-Gebührenverordnung, SR 251.2).

Da die vorinstanzliche Gebührenerhebung umfangmässig nicht bestritten wird und auch keine Hinweise für eine unhaltbare Bemessung vorliegen, geht die

entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ins Leere.

12. Zusammenfassend ist festzuhalten:

Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für eine vollständige Untersagung des Zusammenschlussvorhabens der Tamedia AG/Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG nach Artikel 10 Absatz 2 KG nicht erfüllt. Daher erweist sich die angefochtene Verfügung in diesem Punkt als unzulässiger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerinnen und verletzt damit Bundesrecht. Demzufolge ist die Verwaltungsbeschwerde im Sinne des Eventualantrages teilweise gutzuheissen, die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung aufzuheben und die mit Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen den Beschwerdeführerinnen vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter der Auflage zuzulassen, dass sich die Espace Media Groupe weder direkt noch indirekt über eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft um die Konzessionsvergabe für den "Anzeiger Region Bern" bewerben darf. Soweit indessen die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Verfahrenskosten auferlegte, ist die Verfügung nicht zu beanstanden.

13. [Verfahrenskosten/Parteientschädigung]

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Ziffer 1 der Verfügung vom 19. Januar 2004 wird aufgehoben und die mit Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter der Auflage zugelassen, dass sich die Espace Media Groupe inskünftig weder direkt noch indirekt über eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft um die Konzessionsvergabe für den "Anzeiger Region Bern" bewerben darf.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

2. [Verfahrenskosten]

3. [Parteientschädigung]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

D *Entwicklungen*
Développements
Sviluppi

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	--

SCHWEIZ

STÜSSI FRANK J., "Wettbewerb durch eine erweiterte oder ohne Spitalplanung", in: THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Ausserkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen? (Tagungsband zum 4. Zentrumstag Luzern), Bern: Edition Weblaw, 2006

E

Diverses

Divers

Diversi

E 1	1. Wettbewerb und Vergaberecht - Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insbesondere des Vergaberechts des Bundes
-----	--

<p><i>Bericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission zur Revision des Beschaffungsrechts</i></p> <p><i>Rapport du secrétariat de la Commission de la concurrence concernant la révision du droit des marchés publics</i></p> <p><i>Rapporto della segreteria della Commissione della concorrenza sulla revisione del diritto sugli appalti pubblici</i></p> <p>Inhaltsverzeichnis</p> <p>INHALTSVERZEICHNIS 392</p> <p>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 393</p> <p>I. EINLEITUNG 393</p> <p>II. WETTBEWERB 394</p> <p>1. Schweizerische Wirtschaftspolitik 394</p> <p>2. Wettbewerbspolitik und Wettbewerb 394</p> <p>3. Öffentliches Beschaffungswesen und Wettbewerb 395</p> <p>3.1. Bedeutung von Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen 395</p> <p>3.2. Wettbewerbliche Aspekte im Vergaberecht 396</p> <p>III. WETTBEWERBSPOLITISCHE ANALYSE 396</p> <p>4. Problembereiche aus wettbewerbspolitischer Sicht - ein Überblick 396</p> <p>5. Problembereiche aus wettbewerbspolitischer Sicht - eine Einzelbetrachtung 397</p> <p>5.1. Absprachen (Kollusion) 397</p> <p>5.2. Nachfragemacht von Beschaffungsstellen 398</p> <p>5.3. Transparenz 398</p> <p>5.4. Vertretung der Allgemeininteressen vs. Capturing 400</p>	<p>5.5. Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren 401</p> <p>6. Wettbewerbspolitische Analyse der Institute des Vergaberechts 402</p> <p>6.1. Schwellenwerte 402</p> <p>6.2. Vergabeverfahren 402</p> <p>6.3. Technische Spezifikation - Umschreibung des Leistungsgegenstandes 404</p> <p>6.4. Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie vergabefremde Kriterien – Auswahlkriterien 405</p> <p>IV. VERHÄLTNIS VON KARTELL- UND VERGABERECHT 407</p> <p>7. Kumulative Anwendbarkeit 407</p> <p>8. Relevante kartellrechtliche Bestimmungen 407</p> <p>8.1. Sachlicher Geltungsbereich (Art. 2 KG) 407</p> <p>8.2. Tatbestände 407</p> <p>8.3. Rechtsfolgen von kartellrechtswidrigem Verhalten und Vollstreckung 409</p> <p>9. Verhältnis zwischen Kartellrechts- und Vergabeverfahren 410</p> <p>9.1. Verhältnis bei kartellrechtswidrigem Verhalten der Anbieter 410</p> <p>9.2. Verhältnis bei kartellrechtswidrigem Verhalten der Vergabestellen 411</p> <p>V. MASSNAHMENKATALOG 412</p> <p>VI. LITERATURVERZEICHNIS 413</p> <p>ANHANG: CHECKLISTE "INDIZIEN FÜR SUBMISSIONSABSPRACHEN" 414</p>
--	---

Abkürzungsverzeichnis

BABHE	Bundesamt für Betriebe des Heeres	KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz (SR 251)
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik	KMU	Kleinere und mittlere Unternehmen
BFE	Bundesamt für Energie	PSI	Paul Scherrer-Institut
BGE	Bundesgerichtsentscheid	PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
BKB	Beschaffungskommission des Bundes	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Publikationsorgan der Schweizerischen Wettbewerbskommission)
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)	Rz.	Randziffer
DEZA	Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit	SGVW	Schweizerische Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
ETHZ	Eidgenössische Technische Hochschule Zürich	SMA	Schweizerische Meteorologische Anstalt
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement	SVME	Schweizerischer Verband für Materialwirtschaft und Einkauf
GPA	Government Procurement Agreement (WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.4.1994)	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4)
GR	Gruppe Rüstung	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
KBBK	Kommission Beschaffungswesen Bundes-Kantone	Weko	Wettbewerbskommission
KBOB	Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes		

I. Einleitung

Die durch das GATT Mitte der Neunzigerjahre initiierte Öffnung der Beschaffungsmärkte führte zur Schaffung eines wettbewerbsorientierten Vergaberechts. Kernelement dieser neuen Konzeption ist die Unterwerfung der Anbieter von staatlich nachgefragten Gütern und Dienstleistungen unter den Wettbewerb. Der Wettbewerb zwischen Anbietern ist dabei nicht Selbstzweck, sondern soll einerseits für ein bestmögliches Preis-Leistungs-Verhältnis sorgen und somit der öffentlichen Hand den wirtschaftlichen Einsatz seiner Mittel ermöglichen. Aus volkswirtschaftlicher Sicht soll er andererseits die Wettbewerbsfähigkeit der Anbieter stärken und dadurch die Wohlfahrt steigern.

Die Intensität des Wettbewerbs zwischen Anbietern hängt im wesentlichen Umfang von der Ausgestaltung der regulatorischen Rahmenbedingungen ab. Die eingeleitete Revision des Vergaberechts¹ bietet eine ideale Gelegenheit, diese Rahmenbedingungen einer Analyse zu unterziehen und, gestützt darauf, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie das vergaberechtliche Ziel der Stärkung des Wettbewerbs zwischen Anbietern noch besser erreicht werden kann.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat die sich bietende Gelegenheit wahrgenommen. Der vorliegende Bericht ist das Resultat davon und soll Anregungen für die künftige Ausgestaltung des Vergaberechts liefern. Er enthält in einem ersten Teil grundsätzliche Überlegungen zur Rolle und Bedeutung des Wettbewerbs für die Volkswirtschaft im Allgemeinen

und das öffentliche Beschaffungswesen im Besonderen. In einem zweiten Teil werden die wettbewerbspolitischen Problembereiche dargestellt, welche das Funktionieren der Beschaffungsmärkte beeinträchtigen können und bei der Regulierung des Vergaberechts zu berücksichtigen sind. Im Lichte dieser Problembereiche erfolgt in einem dritten Teil die Analyse und Beurteilung ausgewählter Institute des Vergaberechts. Der vierte Teil behandelt die klärungsbedürftige Frage nach dem Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Vergaberecht. Der fünfte Teil enthält konkrete Massnahmen, mit denen der Wettbewerb gestärkt werden kann. Im Anhang zum Bericht schliesslich befindet sich eine Checkliste mit "Indizien für Submissionsabsprachen".

Der vorliegende Bericht ist Resultat einer Auseinandersetzung mit dem Thema. Er ist weder vollständig, namentlich in Bezug auf die Analyse einzelner Institute und die Liste möglicher Massnahmen, noch erhebt er den Anspruch auf endgültige Erkenntnis. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission wird die begonnene thematische Auseinandersetzung fortsetzen. In diesem Sinne sind Kommentare per E-Mail an die Autoren, Herren FRANK STÜSSI und THOMAS ZWALD, durchaus erwünscht.²

¹ URL: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/index.html?lang=de (24.2.06).

² mail to: frank.stuessi@weko.admin.ch und mail to: thomas.zwald@weko.admin.ch.

II. Wettbewerb

1. Schweizerische Wirtschaftspolitik

In der *Wirtschaftstheorie* ist allgemein anerkannt, dass zweckmässige wirtschaftliche Rahmenbedingungen unter Effizienzgesichtspunkten zu guten Ergebnissen führen. Das langfristige Wachstumspotenzial einer Volkswirtschaft hängt dabei nicht von einer einzelnen - auch noch so weit reichenden - Massnahme ab, sondern vielmehr von einer grossen Anzahl wirtschaftspolitischer Einflussfaktoren. Wirtschaftliche und politische Massnahmen führen zu einer Wohlfahrtsoptimierung, wenn die knappen Ressourcen so eingesetzt werden, dass der höchstmögliche gesamtwirtschaftliche Ertrag resultiert. Eine der Hauptbedingungen für die Erreichung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz und damit auch für die Optimierung der Wohlfahrt ist der wirksame *Wettbewerb*.

Wettbewerb erfüllt im Rahmen einer marktwirtschaftlichen Ordnung *eine Reihe grundlegender Funktionen*: Er steuert das Angebot gemäss den Käuferpräferenzen, er führt zu einem effizienten Einsatz der Produktionsfaktoren, er schafft Anreize zu bestmöglicher Leistung, er fördert die Produkt- und Prozessinnovation und er zwingt zur Anpassung an sich verändernde Bedingungen. Fehlender Wettbewerb hat nicht nur überhöhte Preise oder ein geringeres Güterangebot zur Folge, sondern beeinträchtigt namentlich auch die Produktivitätsentwicklung und führt am Ende zum Verlust der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft als Ganzem.

Wettbewerbsdruck gehört zu den zentralen Bestimmungsgrossen von Innovation und ist damit auch ein *Faktor für Wirtschaftswachstum*.³ Mehr Wettbewerb bedeutet Abbau bestehender Marktzutrittsbeschränkungen und verfolgt das Ziel, eine bessere Allokation der knappen Ressourcen zu erreichen.⁴ Von der Intensivierung des Wettbewerbs können nebst Innovationsanreizen auch Effizianzanreize ausgehen. Gleiches gilt für den Fall, wo Grössenvorteile genutzt werden können.

Der *schweizerischen Binnenwirtschaftspolitik* fehlte für lange Zeit eine mit dem Ausland vergleichbare liberale Zielrichtung. Effizienzmängel der schweizerischen Binnenwirtschaft schlugen sich in höheren Produktionskosten nieder und beeinträchtigten damit auch die Chancen der Exportwirtschaft. Zudem bleiben in Branchen, die keinem Wettbewerb ausgesetzt sind, notwendige Strukturanpassungen aus, was zu einer weiteren Standortverschlechterung führen kann.⁵

Für das volkswirtschaftliche Wohlergehen ist eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft nach Aussen und damit verbunden eine umfassende *Stärkung der Wettbewerbskräfte in der schweizerischen Binnenwirtschaft* eine zentrale Voraussetzung. Dass die Umsetzung dieser Forderung in der Schweiz ihren Lauf nahm, zeigt sich insbesondere in der Verschärfung des Kartellgesetzes, der (zwischenzeitlich abgeschlossenen) Revision des Binnenmarktgesetzes und dem Massnahmenpaket zur Wachstumspolitik des Bundesrates vom 18. Februar 2004.

2. Wettbewerbspolitik und Wettbewerb

Der *Begriff "Wettbewerb"*, wie er im schweizerischen Wettbewerbsrecht verwendet wird, steht für einen vielgestaltigen, dynamischen Prozess. Wettbewerbspolitik hat in diesem Zusammenhang hauptsächlich sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen und dysfunktionale staatliche Regulierungen grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll mit anderen Worten die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen oder anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, kann der Wettbewerb als "wirksam" bezeichnet werden.⁶

Leistungsorientierung ist charakteristisch für einen funktionierenden Wettbewerb. In einem freien, unbehinderten Wettbewerb entscheidet das bessere Preis-Leistungs-Verhältnis von Unternehmen darüber, wer sich in einem Markt durchsetzt. Die *Offenheit eines Marktes* beziehungsweise dessen Ein- und Austrittsbedingungen sind ein weiteres zentrales Kriterium für die Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen. Die dem wirksamen Wettbewerb verpflichtete Wettbewerbspolitik betrachtet Verhaltensweisen und staatliche Regulierungen, welche Märkte gegenüber Konkurrenten abschotten, mit einem kritischen Auge.

Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs konzentriert sich auf die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte. *Andere volkswirtschaftliche und soziale Ziele*, die - wie beispielsweise die Regionalpolitik oder die Einkommenssicherung - gemeinhin der Prozesspolitik zugerechnet werden, lassen sich meist durch wirtschafts- und sozialpolitische Massnahmen in viel effizienterer und in ihren Auswirkungen besser berechenbarer Weise erreichen als durch eine instrumentalistische Wettbewerbspolitik.

Es ist *vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik*,⁷ auf den Güter- und Faktormärkten die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sich wirksamer (funktionsfähiger) Wettbewerb ergeben kann, soweit dadurch die gesellschaftliche Wohlfahrt gesteigert wird. Eine funktionierende Wettbewerbsordnung setzt in erster Linie das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung voraus. Beschränkungen des Wettbewerbs muss

³ EVD 2004, S. 3.

⁴ SCHIPS 2004, S. 22 f.

⁵ Botschaft zum KG 1994, S. 16. ff.

⁶ Nach diesem Wettbewerbsverständnis kann es also keineswegs Aufgabe der Wettbewerbspolitik sein, alle vermeintlichen "Unvollkommenheiten" von Marktprozessen zu beseitigen.

⁷ Botschaft zum KG 1994, S. 5 f., S. 37 ff.

mit den Mitteln staatlicher Wettbewerbspolitik vorgebeugt werden. Wettbewerbspolitische Eingriffe sind regelmässig dann erforderlich, wenn das Verhalten von Unternehmen nicht auf die Förderung von Effizienz, sondern auf die Erzielung von Kartell- und Monopolrenten gerichtet ist. Es muss Aufgabe staatlicher Wettbewerbspolitik sein, das Funktionieren von Marktprozessen und damit *das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zu gewährleisten*. Auch wenn Staaten nie unnötig in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage eingreifen sollten, werden nicht selten als Folge von Regulierungsmassnahmen der Marktzutritt oder zumindest innovative Markthandlungen beschränkt. In einem solchen Fall können sich aus Regulierungen Marktabschottungen ergeben, die sich für die Gesamtwirtschaft negativ auswirken. Andere Massnahmen wiederum - beispielsweise Unternehmenskooperationen - fördern häufig die wirtschaftliche Effizienz (vor allem in einem dynamischen Sinn), ohne dabei den Wettbewerb funktionell zu beeinträchtigen.

Die moderne Wettbewerbstheorie ist sich vor allem darin einig, dass *harte Kartelle* (horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden) in fast allen Fällen volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen haben. Keine Zweifel bestehen auch darüber, dass *offene Märkte* die besten Garanten für funktionierende Marktprozesse sind. Dem *Abbau* noch *bestehender staatlicher Marktbarrieren* (insbesondere Aussenwirtschaftsbarrieren) kommt deshalb aus der Perspektive der Wettbewerbstheorie gerade in einer kleinen Volkswirtschaft wie der schweizerischen vorrangige Bedeutung zu. Ferner ist auch der *Bekämpfung missbräuchlicher Verhaltensweisen*, welche auf die Errichtung von Marktschranken gegen neue Konkurrenten ausgerichtet sind, Beachtung zu schenken.

3. Öffentliches Beschaffungswesen und Wettbewerb

3.1. Bedeutung von Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen

Die Anzahl der öffentlichen Auftraggeber in der Schweiz wird auf 5'500 geschätzt. Beim Bund gibt es 103 Beschaffungsstellen, wovon die wichtigsten Auftraggeber das BBL, die GR, die Post, das seco (Staatssekretariat für Wirtschaft), die DEZA und die ETH sind. Die öffentliche Hand hat im Jahr 2000 für die Beschaffung von Bauten, Waren und Dienstleistungen rund *CHF 30 Mia.* aufgewendet. 1999 entfielen dabei 19% auf den Bund, 38% auf die Kantone und 43% auf die Gemeinden. Die CHF 30 Mia. entsprechen etwa 25 Prozent der gesamten Staatsausgaben und rund acht Prozent des Bruttoinlandprodukts.

Mehr als 50% des Gesamtvolumens von staatlichen Beschaffungen entfallen auf das *Bauwesen* (vor allem Strassenbauwerke wie Tunnels und Brücken sowie Tiefbauarbeiten), ca. je 20% auf *Dienstleistungen* (Beratung, technische Studien, Inspektionen, Informatik und Architektur) und *Güterlieferungen* (Informatikprodukte, Messinstrumente, Maschinen, technische Apparaturen, Fahrzeuge, Industriemaschinen, Landwirtschaftsprodukte, Metalle, Generatoren und Elekt-

romotoren).⁸ Angesichts dieser Milliardenbeträge liegt die volkswirtschaftliche Bedeutsamkeit des öffentlichen Beschaffungswesens auf der Hand. Es erstaunt deshalb auch nicht, dass Politik, Gesellschaft und Medien mit wachsender Aufmerksamkeit verfolgen, wie der Staat seine Rolle als öffentlicher Nachfrager wahrnimmt.

In der Schweiz ist die Förderung von Wirtschaftlichkeit und Effizienz im öffentlichen Beschaffungswesen ein aktuelles Thema und der Bundesrat zählt ein effizientes Beschaffungswesen zu seiner wachstumsorientierten Wirtschaftspolitik.⁹ Die Stärkung des Wettbewerbs ist denn auch eine der *vier Hauptzielsetzungen des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen*. Die drei anderen betreffen die Förderung der Transparenz (beeinflusst die Stärkung des Wettbewerbs), den sparsamen Umgang mit öffentlichen Geldern (wird insbesondere durch Wettbewerb erreicht) und die Gleichbehandlung der Anbieter.¹⁰

Ein funktionierender Beschaffungsmarkt ermöglicht den optimalen Einsatz öffentlicher Mittel. Ein wettbewerbsorientiertes Beschaffungswesen dient dazu, dieses Ziel zu erreichen. Denn auch für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ist davon auszugehen, dass der *Marktmechanismus* besser als jedes andere System in der Lage ist, mit beschränkt vorhandenen Produktionsfaktoren ein Maximum an Bedürfnisbefriedigung zu erwirken und eine bestmögliche Allokation von knappen Ressourcen herbeizuführen. Wettbewerb ermöglicht die Wahl des *besten Preis-Leistungs-Verhältnisses* zwischen verschiedenen Angeboten und führt somit zu einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel.

Die Unterzeichnung des GATT/WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) und das bilaterale Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens zwischen der Schweiz und der EU haben bereits zu einer *Liberalisierung des Beschaffungswesens* und zu mehr Wettbewerb geführt. Folgende Effekte sind für das zuvor abgeschottete öffentliche Beschaffungswesen zu erwarten: Angleichung der vom öffentlichen Sektor bezahlten Preise (kurzfristiger "Preiseffekt"),¹¹ Ra-

⁸ FREY 2003, S. 6 und S. 58 ff.; PVK 2002, S. 1 und S. 20 f.; zu den Güterbeschaffungen: ETTER 2004, S. 51 ff.

⁹ Vgl. EVD 2003, Wachstumspolitische Massnahmenpaket vom 18. Februar 2004.

¹⁰ EFD 1999, S. 15, G 5.

¹¹ Es ist aber möglich, dass in Fällen, in denen als Folge der Marktstruktur bereits Wettbewerb herrscht, nicht wie gewünscht eine Preissenkung beobachtet werden kann. Für solche Preisstarrheiten gibt es verschiedene Ursachen (FREY 2003, S. 73), so z.B. fehlende Kenntnis der Möglichkeiten, welche sich aus der neuen Rechtslage für die Unternehmen ergeben, unterschiedliche nationale Standards und die damit für die einzelnen Anbieter verbundenen Anpassungskosten, Wechselkursrisiken (wobei innerhalb der Europäischen Währungsunion diese Ursache mit der Einführung des Euros weggefallen ist), die national unterschiedliche Beschaffenheit der Wertschöpfungsketten (unter Umständen besteht die Möglichkeit, dass Zwischenhändler Einsparungen abschöpfen). Vgl. auch Eco-plan 2004, S. 9 f.

tionalisierung in der Produktion im Hinblick auf eine bessere Nutzung der Ressourcen (mittelfristiger "Wettbewerbseffekt") und - insbesondere in den von öffentlichen Aufträgen abhängigen Sektoren - Reorganisation der Produktionsstrukturen, zum Beispiel durch Allianzen, Joint Ventures, Fusionen oder Aufkäufe (langfristiger "Restrukturierungseffekt"¹²).¹³ Der Druck zur effizienten Leistungserbringung steigt. Nebst Liberalisierung und internationalem Druck durch das GPA und das bilaterale Abkommen braucht es auch eine gewisse Vereinheitlichung der Regulierung sowie die Schaffung von Überwachungsmechanismen.¹⁴

3.2. Wettbewerbliche Aspekte im Vergaberecht

Bei der Schaffung des bereits erwähnten Regulierungsrahmens (Vergaberecht) sind **zwei Ebenen** zu unterscheiden: Die Ebene der (potenziellen) Anbieter (Submittenten) und die Ebene der Beschaffungsstellen. Die potenziellen Anbieter begegnen sich als Wettbewerbsteilnehmer mit dem Ziel, einen Beschaffungsauftrag zu erhalten. Die Beschaffungsstelle fragt bei den potenziellen Anbietern Güter und Leistungen nach, wählt ein Angebot aus und entscheidet verwaltungsrechtlich.¹⁵ Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind auf der **Ebene der (potenziellen) Anbieter** die Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass zwischen ihnen Wettbewerb besteht, der wiederum zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis von Angeboten führen soll. Auf der **Ebene der Beschaffungsstellen** findet kein eigentlicher Wettbewerb statt (zwischen den Beschaffungsstellen). Die Regulierungen auf dieser Ebene sind aber so auszugestalten, dass die Beschaffungsstellen Anreize erhalten, sich für das optimale Preis-Leistungs-Verhältnis der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen einzusetzen und eine allfällige Nachfragemacht ihrerseits nicht zu missbrauchen (dazu dient etwa die Forderung nach Transparenz der Vergabeprozesse und insbesondere das Kartellrecht).

Zu beachten ist dabei das so genannte **Prinzipal-Agent-Problem**, das im Beschaffungswesen existiert.¹⁶ Weil den Beschaffungsstellen (Prinzipalen) die genauen Kostenstrukturen der Anbieter und Auftragnehmer (Agenten) oft nicht bekannt sind, können sie nicht zweifelsfrei wissen, ob die offerierten Preise für bestimmte Güter und Leistungen angemessen sind und welche Qualität für diese Preise zu erwarten ist (Informationsasymmetrie). Die Anbieter können diese **Informationsasymmetrie** zu ihren Gunsten ausnutzen, indem sie zum Beispiel zu suboptimaler Qualität anbieten.¹⁷ Als Folge dieser Informationsasymmetrie können die Beschaffungsstellen aber auch Opfer von Absprachen werden. Dies ist dann der Fall, wenn es Anbietern gelingt, Absprachen zu verdecken und den Beschaffungsstellen die Leistungen zu überhöhten Preisen zu verkaufen.¹⁸

Wechselt man die Perspektive, können die Vergabestellen auch Agenten sein. Die Prinzipalen sind dann die Bürgerinnen und Bürger. Im **Interesse der Bürgerschaft** liegt eine günstige Leistungserstellung. Die Beschaffungsstelle kann aber auch andere Interessen verfolgen, was häufig dazu führt, dass nicht der Preis

das entscheidende Kriterium bei der Auftragsvergabe ist. So kommt es vor, dass beispielsweise lokale Firmen bevorzugt werden. Unternehmen, welche im Voraus wissen, dass sie bestimmte öffentliche Aufträge erhalten werden, können höhere Preise fordern als dies unter Wettbewerbsbedingungen möglich wäre.¹⁹

Ferner ist festzuhalten, dass Wettbewerb im Beschaffungswesen nicht zum "billigsten" Preis, sondern zum **optimalen Verhältnis von Preis und Leistung der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen über die Zeit** führen soll.²⁰ Eine Beschaffung soll wirtschaftlich effizient sein. Dies bedeutet, dass neben dem Preis Kriterien wie Qualität, Liefertermin, Kundendienst etc. eine Rolle spielen müssen. In der Realität ist das nicht immer der Fall. Gemäss einer Analyse der im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erschienenen Ausschreibungen steht das Qualitäts-Preis-Verhältnis an zweiter Stelle (22%), während der tiefste Preis in 16% der Fälle das entscheidende Vergabekriterium ist. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass dieses Ergebnis nicht demjenigen einer Umfrage entspricht, bei der zahlreiche Auftraggeber (Post, BFE, BABHE, ETHZ, PSI²¹) erklärten, der Zuschlag werde sehr oft nach dem billigsten Angebot erteilt.²²

III. Wettbewerbspolitische Analyse

4. Problembereiche aus wettbewerbspolitischer Sicht – ein Überblick

Wie bereits erwähnt, sollen öffentliche Gelder sparsam eingesetzt, der Wettbewerb gestärkt, Transparenz gefördert und die Anbieter gleich behandelt werden. Für die **Umsetzung der in Artikel 1 BoeB verankerten Zielsetzungen** braucht es unter anderem auch ein effizientes Vergabeverfahren. So sollen Transaktionskosten möglichst tief ausfallen und die Transparenz so gut wie möglich gewährleistet sein. Entscheidend ist zudem, dass der Wettbewerb zwischen den Anbietern intakt ist, denn Wettbewerbsverzerrungen verursachen volkswirtschaftliche Kosten.

Mehrere Faktoren beeinflussen die Effizienz und das Funktionieren des Beschaffungsmarktes. Ob effizientes Verhalten wirtschaftlich lohnend ist, welche Effizienzreize für Vergabestellen geschaffen werden müssen und wie die Rahmenbedingungen für den Wettbewerb zwischen (potenziellen) Anbietern aus-

¹² European Commission (1997). *Public procurement*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. S. 3 f. Zitiert bei: PVK (2002), S. 24.

¹³ Der Wettbewerb wird insbesondere durch den Umfang der privaten Nachfrage, die Marktstrukturen, die Art des Produkts oder der Leistung und die Konjunktur beeinflusst (PVK 2002, S. 1, S. 23 f.).

¹⁴ FREY 2003, S. 79.

¹⁵ HESS-ODONI 2004, S. 3.

¹⁶ FREY 2003, S. 49.

¹⁷ Die Beschaffungsstelle kann dagegen etwa vorgehen, indem sie ein Qualitätssicherungssystem aufbaut (TIROLE 1999, S. 82).

¹⁸ United States Department of Justice, S. 3 f.

¹⁹ FREY 2003, S. 49.

²⁰ Ebenso EFD 1999, S. 15, G 5.

²¹ Bundesamt für Energie (BFE), Bundesamt für Betriebe des Heeres (BABHE), Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ), Paul Scherrer-Institut (PSI).

²² PVK 2002, S. 29.

gestaltet ist, hängt von verschiedenen Aspekten ab. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind dabei die folgenden **Problembereiche** näher zu betrachten:

- Absprachen (Kollusion)
- Nachfragemacht der Beschaffungsstellen
- Transparenz und Transaktionskosten
- Vertretung der Allgemeininteressen vs. Capturing
- Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren - offene Märkte

Je nach Ausgestaltung des **Regulierungsrahmens** treten die einzelnen Problembereiche stärker oder schwächer zu Tage. Der Regulierungsrahmen ist als Zusammenspiel von Faktoren zu verstehen, die Verhaltensanreize (etwa für Absprachen) für Beschaffungsstellen und (potenzielle) Anbieter schaffen und damit den Wettbewerb wie auch die Effizienz beeinflussen. Zu diesen Faktoren zählen namentlich die Schwellenwerte, das gewählte Vergabeverfahren, die Ausschreibung/Publikation, die Auswahlkriterien, Abgebotsrunden etc. Unter nachfolgender Ziffer 5 wird ausführlicher auf die einzelnen Problembereiche eingegangen. Die Diskussion bezüglich der möglichen Ausgestaltung des Regulierungsrahmens erfolgt in Kapitel 6.

5. **Problembereiche aus wettbewerbspolitischer Sicht – eine Einzelbetrachtung**

5.1. **Absprachen (Kollusion)**

Bei **Kollusionen** handelt es sich um Absprachen zwischen Marktteilnehmern, im vorliegenden Fall zwischen Anbietern ("klassische" **Submissionsabreden**).²³ Kollusionen können beispielsweise als Preisabsprache, als Marktaufteilung oder auch als vorgängig abgesprochene Rotation²⁴ bezüglich der Angebote auftreten. So können Unternehmen, die sich absprechen, beispielsweise abwechselnd für die Aufträge bieten (Rotation), einen Preis fordern, der ihnen eine stattliche Produzentenrente garantiert, die Gründung neuer Firmen erschweren oder letztlich sogar verhindern sowie Markteintritte anderer (neuer, z.B. nicht ortsansässiger) potenzieller Anbieter verunmöglichen.²⁵

Je nach Rahmenbedingungen und Marktgegebenheiten kann ein **erhöhtes Risiko** für Submissionsabreden vorliegen (eine **Checkliste mit Indizien für Submissionsabsprachen** befindet sich im Anhang):

- Namentlich die folgenden Faktoren wirken kooperationsfördernd: Hoher Konzentrationsgrad im betroffenen Markt (geringe Anzahl von Anbietern), ähnliche Kostenbedingungen, den Verbänden und Verbandsmitgliedern vorliegende Marktinformation und Informationen über Verhalten der anderen Marktteilnehmer/innen, kooperationsfreundliche Regulierung (etwa Erlasse zu Gunsten inländischer oder lokaler Marktteilnehmer/innen), Homogenität von Gütern und Dienstleistungen, Existenz von Markteintrittsbarrieren, glaubhafte Sanktionen, gemeinsame "focal points" (Orientierungspunkte für Absprachen).

- Absprachen kommen vermehrt in der Hochkonjunktur und bei grösseren Vergaben vor. Ein erhöhtes Abspracherisiko besteht aber beispielsweise auch dann, wenn ortsansässige Unternehmen wissen, dass die lokale Beschaffungsstelle die öffentlichen Aufträge ausschliesslich an regionale Unternehmen vergibt. Die Tatsache, dass die Zahl der lokalen Anbieter in der Regel klein ist und sich lokale Anbieter zudem meist auch persönlich kennen, erhöht das Risiko von Kollusion zusätzlich.

- Ebenfalls erhöht wird das Kollusionsrisiko, wenn die Teilnahme an einer Ausschreibung bei einem übergeordneten Verband gemeldet und koordiniert wird. Koordiniert bedeutet, dass Anbieter derselben Branche erfahren, wer ihre Mitkonkurrenten sind. Ein solches Vorgehen erhöht zwar die Transparenz bezüglich des Verhaltens der An- und Mitbieter, ist aber nicht förderlich für ein effizientes Vergabeverfahren. Auch Begehungen und Debriefings müssen so ausgestaltet sein, dass sie das Risiko von Absprachen nicht zusätzlich erhöhen. Gemeinsame Besichtigungen vor Ort und Besprechungen bieten Auftraggebern und Anbietern zwar die Gelegenheit, Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Beschaffungsgegenstand zu klären. Doch sollten sie gestaffelt erfolgen, da ansonsten eine erhöhte Kollusionsgefahr geschaffen wird.

Gemäss einer Umfrage der Beschaffungskommission des Bundes (BKB)²⁶ hat rund die Hälfte der befragten Anbieter bereits **einschlägige Erfahrungen im Zusammenhang mit Absprachen** gemacht. Submissionsabsprachen sind also weit verbreitet, jedoch nur schwer nachzuweisen. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, dass Kollusionen aufgedeckt und beseitigt werden. Submissionsabsprachen führen zu Wettbewerbsverzerrungen beziehungsweise zu einer Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Anbietern. Ineffizienzen und Wohlfahrtsverluste sind die Folge (volkswirtschaftliche Kosten).²⁷

Kollusive Marktergebnisse sind typischerweise charakterisiert durch **überhöhte Preise, zu geringe Angebotsmengen und signifikante Unternehmensgewinne**.²⁸ Kollusionen zwischen Anbietern haben überhöhte Angebotspreise und somit höhere Ausgaben der Vergabestelle zur Folge. Eine Kartellbildung dieser Art führt zu Ineffizienzen, weil Leistungen zu höheren Kosten bereitgestellt werden müssen und

²³ Andere Absprachen in Form von Bietergemeinschaften oder Einkaufskooperationen sind nicht Thema dieses Abschnittes und werden in Ziff. 8.2.1 behandelt.

²⁴ Bei einer Rotation können entweder nur bestimmte Unternehmen an den jeweiligen Ausschreibungen teilnehmen, oder man einigt sich darauf, dass eine Firma (jedes Mal eine andere) das attraktivste Angebot einreicht und sich die Offerten der anderen Firmen (bewusst, da so abgesprochen) durch ein schlechteres Preis-Leistungs-Verhältnis auszeichnen.

²⁵ Vgl. RPW 2002/2, S. 130 ff. betreffend Submissionskartell im Fall Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek.

²⁶ BKB/KBOB 2004, S. 40.

²⁷ Wenn auch Kollusionen als eine Form von Kooperation aus wohlfahrtsökonomischer Sicht nicht zwingend und generell schädlich sein müssen.

²⁸ BÜHLER/JAEGER 2002, S. 101 ff.

die an einer Kollusion beteiligten Unternehmen keinem Innovationsdruck mehr ausgesetzt sind.²⁹ Die Preise der Offerten werden künstlich hoch gehalten,³⁰ so dass das (scheinbar) günstigste Angebot deutlich über dem Angebot liegt, welches sich aus einer echten Wettbewerbssituation ergeben würde. Erkennt die Vergabestelle nicht, dass sich die oder zumindest einige der Anbieter abgesprochen haben, wird sie bedeutend mehr für die Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrages bezahlen müssen als unter Wettbewerbsbedingungen.

Abreden zwischen Anbietern sind kartellrechtliche Grenzen gesetzt. Sie fallen unter den Tatbestand von Artikel 5 des Kartellgesetzes (KG) und sind unzulässig, falls sie den Wettbewerb ausschalten oder erheblich beeinträchtigen (dazu ausführlich Kap. IV Ziff.8).

5.2. Nachfragemacht von Beschaffungsstellen

Marktmächtige Unternehmen existieren sowohl auf Output- (Angebotsmacht) als auch auf Input- beziehungsweise Faktormärkten (Nachfragemacht). Der Begriff Marktmacht umfasst somit sowohl *Nachfrage-* als auch *Angebotsmacht*.³¹ Marktmacht bezeichnet eine Marktstruktur, in welcher die Anbieter beziehungsweise Nachfrager einer verminderten Zahl von Nachfragern beziehungsweise Anbietern gegenüberstehen. Angebots- und nachfragemächtige Unternehmen *können wohlfahrtstheoretisch ein Problem darstellen*. Diesfalls verursachen sie volkswirtschaftliche Kosten und einen Wohlfahrtsverlust.³² Sofern angebots- beziehungsweise nachfrageseitig nur ein Anbieter beziehungsweise Nachfrager existiert, spricht man von einem Monopol beziehungsweise Monopson.³³

Nachfragemacht von Beschaffungsstellen (und den mit ihr verflochtenen Gesellschaften oder staatsnahen Organisationen) ist ein Thema, das im Zusammenhang mit öffentlichen Beschaffungen immer wieder diskutiert wird. *Im Beschaffungswesen* können die Beschaffungsstellen gegenüber den Anbietern Marktmacht beziehungsweise Nachfragemacht aufweisen (etwa weil nur wenige Beschaffungsstellen in einem Produkt- oder Dienstleistungsbereich Beschaffungen tätigen, in welchem ansonsten geringe Nachfrage besteht). Die Anbieter, die sich einer nachfragemächtigen Beschaffungsstelle gegenüber sehen, sind in ihren Wahl- beziehungsweise Ausweichmöglichkeiten eingeschränkt. Entsprechend ist ihre Verhandlungsposition relativ schwach. Ob eine Beschaffungsstelle nachfragemächtig ist, hängt von den konkreten Marktverhältnissen, das heisst vom konkreten Verhältnis zwischen Beschaffungsstelle(n) und dem oder den Anbieter(n), ab. Die Nachfragemacht von Beschaffungsstellen kann sich zum Beispiel auch ergeben, wenn Beschaffungsstellen ihr Verhalten aufeinander abstimmen, sie sich zu Einkaufskooperationen (vgl. unten) zusammenschliessen oder nur wenige (oder gar nur eine einzige) Beschaffungsstellen bestimmte Güter und Dienstleistungen nachfragen.

Unter *Einkaufskooperationen* werden verschiedene Formen der Zusammenarbeit (hier von Beschaffungsstellen) mit dem Ziel einer Bedarfsbündelung und der

Ausschöpfung möglichst grosser Beschaffungsvolumina verstanden. Solche Kooperationen stellen etwa die gemeinsame Beschaffung des Gesundheits- und Umweltschutzdepartements der Stadt Zürich (GUD) mit seinen 38 Verpflegungsbetrieben oder der Bundesstellen (BBL/EDMZ) für PC, Büromaterial, Drucksachen und weiteres Verbrauchsmaterial dar.³⁴ Mit Mengenbündelungen in Einkaufskooperationen können Preisvorteile (Mengenrabatte, Bonusvergütung, tiefere Mengenpreise) erzielt werden. Gemäss dem Schweizerischen Verband für Materialwirtschaft und Einkauf (SVME) sind Einsparungen von bis zu 15 Prozent möglich.³⁵

Nachfragemacht ist problematisch, wenn sie *missbraucht* wird und entsprechende volkswirtschaftliche Kosten verursacht. Die Abgrenzung von missbräuchlichem und nicht missbräuchlichem Verhalten, das heisst von effizientem und ineffizientem Verhalten, ist in der Praxis äusserst schwierig. Schliesslich bringt es der Wettbewerb mit sich, dass mit harten Bandagen gekämpft wird. In einer Marktwirtschaft sind Unternehmen etwa darum bemüht, vorteilhafte Konditionen herauszuholen. Entsprechend stellt das Bemühen von Beschaffungsstellen um günstige Preise, Zahlungsmodalitäten und allgemeine Geschäftsbedingungen an sich noch kein Missbrauch dar.³⁶ Für die Beurteilung des Verhaltens von Beschaffungsstellen ist entscheidend, ob die Beschaffungsstellen durch ihr Verhalten die Wettbewerbsstruktur nachhaltig verändern oder Anbieter nachhaltig schwächen können.

Einem Missbrauch der Nachfragemacht sind *kartellrechtliche Grenzen* gesetzt. In der Schweiz werden solche Fälle von Artikel 7 KG oder, wenn die Nachfragemacht durch eine Abrede zwischen Beschaffungsstellen (Einkaufskooperationen) begründet wird, alternativ von Artikel 5 KG erfasst (vgl. ausführlich Ziff. 8 unten).

5.3. Transparenz

Fehlende Transparenz führt sowohl auf Seiten der Vergabestellen als auch auf Seiten der Anbieter zu Effizienz- und Wohlfahrtsverlusten. Mangelnde Transparenz erschwert die korrekte Anwendung und

²⁹ FREY 2003, S. 49 ff.

³⁰ Entweder indem man sich über die Auftragssumme einigt (Eingabe des attraktivsten Angebots gemäss dem Rotationsprinzip), weil andere Konkurrenten ausgeschlossen oder aber Markteintritte potenzieller Konkurrenten verhindert werden.

³¹ Eine Legaldefinition der Begriffe "Nachfragemacht" und "Angebotsmacht" gibt es weder im schweizerischen noch im europäischen Recht. Sachlich betrachtet, handelt es sich bei beiden Phänomenen um eine Form von Marktmacht.

³² Monopolmacht äussert sich in hohen Preisen und in Wohlfahrtsverlusten. Der Monopolist verlangt einen Preis, der über den Grenzkosten liegt und erzeugt deshalb eine ineffiziente Outputmenge. Analoges gilt für das Monopson, das eine ineffizient kleine Menge nachfragt und dafür einen niedrigeren Preis als bei Wettbewerb bezahlt.

³³ Auf die Angebotsmacht wird im Weiteren nicht eingegangen. Die theoretischen Auswirkungen von Nachfragemacht gelten umgekehrt auch für Angebotsmacht.

³⁴ RUPPERT 2003, S. 1.

³⁵ RUPPERT 2003, S. 1.

³⁶ Vgl. auch BKB/KBOB 2004, S. 47.

Überwachung der Einhaltung der rechtlichen Bestimmungen, erhöht die Transaktionskosten der Beschaffungen und wirkt sich wettbewerbssenkend aus.³⁷ Im Weiteren können unvollständige beziehungsweise asymmetrisch verteilte Informationen ein Marktversagen begründen. Vorhandene Transparenz ermöglicht insbesondere die Vorausssehbarkeit, wann und wo eine Investition getätigt werden soll.³⁸ Fehlende Transparenz schafft zudem Eintrittsbarrieren, was die Offenheit der Märkte beschränkt.³⁹ Beispielsweise führen fehlende oder nicht allen zugängliche Informationen sowie eine ungenügende Informationspolitik der Behörden bei schwierig einzuschätzenden Kosten⁴⁰ zu hohen Eintrittshürden.

Die Sicherstellung der Transparenz bei öffentlichen Beschaffungen wird unter anderem über **Vorschriften** gewährleistet.⁴¹ Diese Publikations-, Begründungs- und Dokumentationsvorschriften charakterisieren den Ablauf einer öffentlichen Vergabe, zielen auf eine möglichst umfangreiche Information der Verfahrensbeteiligten und sichern die Nachvollziehbarkeit der Vergabeentscheidungen. Sie werden komplettiert durch die Regelungen des Einsichtsrechts. Die Ausgestaltung dieser Vorschriften beeinflusst zum einen die Beschaffungsstellen dahingehend, ihre Vergaben genau zu durchdenken (Effizienzanzreiz). Zum anderen beeinflusst sie den Wettbewerb zwischen den Anbietern (besserer Informationsfluss wirkt sich auf die Qualität der Offerten aus).

Die Beachtung des Transparenzprinzips bedingt folglich, dass das Vergabeverfahren für alle Akteure einsehbar ist und ihnen alle nötigen Informationen zur Verfügung stehen. Transparenz beginnt deshalb auch mit der möglichst breiten **Veröffentlichung der Ausschreibungen**. Die Anzahl der öffentlichen Auftraggeber in der Schweiz wird auf 5'500 geschätzt. Im Zeitraum von Januar 2000 bis Mai 2001 haben aber beinahe die Hälfte der Beschaffungsstellen keine Veröffentlichungen ihrer Ausschreibungen im SHAB vorgenommen.⁴²

Im Schweizerischen Beschaffungsrecht besteht ferner eine **Rechtszersplitterung**.⁴³ Die Rechtsprechung ist heterogen. Die Komplexität des Beschaffungsrechts ist hoch; dies insbesondere aufgrund der Verflechtung von kantonalen, eidgenössischen und staatsvertraglichen Ordnungen. Daraus resultiert Rechtsunsicherheit für die Wirtschaft. Die bestehende unübersichtliche Rechtsordnung steht im Widerspruch zur anvisierten Transparenz und zum Wettbewerb im Beschaffungswesen. Eine Harmonisierung würde zu mehr Transparenz verhelfen.

Bezüglich des **Capturing- und Kollusionsrisikos** ist Transparenz im Vergabeverfahren in gewisser Weise ein doppelschneidiges Schwert (zum Capturing vgl. Ziff. 5.4 unten). Einerseits fördert Transparenz eine objektive Entscheidungsfindung, schränkt den Ermessenspielraum der Vergabestelle ein und vermindert dadurch das Risiko von Capturing. Andererseits kann Transparenz aber Absprachen zwischen Anbietern begünstigen, da diese Zugang zu sämtlichen relevanten Informationen erhalten. Zu unterscheiden ist dabei zwischen der **Transparenz auf Stufe des Be-**

schaffungsverfahrens und der **Transparenz zwischen den Anbietern**. Während Erstere die Effizienz des Verfahrens in der Regel erhöht und die Gefahr von Capturing oder des Missbrauchs von Nachfragemacht senkt, erhöht Letztere das Risiko von Absprachen (etwa durch den Austausch von Informationen über die Teilnahme am Vergabeprozess). Mittels Berücksichtigung mehrerer Auswahlkriterien etwa kann dieses Risiko vermindert werden.

Um Transparenz im Vergabeverfahren zu gewährleisten, ist es wichtig, dass die Beschaffungsstelle klar und präzise über die zu beschaffende Leistung sowie über deren Qualität informiert. Die **Qualität der Ausschreibung** hat nämlich entscheidenden Einfluss auf die Qualität des ganzen Vergabeverfahrens, da die Beschaffungsstelle mit der Ausschreibung den Rahmen festlegt, in dem sich das weitere Verfahren abspielt.⁴⁴ Klarheit bezüglich des Beschaffungsauftrags muss sowohl auf Seiten der Auftraggeberin als auch auf Seiten der Anbieter bestehen. Ein transparentes Verfahren erhöht insbesondere die Klarheit für neu in den Markt eintretende potenzielle Anbieter.

Auch die **Möglichkeit für die Anbieter, den Beschaffungsstellen Fragen stellen zu können**, dient der Transparenz.⁴⁵ Dabei sollten die entsprechenden Antworten beziehungsweise Informationen der Beschaffungsstellen allen Anbietern zukommen. Andernfalls erhöht sich die Gefahr des Missbrauchs allfälliger Nachfragemacht und die Gefahr von Capturing.

Ein transparentes Beschaffungsverfahren bewirkt niedrigere **Kosten der Informationsbeschaffung** (Transaktionskosten). Tiefe Transaktionskosten sind eine der Hauptbedingungen für gesamtwirtschaftliche Effizienz. Da die Kosten der Informationsbeschaffung und des Vertragsabschlusses zu den Transaktionskosten gehören, kann zusammenfassend festgehalten werden, dass sich Transparenz positiv auf die Gesamtwirtschaft auswirken kann.⁴⁶ Im Weiteren dient die Erhöhung der Transparenz auch der **Gleichbehandlung der Anbieter**, womit ein weiteres der vier Hauptziele des Vergaberechts erfasst wird.

³⁷ FREY 2003, S. 75 ff.

³⁸ BKB/KBOB 2004, S. 60 f.

³⁹ Vgl. KLEMPERER 2004, S. 103 ff. und GANUZA 2000.

⁴⁰ So dass nur Unternehmen mit Kostenerfahrungen ein Angebot machen können, das nahe an den Kosten liegt, während die anderen Firmen tendenziell zu hohe Angebote einreichen (KLEMPERER 2004, S. 106 ff.).

⁴¹ BKB/KBOB 2004, S. 60 f.

⁴² PVK 2002, S 1, S. 22 f.

⁴³ BIAGGINI 2003; ZUFFREY und DUBEY 2003; PVK 2002, S. 12.

⁴⁴ SCHERRER-JOST 1999, Ziff. 45.

⁴⁵ BKB und KBOB 2004, S. 19.

⁴⁶ FREY 2003, S. 25, S. 56.

5.4. *Vertretung der Allgemeininteressen vs. Capturing*

Das Phänomen "*Capturing*"⁴⁷ wird in der positiven Regulierungstheorie⁴⁸ folgendermassen erklärt: Zum einen werden Regulierungen tendenziell zu Gunsten kleinerer, von der Regulierung stark betroffener Interessengruppen erlassen und sind entsprechend verzerrt; dies auf Kosten grosser, gering organisierter und meist auch schlechter informierter Interessengruppen (z.B. Konsumenten).⁴⁹ Zum anderen vertreten Regulierungsbehörden in der Tendenz früher oder später nicht mehr hauptsächlich das Allgemeininteresse (die offiziellen Ziele der Regulierung), sondern die spezifischen Interessen der regulierten Industrie. Regulierungsbehörden haben gewisse Anreize, sich für die Zwecke der Regulierten vereinnahmen zu lassen. *Capturing* stellt wohlfahrtstheoretisch ein Problem dar, weil es zu Marktverzerrungen und volkswirtschaftlichen Kosten führt sowie den Wettbewerb einschränkt.

Auf das öffentliche *Beschaffungswesen* übertragen bedeutet dies, dass die Beschaffungsstellen als regulierende Behörden⁵⁰ Anreize haben können, Aufträge nicht nach objektiven Kriterien zu vergeben und nicht das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu wählen, sondern sich an den Interessen bestimmter Gruppen beziehungsweise Anbieter zu orientieren. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn eine Vergabestelle zur Sicherung der politischen Unterstützung lokale Anbieter schützt, indem sie Beschaffungsaufträge nur an ortsansässige Anbieter vergibt. Unter diesen Umständen ist die objektive Entscheidungsfindung durch die Vergabestelle nicht mehr gewährleistet. Die Behörde ist voreingenommen und die Gleichbehandlung der Anbieter läuft Gefahr, missachtet zu werden. Der Wettbewerb zwischen den Anbietern ist eingeschränkt.

Für das Auftreten von *Capturing* (insbesondere im Beschaffungswesen) gibt es mehrere Gründe:

- Beschaffungsstellen können von bestimmten Interessengruppen (oder Anbietergruppen) mehr **Gegegenleistungen** erwarten, als wenn sie das Allgemeininteresse vertreten würden. Von der (heterogenen) Allgemeinheit ist nämlich in der Regel sehr wenig "Lob" zu erwarten, von kleinen homogenen Interessengruppen jedoch durchaus eine Gegenleistung (z.B. in Form von politischer Unterstützung).⁵¹ Eine Beschaffungsstelle beispielsweise, welche die lokalen und regionalen Bauunternehmen anstelle von ausländischen Bauunternehmen berücksichtigt, wird von regionalen Bauunternehmen politische Unterstützung erwarten dürfen. Dabei wird die regionale Beschaffungsstelle kaum auf grossen politischen Widerstand stossen, da die Steuerzahlenden von Vergaben nur geringfügig betroffen sind.
- Zu einer Bevorzugung von bestimmten, vor allem einheimischen Unternehmen kommt es auch, wenn Interessengruppen durch staatspolitische Argumente zu Gunsten der eigenen Mitglieder **Lobbyismus** betreiben.⁵² Solche Argumente sind etwa: Schutz der regionalen Wirtschaftsstruktur, Schutz einheimi-

scher, kleiner Unternehmen gegenüber grossen nationalen oder internationalen Firmen und Schutz von regionalen Filialen zum Zwecke der vermeintlichen Sicherung von Arbeitsplätzen.

Auch **Politiker und Parteien** verfolgen mitunter solche regionalen Interessen, wodurch den Beschaffungsstellen ebenfalls Druck erwachsen kann.⁵³ Gerade lokale Firmen beziehungsweise deren Mitarbeitende stellen einen entscheidenden Teil der Wählerschaft dar und es liegt für Politiker und Parteien deshalb nahe, die Anliegen dieser Gruppen zu berücksichtigen.

- Zudem weisen öffentliche Stellen eine **bürokratische Anreizstruktur** auf.⁵⁴ Öffentliche Stellen sind relativ risikoscheu und versuchen, Unannehmlichkeiten zu vermeiden, indem sie beispielsweise ihnen bereits bekannte Lieferanten berücksichtigen, deren Leistungen sie kennen.
- **Fehlende Transparenz** und fehlende Möglichkeiten, die Beschaffungsstellen kontrollieren zu können (etwa durch Rechtsmittel), erhöhen das Risiko von *Capturing*. Das Risiko von *Capturing* ist dabei je nach Verfahren unterschiedlich hoch. So ist davon auszugehen, dass die Gefahr von *Capturing im offenen und selektiven Verfahren* angesichts der juristischen Kontrollmöglichkeiten eher gering ist (vgl. Abschnitt 6.2). Umgekehrt wird im **freihändigen Verfahren und Einladungsverfahren** die Gefahr von *Capturing* als hoch eingeschätzt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gefahr von *Capturing* besteht und den Beschaffungsstellen somit regionale, kantonale oder nationale Präferenzen bisweilen näher sind als das Denken

⁴⁷ Der Begriff "*Capturing*" ist der Capture-Theorie entnommen, die zur positiven Theorie der Regulierung gehört. Vgl. auch STIGLER 1971, S. 3 ff.

⁴⁸ Es gibt eine normative Theorie der Regulierung (Wann ist eine Regulierung notwendig und wie soll sie ausgestaltet sein?) und eine positive Theorie der Regulierung (Wie und weshalb ist der Staat effektiv regulierend tätig? Weshalb kommt es zum Erlass und Vollzug von Regulierungen?).

⁴⁹ Der geringe Organisationsgrad und die mangelnde Information von grossen, heterogenen Gruppen (z.B. Konsumenten) ist das Resultat einer Trittbrettfahrer-Problematik und der relativ hohen, individuellen Transaktionskosten der Informationsbeschaffung und Meinungsäusserung, die den individuell geringen Zusatznutzen einer andersgestalteten Regulierung selten aufwiegen. Es liegt auf der Hand, dass diese Probleme bei kleinen, homogenen Gruppen, die von einer Regulierung direkt betroffen sind, weniger schwer wiegen bzw. leichter überwunden werden können. Anfällig für solchermaßen verzerrte Regulierungen sind vor allem Bereiche mit einer starken politischen Interessenvertretung, sei dies auf Unternehmensseite oder auf Seite der Beschäftigten.

⁵⁰ Die Beschaffungsstelle nimmt eine staatliche Funktion wahr, die ihr von der Allgemeinheit übertragen wurde (ihr Auftrag stützt sich damit auf eine Regulierung), um deren Interesse zu vertreten. Indem die Beschaffungsstelle den Auftrag ausschreibt, auswählt und vergibt, ist sie regulierend tätig.

⁵¹ Der homogenen Meinung der kleinen, in der Regel gut organisierten Gruppe der Regulierten kommt im politischen Prozess meistens ein grösseres Gewicht zu als den zahlreichen, unterschiedlichen Meinungen der allgemeinen "Öffentlichkeit".

⁵² FREY 2003, S. 53.

⁵³ FREY 2003, S. 50 f.

⁵⁴ Frey 2003, S. 53.

im Verhältnis von Preis und Leistung. Die objektive Entscheidungsfindung der Vergabestellen und die Gleichbehandlung der Anbieter ist damit nur bedingt gewährleistet. Falls sich die Beschaffungsstelle nicht am optimalen Preis-Leistungs-Verhältnis orientiert und die Vertragsvergabe nicht gemäss objektiven Kriterien vornimmt, entstehen volkswirtschaftliche Kosten, und der Einsatz der öffentlichen Mittel verläuft suboptimal.

5.5. Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren

Offene Märkte sind die besten Garanten für funktionierende Marktprozesse. Die Wettbewerbsfähigkeit eines Marktes hängt nicht in erster Linie von der Anzahl der Marktteilnehmer ab, sondern von den **Ein- und Austrittsbedingungen eines Marktes**. Dementsprechend stellen die Ein- und Austrittsbedingungen eines Marktes einen zentralen Bestimmungsfaktor des Wettbewerbs dar. Potenzielle Konkurrenten können etablierte Unternehmen disziplinieren, wenn der Marktzutritt frei und die ökonomischen Marktzutrittsschranken niedrig sind. Aus diesem Grund kommt gerade dem Abbau staatlicher Marktbarrieren grosse Bedeutung zu. Auch der Bekämpfung missbräuchlicher Verhaltensweisen, welche auf die Errichtung von Marktschranken gegen Konkurrenten ausgerichtet sind, ist in diesem Zusammenhang Beachtung zu schenken.

Der Ein- und Ausstieg von Unternehmen in Märkte ist an **Voraussetzungen** und **Bedingungen** geknüpft (z.B. ist das Medizinstudium Voraussetzung für die Tätigkeit als Arzt oder für die Gründung einer AG ist eine bestimmte Höhe an Aktienkapital notwendig). Während ein Teil dieser Bedingungen unbestritten ist (wie die Zulassungserfordernisse für Ärzte/innen), führt ein anderer Teil zu Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren für neue Konkurrenten, welche das Marktergebnis negativ beziehungsweise wohlfahrts-senkend zu beeinflussen vermögen. Diese Ein- und Austrittsbarrieren verursachen Kosten, dergestalt, dass der Marktein- oder -austritt eines Unternehmens unattraktiv werden kann (hohe Eintrittskosten, fehlende Gewinnaussichten, Verlust von Investitionen beim Austritt). Solche "negativen" Marktzutritts- und Marktaustrittsbarrieren können staatlicher und privater Natur sein. Die Trennung zwischen "gerechtfertigten" und "nicht gerechtfertigten" Barrieren ist fließend. Im Folgenden wird der Einfachheit halber von **Marktschranken** gesprochen.

Staatliche Marktschranken bestehen in Form von Regulierungen. So verunmöglichte beispielsweise das - inzwischen aufgeweichte - Monopol der Post im Bereich der Paketpost (bis zwei Kilogramm) den Eintritt von Firmen in diesen Marktbereich. Solche Regulierungen können direkt (z.B. durch staatliche Betätigungsverbote) oder indirekt (z.B. durch Massnahmen, welche die Eintrittskosten verändern) Marktschranken bilden. Für die Beurteilung von staatlichen Marktschranken sind insbesondere die folgenden Fragestellungen hilfreich:

- Sind die staatlichen Marktschranken notwendig (besteht ein Marktversagen, Verteilungsproblem)?

- Welches Ziel verfolgen die staatlichen Marktschranken und sind sie mit dem Ziel der Regulierung kompatibel?
- Wirken sie im Vergleich zur Situation ohne Marktschranken verbessernd (ist kein Staatsversagen absehbar)?
- Dienen alternative Instrumente der Zielerreichung besser?

Staatliche Regulierung soll die anvisierten Ziele bei minimaler Reduktion der Effizienzreize der Regulierten erreichen können.⁵⁵ Solchermassen anreizkompatible beziehungsweise marktconforme Regulierungen können Fehlfunktionen der Märkte beheben, so dass diese überhaupt erst funktionstüchtig werden.

Entsprechend sind die **Vergaberegeln im öffentlichen Beschaffungswesen** und die **Praxis der Beschaffungsstellen** kritisch zu beleuchten, können doch Rahmenbedingungen und Vergaberegeln aufgebaut werden, die als ineffiziente Marktschranken gegen neue, potenzielle Anbieter wirken können. Eine Reihe von Elementen können in diesem Sinne als Marktschranken wirken, namentlich: Capturing, hohe Teilnahmekosten (etwa durch unnötige Eignungskriterien), die ungenügende Transparenz bei der Ausschreibung durch die Vergabestellen, Lieferantenlisten (die zwar die Suchkosten der Beschaffungsstellen reduzieren, aber den Markteintritt neuer Anbieter einschränken können).

Lange Zeit wurden im Übrigen **protektionistische Massnahmen** als geeignetes Mittel betrachtet, um die Binnenwirtschaft (namentlich die KMU und ihre Mitarbeitenden) von den Bedrohungen des Wettbewerbs abzuschirmen und auf diese Weise Verschlechterungen in der Einkommensverteilung zu verhindern.⁵⁶ Längerfristig leidet aber darunter nicht nur die Innovations-, sondern auch die Wettbewerbsfähigkeit. Das ist erkannt worden und mitunter ist man deshalb sowohl europa- als auch weltweit bestrebt, das Beschaffungswesen zu liberalisieren. Nach Frey erlaubt diese Öffnung im Beschaffungswesen insbesondere die Realisierung von Grössenvorteilen.⁵⁷

Neben den staatlichen existieren "**private**" oder **vom Markt gegebene Marktschranken**. Eine vom Markt gegebene Marktschranke stellt etwa eine grosse mindesteffiziente Betriebsgrösse in einer bestimmten Branche dar, womit sich Kleinstproduktionen als nicht effizient erweisen beziehungsweise kleine Firmen bei einem Beschaffungsauftrag mit grösseren Unternehmen nicht mithalten können. "Private" Verhaltensweisen von Unternehmen können sich gegen neue, potenzielle Anbieter richten, so dass sie wohlfahrtssteigernd oder -senkend wirken. Ein etablierter

⁵⁵ Der individuelle Entscheidungs- und Handlungsspielraum soll nicht direkt eingeschränkt werden (Erhaltung der Entscheidungssouveränität der Marktteilnehmer soweit möglich). Die Preise sollen sich auch mit der Regulierung durch Angebot und Nachfrage noch frei bilden können und die Signalwirkung der Preise soll nicht ausgeschaltet werden.

⁵⁶ FREY 2003, S. 44.

⁵⁷ FREY 2003, S. 31 f.

Anbieter etwa, der unter den Einstandspreisen offeriert und damit Verluste macht, nur um die Etablierung eines neuen, effizienteren Anbieters zu verhindern, wäre in der Regel als wohlfahrtssenkend zu betrachten. Solche Verhaltensweisen können mit dem Kartellgesetz geahndet werden.

Zusammenfassend kann sich der Wettbewerb zwischen potenziellen Anbietern und für neue Anbieter im Beschaffungswesen durch Marktschranken (Ein- und Austrittsbarrieren) so verschlechtern, dass eine Wohlfahrtsminderung eintritt. Damit Wettbewerb herrschen kann, müssen zum einen die Rahmenbedingungen des Beschaffungswesens marktkonform ausgestaltet sein. Zum anderen sind Verhaltensweisen von Unternehmen und Beschaffungsstellen, welche zu Marktschranken gegen neue, potenzielle Anbietern führen und die sich wohlfahrtssenkend auswirken, zu unterbinden.

6. Wettbewerbspolitische Analyse der Institute des Vergaberechts

6.1. Schwellenwerte

Die Höhe des geschätzten Wertes eines öffentlichen Auftrags entscheidet grundsätzlich darüber, ob der Auftrag im Wettbewerb (offenes oder selektives Verfahren) vergeben werden muss oder nicht. Die Trennlinie bildet der so genannte Schwellenwert, dessen Höhe für jede Auftragsart (Bauten, Güter und Dienstleistungen) unterschiedlich ist.⁵⁸ Je tiefer die Schwellenwerte, desto mehr Wettbewerb entsteht zwischen den Anbietern,⁵⁹ das heisst **tiefe Schwellenwerte verschärfen den Wettbewerb**.⁶⁰ Und je schärfer der Wettbewerb zwischen Anbietern spielt, desto preiswerter können Güter und Dienstleistungen bezogen werden.⁶¹ Demgegenüber steht der mit der Ausschreibung verbundene Aufwand der öffentlichen Hand. Der Gewinn durch stärkeren Wettbewerb ist dem Aufwand der öffentlichen Hand gegenüberzustellen. Es geht mithin darum, **Harmonie zwischen** den beschaffungsrechtlichen Zielen der **Förderung des Wettbewerbs** und dem **wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel** anzustreben. Diese ist erreicht, wenn der Gewinn aus dem Wettbewerb den mit der Ausschreibung verbundenen Aufwand überkompensiert oder zumindest kompensiert.

Es besteht eine **Vielzahl von unterschiedlichen Schwellenwerten**, die vor allem auf Seiten der Vergabestellen zu Verwirrung führt. Stichhaltige Gründe für diese Vielfalt sind nach FREY nicht vorhanden.⁶² Es besteht vielmehr die Gefahr, dass Schwellenwerte hoch angesetzt werden, um lokale Anbieter zu schützen. Schwellenwerte sind so festzulegen, als es die Existenz von Transaktionskosten sinnvoll macht. Schwellenwerte sind nicht dazu da, der Erreichung von Zielen wie Arbeitsplatzsicherheit, regionale Wirtschaftsförderung, Versorgungssicherheit, Steuerzahlung etc. (keine Beschaffungsprotektionismus) zu dienen.⁶³ Schwellenwerte sollten prinzipiell einheitlich hoch beziehungsweise tief sein und die Kantone (und die Gemeinden) die Möglichkeit haben, diese unterschreiten zu dürfen.⁶⁴

Bei der **Festlegung der Schwellenwerte** sind verschiedene Überlegungen in Betracht zu ziehen. Zum einen muss bedacht werden, dass die Durchführungskosten für unterschiedliche Güter und Dienstleistungen unterschiedlich hoch sind.⁶⁵ So verursacht beispielsweise die wiederholte Beschaffung von standardisierten Gütern und Dienstleistungen (wie etwa Kugelschreiber) gegenüber der einmaligen Beschaffung von speziell angefertigten Gütern und Dienstleistungen (z.B. eine spezifische, zu entwickelnde Softwarelösung) tiefere Durchführungskosten. Zum andern aber werden die Durchführungskosten einer Ausschreibung generell durch effizientere Ausschreibungsverfahren (wie die elektronische Abwicklung von Ausschreibungen) gesenkt. Im Weiteren verstärkt die Zulassung von mehreren (in- und ausländischen) Anbietern den Wettbewerbsdruck zwischen den Anbietern und beeinflusst damit das angebotene Preis-Leistungs-Verhältnis für die ausgeschriebenen Objekte positiv. Die durch eine Ausweitung der Ausschreibung verursachten höheren Durchführungskosten können folglich teilweise oder ganz kompensiert oder sogar überkompensiert werden.

6.2. Vergabeverfahren

Vorab ist festzuhalten, dass es das "richtige" Verfahren nicht gibt. Aufgrund der verschiedenen Vor- und Nachteile der **unterschiedlichen Verfahren** eignet sich je nach Markt und zu beschaffendes Gut oder Leistung ein anderes Verfahren.⁶⁶ Die inverse Auktion (reverse auction)⁶⁷ bietet sich beispielsweise bei standardisierten Gütern und Dienstleistungen an, da der Wettbewerb ausschliesslich über den Preis stattfindet. Bei komplexen Beschaffungen hingegen kann sich das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs (zweistufiges Verfahren) eignen. Es bedarf daher einer gewissen **Flexibilität**. Gemäss ZUFFREY fehlt es den vom schweizerischen positiven Recht geregelten Verfahren an dieser Flexibilität.⁶⁸ Die Wahlmöglichkeit von Vergabeverfahren kann zwar die Transparenz mindern und damit zu Effizienz- und Wohlfahrtsverlusten führen.⁶⁹ Die Flexibilität ermöglicht den Beschaffungsstellen andererseits gerade bei nicht standardisierten

⁵⁸ Art. 6 Abs. 1 BoeB.

⁵⁹ BKB/KBOB 2004, S. 30.

⁶⁰ PVK 2002, S. 23 ff., 33 f.; KBBK 2001, S. 59.

⁶¹ BKB/KBOB 2004, S. 33, 40; FREY 2003, S. 56.

⁶² FREY 2002, S. 75 f.

⁶³ FREY 2003, S. 29.

⁶⁴ RPW 2000/2, S. 277 ff.

⁶⁵ Gemäss Bericht PVK (2002, S. 30 f.) betragen die Kosten eines offenen Verfahrens lediglich einige tausend Schweizer Franken (nach Ansicht der Eidgenössischen Materialprüfungsanstalt werden die Kosten von CHF 5'000.- für die verschiedenen Verfahren nicht überschritten). Es ist aber davon auszugehen, dass die Ausschreibungskosten je nach Bereich einige CHF 10'000.- betragen können.

⁶⁶ Vgl. KLEMPERER 2004, S. 103 ff., und GANUZA 2000.

⁶⁷ Vgl. Fn. 87.

⁶⁸ ZUFFREY 2003, S. 97.

⁶⁹ FREY 2003, S. 75 f.

Beschaffungen und angesichts der rasanten technischen Entwicklung sowie der zunehmenden Komplexität in bestimmten Wirtschaftsbereichen, Probleme angemessen lösen zu können. Dies entspricht einer Art Entdeckungsverfahren, in welchem sich durch Erfahrung über die Zeit die besten Verfahren und Verfahrensdesigns herauskristallisieren.

Durch die Zwischenschaltung eines *Generalunternehmers* wird ferner das Prinzipal-Agent-Problem verringert. Beispielsweise übernahm im Kanton Basel ein Generalunternehmer unter Budgetvorgabe die Verantwortung für den Umbau eines Klinikteils des Kantonsspitals, wobei der Generalunternehmer die Beschaffungen zu tätigen hatte. Indem der Generalunternehmer die kostengünstigen Firmen ausfindig macht, kann er seinen Gewinn erhöhen. So wird ihm der Anreiz genommen, einheimische Firmen zu begünstigen.⁷⁰

Ausschreibungsverfahren (offene und selektive) dienen den vier Hauptzielsetzungen des Rechts über das öffentliche Beschaffungswesen wesentlich besser als Einladungs- und freihändige Verfahren.⁷¹ Trotzdem stehen das *Einladungsverfahren* und das *freihändige Verfahren* bezüglich aller Ausschreibungen im *Vordergrund*: 1999 wurden nur 41% der öffentlichen Beschaffungen offen oder selektiv vorgenommen (umfasst ca. CHF 12 Mia.), wobei das offene Verfahren bevorzugt wird. Von den übrigen rund 60% der Beschaffungen fallen je die Hälfte auf das Einladungsverfahren und die direkte Vergabe (je ca. CHF 9 Mia).

Nachfolgend wird auf die wettbewerbpolitischen Vor- und Nachteile des offenen und selektiven sowie des Einladungs- und freihändigen Verfahrens eingegangen.

Offenes Verfahren

Gemessen an den in Ziffer 5 erläuterten wettbewerbpolitischen Problembereichen stellt das offene Verfahren das *grundsätzlich wettbewerbfreundlichste* der gesetzlich vorgesehenen Verfahren dar. Es bietet sämtlichen Anbietern die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen und garantiert so einen *maximal weiten Anbieterkreis*. Dadurch vermindert sich die Kollusionsgefahr, da eine Koordination zwischen den Anbietern erschwert wird.

Ein maximal weiter Anbieterkreis führt zu einer Intensivierung des Wettbewerbs und schafft so für die Anbieter stärkere *Effizienz- und Innovationsanreize*.⁷² Je grösser der Wettbewerbsdruck ist, desto höher ist der Zwang, dass sich Anbieter durch neue Lösungsvorschläge (z.B. raschere Fertigstellung von Bauten, Bonus-Malus-Systeme) von anderen Bewerbern unterscheiden. Der Hauptnutzen von öffentlichen Ausschreibungen liegt nicht nur in tieferen Preisen, sondern auch in mehr Innovation. Internationale Architekturwettbewerbe nutzen seit langem gerade diese Stärke der breiten Ausschreibung. Damit lassen sich ferner Grössenvorteile, wie etwa durch Spezialisierung und Arbeitsteilung, realisieren, welche der Erreichung der gesamtwirtschaftlichen Effizienz dienen.⁷³

Das offene Verfahren *verringert* auch *die Gefahr von Capturing*. Mit der Pflicht, sämtliche Anbieter am Vergabeverfahren teilnehmen zu lassen, haben die Beschaffungsstellen einen geringeren Anreiz, Eigeninteressen zu verfolgen beziehungsweise sich von Partikularinteressen vereinnahmen zu lassen. Hemmend kommt dazu, dass verschiedene verfahrensrechtliche Bestimmungen darauf angelegt sind, die Transparenz zu gewährleisten (Publikationserfordernis, Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen, Offertöffnung, Rechtsmittel, Dokumentationsvorschriften).

Erhöhte Transparenz ist möglich und wünschenswert. Dies kann erreicht werden, indem beispielsweise die Offertöffnungsprotokolle jedem Anbieter zugänglich gemacht werden, wobei im Gegenzug dafür zu sorgen ist, dass dieses Mehr an Transparenz im Rahmen der Offertbereinigung nicht durch nachträgliche Abgabe eines (verdeckten) Angebots missbraucht werden kann.⁷⁴ *Erhöhte Transparenz* lässt sich des Weiteren mit dem Instrument der elektronischen Ausschreibung realisieren. Mittel- bis langfristig können damit auch die Informationskosten gesenkt werden.⁷⁵ Darüber hinaus wirkt dieses Instrument wettbewerbsfördernd, da davon ausgegangen werden kann, dass die Zahl der Anbieter im Vergleich zur klassischen Ausschreibung (via offizieller Publikationsorgane) steigt.⁷⁶

Selektives Verfahren

Im Unterschied zum offenen Verfahren nimmt die Vergabestelle eine Selektion der interessierten Anbieter im Hinblick auf die Abgabe eines Angebotes vor. Diese so genannte Präqualifikation erfolgt anhand von Eignungskriterien.

Das Instrument der *Präqualifikation* kann unter Umständen von der Vergabestelle dazu benutzt werden, Eigeninteressen oder Interessen bestimmter interessierter Anbieter zu verfolgen, indem die Eignungskriterien nach Massgabe des gewünschten Selektionsergebnisses bestimmt werden. Es besteht mithin im Vergleich zum offenen Verfahren ein *erhöhtes Capturingrisiko*, das noch zusätzlich erhöht wird, wenn die Anzahl der zur Abgabe eines Angebots eingeladenen Anbieter (zum Vornherein) beschränkt wird (Art. 15 Abs. 4 BoeB/Art. 12 Abs. 1 VoeB). Dementsprechend wichtig sind entsprechende Leitplanken für die Festlegung der Eignungskriterien durch die Vergabestelle.⁷⁷ Analog zu offenen Verfahren wirken immerhin jene Vorschriften risikomindernd, die auf die *Gewährleistung von Transparenz* abzielen (vgl. vorstehend).

⁷⁰ FREY 2003, S. 67 ff.

⁷¹ PVK 2002, S. 1, 22 ff.; SCHERRER-JOST 1999, Ziff. 25.

⁷² FREY 2003, S. 56, 70; BKB/KBOB 2004, S. 35.

⁷³ FREY 2003, S. 31.

⁷⁴ GALLI/MOSER/LANG, Rz. 320.

⁷⁵ Vgl. auch Umfrage BKB/KBOB, S. 32; Ecoplan 2004.

⁷⁶ Umfrage BKB/KBOB, S. 18, wonach die offiziellen Publikationsorgane nur wenig konsultiert werden.

⁷⁷ Vgl. dazu Ziff. 6.4.

Auch das *Kollusionsrisiko* ist im Vergleich zum offenen Verfahren erhöht, da der Anbieterkreis durch die Präqualifikation verkleinert und somit die Koordination zwischen den Anbietern bei der Angebotsabgabe erleichtert wird. Ein zusätzlich erhöhtes Kollusionsrisiko liegt wiederum dann vor, wenn die Anzahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter beschränkt wird. Diese gesetzlich zulässige Beschränkung der Anzahl Anbieter auf deren drei erscheint aufgrund des damit verbundenen akzentuierten Capturing- und Kollusionsrisikos fragwürdig. Aus wettbewerblicher Sicht sollte eine Heraufsetzung der Mindestzahl einzuladender Anbieter in Erwägung gezogen werden.

Einladungs- und freihändiges Verfahren

Aus wettbewerblicher Sicht sind das Einladungs- und noch verstärkt das freihändige Verfahren problematisch. Sie verhindern Wettbewerb zwischen Anbietern erheblich (Einladungsverfahren) beziehungsweise gänzlich (freihändiges Verfahren). Der grosse Ermessensspielraum der Vergabestelle bei der Auswahl der Anbieter schafft zudem ein erhebliches Capturingrisiko und fördert das "Hoflieferantentum".

Aufgrund dieser Probleme und im Bestreben, die Erreichung der Ziele des Beschaffungsrechts sicherzustellen, sollte die Anwendung dieser Verfahren eingeschränkt werden. Dies kann mittels Senkung der Schwellenwerte für das offene und selektive Verfahren erreicht werden, wobei diesbezüglich unter Umständen differenzierte Lösungen zu finden sind.⁷⁸ Eine weitere Verbesserung könnte bewerkstelligt werden, indem im unterschweligen Bereich das (etwas wettbewerbsfreundlichere) Einladungsverfahren zur Regel und das freihändige Verfahren zur Ausnahme erklärt werden würde. Letzteres dürfte nur in wenigen, abschliessend umschriebenen Fällen zur Anwendung gelangen. Nebst dieser Aufwertung des Einladungsverfahrens sollte auch eine wettbewerbsfreundlichere Ausgestaltung desselben angestrebt werden und zwar mittels Heraufsetzung der Mindestzahl der einzuladenden Anbieter und einer klareren (transparenzfördernden) Regelung in Gesetz und Verordnung (z.B. Dokumentationspflicht).

6.3. Technische Spezifikation – Umschreibung des Leistungsgegenstandes

Im Rahmen der technischen Spezifikation umschreibt die Auftraggeberin die *technischen und qualitativen Anforderungen* an die von ihr gewünschten Leistungen oder Produkte (Art. 12 BoeB; Art. IV des GATT-Übereinkommens). Sie verfügt dabei über einen erheblichen *Ermessensspielraum*. Damit einher geht die Gefahr, dass der Leistungsbeschrieb als Instrument missbraucht wird, um Anbieter zu bevorzugen beziehungsweise auszuschliessen. Die daraus resultierende Verkleinerung des Anbieterkreises führt zu einer Verminderung des Wettbewerbs und wirkt sich unter anderem innovationshemmend aus.

Aus wettbewerblicher Sicht müssen technische Spezifikationen *leistungs- oder produktbezogen* sein. Des Weiteren sollten sie sich am zwingend Erforderlichen und nicht am Wünschbaren orientieren, damit der Kreis der Anbieter möglichst gross bleibt und ein

Anreiz für innovative Angebote besteht. Dies bedeutet nicht, dass es für einen Anbieter per se nachteilig wäre, über das Notwendige hinauszugehen (z.B. bezüglich der Qualität). Das Mehr an Qualität kann im Rahmen der Gesamtbewertung der verschiedenen Angebote Berücksichtigung finden. Kontrovers diskutiert wird diesbezüglich die *Berücksichtigung ökologischer Parameter* (z.B. Produktionsverfahren, Produktbeschaffenheit), die nicht durch öffentliches Recht zwingend vorgegeben sind. Das GPA lässt die Berücksichtigung von umweltpolitischen Anliegen in einem bestimmten Rahmen zu.⁷⁹

Aus wettbewerblicher Sicht sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die Vorgabe beispielsweise, dass zu beschaffende Möbel aus Holz gefertigt sein müssen, das aus ökologisch nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammt, respektiert den Grundsatz der Produktbezogenheit. Es schliesst grundsätzlich keine Wettbewerber aus und wirkt somit nicht wettbewerbshemmend. Als problematisch kann sich umgekehrt zum Beispiel die Vorgabe erweisen, wonach die Anbieter auch ausserhalb des Beschaffungsauftrages immer mit Holz arbeiten, das aus ökologisch nachhaltig bewirtschafteten Wäldern stammt. Anbieter, die ausserhalb dieses möglichen Beschaffungsauftrages nicht oder nicht immer mit solchem Holz arbeiten, werden ausgeschlossen.

Aus wettbewerblicher Sicht rechtfertigt sich eine ökologisch determinierte Spezifikation dann, wenn sie der nachweisbaren *Internalisierung externer Effekte* dient (vgl. dazu Ziff. 6.4.4 unten) und der Zugang zu allfälligen, diesbezüglich verliehenen Labels oder Zertifikaten Anbietern grundsätzlich offen steht. Wettbewerbspolitische und ökologische Anforderungen brauchen sich damit nicht gegenseitig auszuschliessen.

Die möglichen wettbewerblichen Probleme im Zusammenhang mit der technischen Spezifikation können unter Umständen umgangen werden, indem *funktional ausgeschrieben*⁸⁰ wird. Die funktionale

⁷⁸ Zu den Kriterien für die Festsetzung der Schwellenwerte, vgl. vorstehend.

⁷⁹ Das GPA verlangt die Gleichbehandlung aller in- und ausländischen Anbieter für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen. Dieses Prinzip der Gleichbehandlung wird unter anderem in der Vorschrift betreffend technische Spezifikationen konkretisiert, indem Anforderungen an die Qualität, Leistung, Sicherheit und Abmessungen usw. sowie an die Produktionsprozesse und -verfahren, die die Merkmale einer zu kaufenden Ware oder Dienstleistung festlegen, nicht in der Absicht ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden dürfen, um unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. Damit bringt das GPA gleichzeitig zum Ausdruck, dass umweltpolitische Anliegen bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen in einem bestimmten Rahmen berücksichtigt werden können. Insbesondere kann die Umweltverträglichkeit einer Ware oder Dienstleistung mit Blick auf ihre Anwendung oder ihren Gebrauch, Unterhalt, Beseitigung sowie Verwertung einer Evaluation zugrunde gelegt werden. Voraussetzung ist aber immer, dass ein Zusammenhang mit der Beschaffung selbst besteht und dass daraus keine unnötige Behinderung des Handels resultiert (KBBK 2001, S. 56 ff.).

⁸⁰ Bei der funktionalen Ausschreibung beschränkt sich das Leistungsverzeichnis auf die Festlegung des Beschaffungsziels bzw. eines Leistungsprogramms, ohne den Gegenstand und den Umfang der nachgesuchten Leistung abschliessend und genau zu umschreiben (GALLI, MOSER, LANG, S. 98, Rz. 215).

Ausschreibung reduziert die Gefahr der Benachteiligung bestimmter Anbieter und fördert die Innovation in hohem Masse.⁸¹ Aus wettbewerblicher Sicht ist es deshalb angezeigt, die funktionale Ausschreibung als Möglichkeit im Gesetz zu verankern.

6.4. *Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie vergabefremde Kriterien - Auswahlkriterien*

6.4.1. *Allgemeines*

Mit Hilfe der *Eignungskriterien* soll die Beschaffungsstelle die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit eines Anbieters prüfen, während mit Hilfe der *Zuschlagskriterien* das wirtschaftlich günstigste Angebot der Anbieter ermittelt werden soll.⁸² Vereinfacht gesagt beziehen sich die Eignungskriterien auf den Anbieter und die Zuschlagskriterien auf die Beschaffung.

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind aus wettbewerblicher Sicht so festzulegen, dass sie eine maximal grosse Anzahl Anbieter in Wettbewerb zueinander treten lassen und dadurch die Auswahl des optimalen Angebots (Preis-Leistungs-Verhältnis) ermöglichen. Sie müssen zu diesem Zweck leistungs- beziehungsweise objektbezogen sein. Die Berücksichtigung so genannter "vergabefremder" Kriterien ist nicht unproblematisch, da diese wettbewerbsbeschränkend wirken können. Es handelt sich dabei um Kriterien, mit denen andere als beschaffungsrechtliche Ziele verfolgt werden, beispielsweise sozialpolitische oder ökologische Ziele.

Die *Eignungsprüfung und die Bewertung der Angebote* im Hinblick auf den Zuschlag sind strikte voneinander zu *trennen*. Dies bedeutet insbesondere, dass Eignungskriterien bei der Bewertung nicht mehr berücksichtigt werden dürfen (Verbot der Doppelprüfung)⁸³. Nur so kann gewährleistet werden, dass das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis den Zuschlag erhält.

6.4.2. *Eignungskriterien*

Eignungskriterien wirken als *Marktschranken*, wenn sie über das Notwendige hinausgehen, mithin unverhältnismässig sind. Dies führt zu einer Verkleinerung des Anbieterkreises und somit zu einer Verminderung des Wettbewerbs. Die Beachtung des Gebotes der Verhältnismässigkeit ist umso wichtiger, als der Auftraggeber das Instrument der Eignungsprüfung - insbesondere im selektiven Verfahren - dazu missbrauchen kann, bestimmte Anbieter zu bevorzugen oder auszuschliessen.

Die Trennlinie zwischen verhältnis- und unverhältnismässigen Eignungskriterien ist freilich nicht leicht zu ziehen. So ist beispielsweise das Kriterium "*Qualitätssicherungssystem*"⁸⁴ einerseits ein aussagekräftiger Beleg für die Eignung des Anbieters. Andererseits ist die Lizenzierung solcher Systeme häufig kostspielig, womit dieses Kriterium für kleinere Unternehmen als Marktschranke wirken kann.

Als Marktschranke können Eignungskriterien auch aufgrund deren Handhabung wirken. "*Erfahrung*"

beispielsweise stellt ein Qualitätssignal dar (gerade bei nicht standardisierten Gütern und Dienstleistungen), das als Marktschranke gehandhabt werden kann, wenn es so angewendet wird, dass neue, innovative Anbieter (Newcomer) bloss aufgrund des noch nicht vorhandenen Leistungsausweises praktisch automatisch von der Beschaffung ausgeschlossen werden. Diesbezüglich gilt es zu bedenken, dass Erfahrung - anders als die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit - vornehmlich personen- und nur bedingt betriebsbezogen ist. So kann ein neues Unternehmen, das über hinreichend erfahrene Mitarbeiter verfügt, durchaus vor diesem Kriterium standhalten.

Schliesslich ist mit Blick auf die bereits erwähnte Liste der gesetzlichen Eignungskriterien nicht einsehbar, weshalb Anbieter im Rahmen der Eignungsprüfung systematisch angehalten werden können, eine Erklärung betreffend die *Einhaltung der Arbeitsbedingungen* abzugeben oder den *Nachweis der Bezahlung von Sozialabgaben und Steuern* zu erbringen. Ebenso verhält es sich mit der diskutierten systematischen *Überprüfung von Arbeitsschutzbedingungen* und der *Lohnleichheit* zwischen Frau und Mann. Hier handelt es sich nicht um Kriterien, welche die Leistungsfähigkeit der Anbieter belegen, sondern vielmehr um vergabefremde Kriterien, welche die Sicherstellung der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bestimmungen bezwecken.⁸⁵

6.4.3. *Zuschlagskriterien*

Art und Gewichtung der Zuschlagskriterien (Art. 21 BoeB i.V.m. Art. 37 VoeB) entscheiden den Ausgang des Wettbewerbs zwischen den (geeigneten) Anbietern. Angesichts dieser *wettbewerblichen Schlüsselstellung* kommt der Gewährleistung von Transparenz eine besondere Bedeutung zu. Zu diesem Zweck sind die Zuschlagskriterien und deren *Gewichtung zu Beginn des Verfahrens* festzulegen und den Interessenten *bekannt zu geben*. Sie müssen des Weiteren *präzise formuliert* sein. Dem *Beschaffungsgegenstand* ist dabei Rechnung zu tragen: Gerade bei Beschaffungen von innovativen Gütern und Dienstleistungen, bei einmaligen Beschaffungen (z.B. Anwendungen für die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe, LSWA) und geringen Kenntnissen der Beschaffungsstellen können eine unpassende oder "falsche" Art der Gewichtung von Zuschlagskriterien zu suboptimalen Lösungen führen. Zur Vermeidung solcher Lösungen bietet sich beispielsweise die oben erwähnte funktionale Ausschreibung an.

Transparenz im oben umschriebenen Sinne vermag das Capturingrisiko klein zu halten. Umgekehrt kann sie aber, je nach Anzahl der Kriterien, eine Erhöhung

⁸¹ BKB/KBOB, S. 18, Rz. 74.

⁸² KBBK 2001, S. 33.

⁸³ BRK 4/1999, S. 141.

⁸⁴ Vgl. Liste der Eignungskriterien im Anhang 3 zur VoeB.

⁸⁵ Ausführlich zum Problem der vergabefremden Kriterien vgl. unten, Ziff. 6.4.4.

des Kollisionsrisikos herbeiführen. *Je mehr Kriterien* formuliert werden, *desto schwieriger* wird es für die Anbieter, *sich abzusprechen*.

Die Verwendung mehrerer Kriterien ermöglicht auch die Wahl des Angebotes mit dem *besten Preis-Leistungs-Verhältnis*.⁸⁶ Für dessen Evaluation sollte jedoch, im Unterschied zur gängigen Praxis, eine gesonderte Bewertung von Preis und Leistung vorgenommen werden ("2-Couvert-Verfahren").

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen stellt sich die Frage nach der Berechtigung, die Wahl des Angebots bei weit gehend standardisierten Gütern ausschliesslich anhand des Preises vorzunehmen (Art. 21 Abs. 3 BoeB). Die Berechtigung dafür ist insofern gegeben, als ein Leistungsvergleich bei derartigen Gütern in den Hintergrund rückt. Als Problem verbleibt jedoch das erhöhte Kollisionsrisiko. Dieses Problem könnte gemildert werden, indem die Vergabe derartiger Güter im Auktionsverfahren (insbesondere in der inversen Auktion)⁸⁷ vorgenommen würde.

6.4.4. Vergabefremde Kriterien

Aus wettbewerblicher Sicht ist das Heranziehen vergabefremder Kriterien, wie beispielsweise sozialer, ökologischer und regionalpolitischer Kriterien, problematisch. Die Verwendung derartiger Kriterien führt nicht nur zu einer *Reduktion des Anbieterkreises*, was den Wettbewerb schwächt, sondern auch zu potenziellen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern. Des Weiteren ruft die Berücksichtigung insbesondere ökologischer und sozialer Kriterien nach Kontrollen betreffend deren Einhaltung. Es fallen mit anderen Worten *zusätzliche Regulierungskosten* an, welche Beschaffungen verteuern, was dem Ziel des wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel zuwiderläuft. Die Erreichung anderer als die im Vergaberecht definierten Ziele sollte grundsätzlich mittels entsprechender *öffentlich-rechtlicher Spezial-lasse* (z.B. Sozialgesetzgebung) sichergestellt werden.⁸⁸

Im Brennpunkt der Diskussion um die Zulässigkeit vergabefremder Kriterien stehen insbesondere *ökologische Kriterien*. Über deren rechtliche Zulässigkeit besteht eine erhebliche Unsicherheit.⁸⁹ Unklar ist etwa, ob anstelle des Preises die mittel- beziehungsweise langfristigen Kosten (z.B. Lebenswegkosten) als Kriterium verwendet werden sollen. Aus ökonomischer Sicht lässt sich das Heranziehen ökologischer Kriterien rechtfertigen, soweit dadurch *externe Effekte internalisiert* werden. Externe Effekte können sowohl im Konsum (z.B. Benutzung einer Autobahn ohne CO²-Abgabe) als auch in der Produktion⁹⁰ (z.B. eine Stahlproduktionsfirma, die Verschmutzung verursacht) auftreten. Sie können sowohl positiv als auch negativ sein, wobei hier die negativen und produktbezogenen im Vordergrund stehen.⁹¹ Negative externe Effekte benachteiligen Dritte, ohne dass deren Erzeuger für die zusätzlich entstehenden Kosten aufkommen müssen. Und weil der Verursacher nicht für alle Kosten seiner Tätigkeit aufkommt (Verursacherprinzip wird nicht durchgesetzt), wird er diese norma-

lerweise in grossem Umfang ausüben. Vor allem im Umweltbereich ist dieses Verhalten zu beobachten.

Externe Effekte werden in der ökonomischen Theorie als Hauptursache für Marktversagen und das Aufkommen von Umweltproblemen in marktwirtschaftlich organisierten Volkswirtschaften angesehen.⁹² Werden externe Effekte kompensiert (etwa durch eine entsprechende Änderung der Preise) und das Verursacherprinzip umgesetzt, spricht man von einer *Internalisierung der externen Effekte*.

Der *Nachweis* negativer externer Effekt ist freilich oft nicht leicht zu erbringen. Dadurch besteht die Gefahr der "falschen" Anwendung derartiger Kriterien und, daraus resultierend, einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs. Ferner ist die *Einhaltung* solcher Kriterien *schwierig zu überprüfen*.⁹³ Es stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, wie weit Umwelthanliegen beim Zuschlag als Kostenfaktoren zu berücksichtigen sind (gerade soweit mit deren Umsetzung Investitionskosten verbunden sind), damit sich nicht eine Ungleichbehandlung einstellt.

Trotzdem gilt es zu berücksichtigen, dass eine *vermehrte Ökologisierung* im Sinne einer Internalisierung von externen Effekten zu positiven Auswirkungen auf die Umwelt führt und auch wirtschaftlich zunehmend interessanter wird. So wird durch den Gebrauch von weniger umweltgefährdenden Stoffen oder Leistungen die Ökoeffizienz erhöht und die betriebswirtschaftlichen Kosten der Produktion und der Entsorgung können geringer ausfallen. Volkswirtschaftlich wirkt sich dies positiv aus.

Aufgrund dieser und der eingangs formulierten Einwände stellt sich die Frage, ob die Berücksichtigung ökologischer Kriterien nicht grundsätzlich auf die *technische Spezifikation* zu beschränken ist. Dem Postulat nach "ökologischen Beschaffungen" könnte auf diesem Weg hinreichende Beachtung geschenkt und der Wettbewerb vor übermässigen Einschränkungen bewahrt werden.

⁸⁶ Ist dem Begriff "wirtschaftlich günstigstes Angebot" nach Massgabe von Art. 21 Abs. 1 BoeB vorzuziehen.

⁸⁷ Inverse Auktionen (auch: Beschaffungsauktion, Einkaufsauktion oder "reverse auction") beschreiben ein dynamisches Bietverfahren von potenziellen Anbietern im Rahmen einer Beschaffung. Im Gegensatz zu anderen Auktionen sinkt der Preis im Laufe der Auktion mit jedem neuen Angebot. Leistungsbeschreibende Kriterien und Ablaufregeln der Auktion werden vor Beginn bekannt gegeben (vgl. etwa Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit 2001, S. 9 ff.).

⁸⁸ FREY 2003, S. 34 f.

⁸⁹ Umweltkriterien beispielsweise werden in 23% aller Beschaffungsvorhaben verwendet.

⁹⁰ Externe Effekte in der Produktion treten dann auf, wenn die Produktionsmöglichkeiten einer Firma von den Konsum- oder Produktionsentscheidungen anderer abhängen (STEPHAN und AHLHEIM 1996, S. 59).

⁹¹ Im Falle von positiven externen Effekten kann sich der Erzeuger nicht alle Ergebnisse seiner Tätigkeit aneignen. Damit ist in der Regel zu erwarten, dass diese Tätigkeiten in einer Volkswirtschaft in einem zu kleinen Umfang angeboten werden (etwa Grundlagenforschung).

⁹² STEPHAN und AHLHEIM 1996, S. 59 ff.

⁹³ PVK 2002, S. 42 f.

Auch **soziale Kriterien** innerhalb des Beschaffungsverfahrens verzerren das Spiel von Angebot und Nachfrage. Aus Effizienzgründen sollen Umverteilungen - wie etwa zu Gunsten von Arbeitsplätzen für Lehrlinge oder behinderte Menschen - wirtschaftliche Prozesse wie den Beschaffungsvorgang unverfälscht lassen. Die Erreichung anderer als die im Vergaberecht definierten Ziele sollten grundsätzlich mittels entsprechender öffentlich-rechtlicher Spezialerlasse sichergestellt werden und ausserhalb wirtschaftlicher Prozesse erfolgen. Eine Möglichkeit wären beispielsweise Direktzahlungen an Firmen, welche Lehrlingsplätze oder behindertengerechte Arbeitsbedingungen aufweisen. Dabei stellt sich die Frage, ob soziale Eingriffe innerhalb des Beschaffungsverfahrens effizient sind beziehungsweise nicht durch anderweitige Eingriffe (wie etwa die erwähnten Direktzahlungen) ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis der eingesetzten Mittel erreicht werden kann, denn auch Umverteilungen sollen im bestmöglichen gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Verhältnis erfolgen. Wohlgemerkt geht es nicht darum, die sozialen Forderungen der Gesellschaft schmälern zu wollen, sondern es geht einzig um Ort und Art der Umsetzung der sozialen Forderungen.

IV. Verhältnis von Kartell- und Vergaberecht

7. Kumulative Anwendbarkeit

Das **Kartellgesetz** bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es soll mithin den **wirksamen Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern** sicherstellen. Was als schädlich im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist, ergibt sich aus den Tatbestandskatalogen von Artikel 5 KG (unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen) und Artikel 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen). Bei Erfüllung dieser Tatbestände greifen die gesetzlichen Rechtsfolgen. Diese erschöpfen sich nicht nur im **Unterbinden des entsprechenden Verhaltens**, sondern umfassen auch dessen (direkte) **Sanktionierung** in Form von Bussen (Art. 30, 50 und 54 KG).

Das **Vergaberecht** bezweckt die Förderung des Wettbewerbs zwischen den Anbietern. Im Unterschied zum KG handelt es sich dabei allerdings nur um einen von mehreren, sich ergänzenden Gesetzeszwecken (Art. 1 BoeB). Ein **funktionierender Wettbewerb** zwischen Anbietern soll es der öffentlichen Auftraggeberin insbesondere ermöglichen, ihre **Mittel wirtschaftlich einzusetzen**. Schliesslich sieht das Vergaberecht **andere Rechtsfolgen** für wettbewerbschädigendes Verhalten seitens der Anbieter vor. So kann die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder die Anbieter vom Verfahren sowie aus dem Verzeichnis der geeigneten Anbieter ausschliessen, wenn die Anbieter wettbewerbschädigende Abreden getroffen haben (Art. 11 Bst. e BoeB).

Die aufgezeigten Unterschiede hinsichtlich der Zweckbestimmung, der tatbestandlichen Erfassung

wettbewerbsrelevanter Sachverhalte und deren Rechtsfolgeregelung lassen den Schluss zu, dass kartell- und vergaberechtliche Normen kumulativ Anwendung finden.⁹⁴ Diese Auffassung wurde von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und (indirekt) vom Bundesgericht im Fall "Betonanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek" bestätigt.⁹⁵ Gründe, die gegen eine **kumulative Anwendung** sprechen, sind keine ersichtlich. Keinen Grund liefert insbesondere Artikel 3 KG, der einen Vorbehalt zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Vorschriften enthält, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Bei Ausschreibungen ist dies gerade nicht der Fall, wird doch auf den betreffenden Märkten bewusst eine Wettbewerbssituation zwischen Anbietern geschaffen.

8. Relevante kartellrechtliche Bestimmungen

8.1. Sachlicher Geltungsbereich (Art. 2 KG)

Gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG gilt das Gesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

Als Unternehmen gelten dabei **sämtliche Nachfrager oder Anbieter** von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Diese Bestimmung stellte eine der Neuerungen des revidierten KG dar (Inkrafttreten 1.4.2004) und **erweitert den sachlichen Geltungsbereich** auf alle (zentralen und dezentralen) Verwaltungseinheiten des Bundes, der Kantone und Gemeinden, einschliesslich ihrer öffentlichen Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit (insbesondere Anstalten), die sich als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen.

Die neue Bestimmung von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG erlaubt es, die **Nachfrage- und Anbietermacht der öffentlichen Hand** wettbewerbsrechtlich erfassen zu können, womit die bisherige Ungleichbehandlung Privater beseitigt wird. Anstoss für die Ausweitung des Unternehmensbegriffs bildete insbesondere das in der Ratsdebatte aufgeworfene Problem der Nachfragemacht des Staates im öffentlichen Beschaffungswesen.⁹⁶

8.2. Tatbestände

8.2.1. Unzulässige Abreden (Art. 5 KG)

Gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

⁹⁴ RPW 2002, S. 140, Rz. 22 mit Verweisen.

⁹⁵ Entscheid der REKO/WEF vom 22.12.2004, S. 18 f.; Entscheid des Bundesgerichts vom 22.8.2005, S. 9.

⁹⁶ Amtl. Bull. StR 2003, S. 324 f.

rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Als **Wettbewerbsabrede** gilt dabei jede rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarung sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufe, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (Art. 4 Abs. 1 KG).

Im Beschaffungswesen sind insbesondere folgende **Arten von Abreden** relevant:

- "**Klassische**" **Submissionsabrede**: Abrede zwischen Anbietern der gleichen Marktstufe (Horizontalabrede), die bei der Beschaffungsstelle ein selbstständiges Angebot einreichen. Vom Inhalt her handelt es sich in der Regel um Preis- und/oder Marktaufteilungsabreden, deren Zweck es in den meisten Fällen ist, den Gewinn der an der Abrede beteiligten Anbieter zulasten der öffentlichen Hand zu maximieren ("Kartellrente"). Für derartige Abreden gilt die (widerlegbare) gesetzliche Vermutung, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen (Art. 5 Abs. 3 KG). Eine Checkliste mit Indizien für Submissionsabsprachen befindet sich im Anhang.
- **Bietergemeinschaft**: Abrede zwischen Anbietern der gleichen Marktstufe (Horizontalabrede), ein gemeinsames Angebot einzureichen, obschon jeder an der Abrede beteiligte Anbieter in der Lage wäre, ein selbstständiges Angebot einzureichen. Der Zweck von Bietergemeinschaften besteht häufig darin, sich mittels Angebotsbündelung gegenüber der Beschaffungsstelle eine stärkere Position zu verschaffen. Die kartellrechtliche Erfassung derartiger Abreden erfolgt mittels Artikel 5 oder, alternativ, mittels Artikel 7 KG (vgl. Ziff. 8.2.2 unten). Von der Bietergemeinschaft abzugrenzen ist die Abrede einer Gemeinschaft spezialisierter Unternehmen, die nur durch "Zusammenlegung" ihrer Leistungen in der Lage sind, die Gesamtleistung zu erbringen. Es handelt sich hierbei um keine Abreden im kartellrechtlichen Sinne, da sie keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.
- **Einkaufskooperation**: Abrede zwischen Auftraggebern der gleichen Marktstufe (Horizontalabrede), eine Beschaffung gemeinsam vorzunehmen (Nachfragebündelung). Der Zweck von Einkaufskooperationen besteht darin, mittels Nachfragebündelung ein optimales Angebot zu erhalten. Deren kartellrechtliche Erfassung kann unter Umständen alternativ mittels Artikel 7 KG erfolgen (vgl. Ziff. 8.2.2 unten). Der Umstand, dass Einkaufskooperationen im Lichte des beschaffungsrechtlichen Ziels des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel zu begrüssen sind (z.B. Erzielung von Mengenrabatten), befreit die Auftraggeber freilich nicht davon, die durch das KG gesetzten Schranken einzuhalten.

Zur **Feststellung der Unzulässigkeit beziehungsweise Zulässigkeit** derartiger Abreden sind verschiedene Parameter massgebend.

- **Abgrenzung des relevanten Marktes**: Der relevante Markt weist eine sachliche und räumliche Dimension auf. 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 (VKU), SR 251.4). Der **räumlich** relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Marktgegenseite im Falle der Submissionsabrede sind die Auftraggeber, die Waren und Leistungen nachfragen. Marktgegenseite im Falle der Einkaufskooperation sind Anbieter, welche Absatzkanäle für ihre Waren und Leistungen nachfragen.

Bei **Submissionsmärkten** ist nun aber zu berücksichtigen, dass sie - im Unterschied zu "normalen" Märkten - bloss **über eine beschränkte Zeit bestehen**. Der Wettbewerb zwischen den Anbietern spielt sich zwischen dem Beginn der Ausschreibung und dem Einreichen der Angebote ab. Unternehmen, die sich nicht an der Ausschreibung beteiligen, werden dadurch auch nicht in den Markt einbezogen.⁹⁷ Der Auftraggeber hat somit keine Möglichkeit, auf andere als die am Wettbewerb teilnehmenden Anbieter auszuweichen. Aus Sicht des Auftraggebers ist es deshalb gerechtfertigt, jede einzelne Submission als einen eigenen relevanten Markt zu betrachten.⁹⁸

Eine andere Beurteilung ergibt sich aus Sicht der Anbieter als Marktgegenseite, was im Falle von Einkaufskooperation relevant ist. Da das Ausweichen auf andere Absatzkanäle beziehungsweise Auftraggeber mit der Durchführung einer einzelnen Ausschreibung nicht per se ausgeschlossen wird, ist die Marktabgrenzung wie bei "normalen" (Dauer)Märkten vorzunehmen.

- **Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt**: Wenn es sich um Absprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG ("klassische" Submissionsabreden und Bietergemeinschaften) handelt, ist zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn trotz der Abrede wirksamer Aussenwettbewerb (genügender Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Anbieter) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Anbieter, da sich die Anbieter nicht an die Abrede halten) besteht (RPW 2001, S. 667, Rz. 73). Gelingt dies nicht, ist die Abrede unzulässig.

⁹⁷ RPW 2002, S. 141 f., Rz. 27.

⁹⁸ Im Fall "Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek", bei dem es um die Beurteilung einer Preisabrede zwischen sämtlichen, aufgrund eines Präqualifikationsverfahrens eingeladenen Anbietern ging, umfasste der relevante Markt "Betonsanierungsarbeiten mit den beteiligten Bietern" (RPW 2002, S. 142, Rz. 28).

Im umgekehrten Fall ist zu prüfen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt (Art. 5 Abs. 1 KG). Gleiches gilt für die Einkaufskooperation, die grundsätzlich als Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG zu qualifizieren ist. Massgebende Beurteilungskriterien sind die Wichtigkeit der von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter für die Wettbewerbsverhältnisse (qualitative Kriterien) und solche quantitativer Natur (insbesondere Stellung der Marktgegenseite).

Kann die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung bejaht werden, bleibt zu prüfen, ob allfällige Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG (z.B. rationellere Nutzung von Ressourcen) gegeben sind. Bei klassischen Submissionsabreden lassen sich derartige Gründe angesichts des damit verfolgten Zwecks wohl per se nicht geltend machen.

8.2.2. *Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)*

Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (*Behinderungsmisbrauch*) oder die Marktgegenseite benachteiligen (*Ausbeutungsmisbrauch*). Artikel 7 Absatz 2 KG enthält eine (nicht abschliessende) Aufzählung missbräuchlicher beziehungsweise unzulässiger Verhaltensweisen. Darunter fallen beispielsweise die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen.

Als *marktbeherrschende Unternehmen* gelten dabei 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. Das blosses Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Verboten ist einzig deren missbräuchliche Ausübung.

Im Beschaffungswesen können folgende Konstellationen wettbewerbsrechtlich relevant sein:

- Unzulässiges Verhalten eines einzelnen, marktbeherrschenden Auftraggebers oder mehrerer, kollektiv marktbeherrschender Auftraggeber (Nachfragebündelung mittels Einkaufskooperation).
- Unzulässiges Verhalten eines einzelnen, marktbeherrschenden Anbieters oder mehrerer, kollektiv marktbeherrschender Anbieter (Angebotsbündelung mittels Bietergemeinschaft).

Als kartellrechtliche *Tatbestände* bei Beschaffungen kommt dabei insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Denkbar sind freilich auch so genannte Kopplungsgeschäfte, im Rahmen derer der marktbeherrschende Auftraggeber beziehungsweise Anbieter den Vertragspartner zur Annahme oder Erbringung zusätzlicher Leistungen zwingt (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG).

Schliesslich können auch *Unterangebote* marktbeherrschender Anbieter kartellrechtsrelevant sein, wenn ihnen die Absicht zugrunde liegt, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG).

Für die *kartellrechtliche Beurteilung* derartiger Verhaltensweisen sind folgende Parameter massgebend:

- *Abgrenzung des relevanten Marktes*: Diesbezüglich gelten die Ausführungen, die unter vorangehender Ziffer 8.2.1 bezüglich der Marktabgrenzung bei Bietergemeinschaften und Einkaufskooperationen gemacht wurden.
- *Stellung des Auftraggebers beziehungsweise des Anbieters auf dem relevanten Markt*: Die Beurteilung der Marktstellung erfolgt im Lichte verschiedener Kriterien. Für den Fall des nachfragemächtigen Auftraggebers gehören dazu insbesondere dessen Marktanteil, die Struktur der Angebotsseite (je grösser die Anzahl Anbieter, desto geringer die Gegenmacht der einzelnen Anbieter) und das Vorliegen potenzieller Absatzkanäle (Alternativen zu bestehenden Absatzkanälen). Für den Fall des angebotsmächtigen Anbieters werden sinngemäss dieselben Kriterien herangezogen.
- *Prüfung allfälliger sachlicher Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons")*: Ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG liegt nur dann vor, wenn hierfür keine sachlichen Rechtfertigungsgründe (wie beispielsweise kaufmännische Grundsätze) bestehen. Im Einzelfall fällt die Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten oft nicht leicht. Grundsätzlich darf ein unzulässiges Verhalten nicht leichtfertig angenommen werden. Dies gilt besonders für das Verhalten marktbeherrschender Auftraggeber, sind doch Ausschreibungen darauf angelegt, Wettbewerbsdruck (zwischen Anbietern) zu erzeugen. Der Zweck von Artikel 7 KG besteht keinesfalls darin, nicht wettbewerbsfähigen Anbietern das wirtschaftliche Überleben zu sichern.

8.3. *Rechtsfolgen von kartellrechtswidrigem Verhalten und Vollstreckung*

8.3.1. *Rechtsfolgen kartellrechtswidrigen Verhaltens*

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 und 7 KG ziehen eine *Verfügung der Weko* nach sich, welche die betreffenden Unternehmen zur Aufgabe der unzulässigen Verhaltensweise verpflichtet, sofern die Abrede überhaupt noch besteht. Zusätzlich wird den Unternehmen bei Erfüllung der Tatbestände von Artikel 5 Absatz 3 und Artikel 7 KG eine *Busse* auferlegt (Art. 49a Abs. 1 KG). Vorbehalten bleibt der teilweise oder gänzliche Erlass der Busse zu Gunsten jener Unternehmen, die an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken (Art. 49a Abs. 2 KG).

Auch Abreden, die nicht mehr bestehen,⁹⁹ können sanktioniert werden. Dies ergibt sich e contrario aus Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe c KG, wonach eine Busse entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt wird.

8.3.2. Vollstreckung

Währenddem die Vollstreckung von Entscheiden der Weko gegenüber privaten Anbietern keine Probleme nach sich zieht, *wirft die Vollstreckung gegenüber öffentlichen Auftraggebern des Bundes heikle Fragen auf*. Dies deshalb, weil sich in diesem Fall Verwaltungseinheiten derselben Stufe gegenüberstehen. Im Entscheid BGE 127 II 42 in Sachen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (EVD) gegen Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) hat das Bundesgericht zwar die Frage offen gelassen, ob die Anordnung derartiger Massnahmen *grundsätzlich* ausgeschlossen ist. Im zu beurteilenden Fall verneinte das Bundesgericht die Kompetenz der Weko, gegen die SMA zu verfügen, aufgrund des Vorliegens vorbehaltener öffentlich-rechtlicher Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG.

Dennoch äusserte das Bundesgericht organisations- und verfahrensrechtliche Bedenken. Diese Bedenken gelten auch im Falle von Verwaltungseinheiten, die - wie bei öffentlichen Beschaffungen üblich - privat-rechtlich tätig sind. So hat das Bundesgericht in BGE 127 II 42 im Zusammenhang mit der de lege ferenda vorgesehenen Kompetenz der SMA, bei gewissen Dienstleistungen privatrechtlich aufzutreten, ausgeführt: "(...) Klar ist immerhin, dass Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die MeteoSchweiz (neue Bezeichnung) grundsätzlich nicht mehr ausschliessen. Aufgrund der unveränderten Behördenorganisation bleibt es allerdings weiterhin fraglich, ob gegenüber der MeteoSchweiz verwaltungskartellrechtliche Zwangsmassnahmen angeordnet werden dürfen (...)".

Ob die Anordnung von *Zwangsmassnahmen gegenüber Verwaltungseinheiten des Bundes* und deren Vollstreckbarkeit möglich ist, *bleibt* im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *offen*. Für die Klärung dieser Frage bedarf es wohl eines entsprechenden Präzedenzfalles. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Ausweitung des kartellgesetzlichen Unternehmensbegriffs auf die öffentliche Hand die *Absicht des Gesetzgebers* zugrunde liegt, die *wettbewerbsrechtliche Gleichbehandlung von öffentlicher Hand und Privaten* sicherzustellen. Gleichbehandlung in diesem Kontext bedeutet insbesondere, dass die öffentliche Hand bei kartellrechtswidrigem Verhalten denselben Zwangsmassnahmen unterliegen soll wie kartellrechtswidrig handelnde Private.

Daran ändert auch der Umstand nichts, wonach sich geschädigte Private mittels *Kartellzivilrecht* (Art. 12 ff. KG) gegen wettbewerbsrechtlich unzulässiges Verhalten der öffentlichen Hand zur Wehr setzen kön-

nen. Dieses Instrument erlaubt es dem Geschädigten, den ihm aus dem widerrechtlichen Verhalten erwachsenen Schaden (Vermögensschaden) einzuklagen, wobei er in seiner Eigenschaft als Kläger das Prozessrisiko trägt. Die *Sanktionen des Kartellverwaltungsrechts* sind hingegen darauf angelegt, den durch das (gleiche) rechtswidrige Verhalten verursachten volkswirtschaftlichen Schaden auszugleichen.

9. Verhältnis zwischen Kartellrechts- und Vergabeverfahren

9.1. Verhältnis bei kartellrechtswidrigem Verhalten der Anbieter

9.1.1. Geltendes Recht

Das geltende Beschaffungsrecht enthält Verfahrensregeln für den Fall, wo ein kartellrechtswidriges Verhalten im Sinne von Artikel 5 KG (unzulässige Abrede) vorliegt. Diesfalls stehen der Vergabestelle folgende *Möglichkeiten* offen:

- Fortsetzung des Verfahrens mit (Art. 11 Bst. e BoeB) oder ohne Ausschluss der an der Abrede beteiligten Anbieter;
- Abbruch und Wiederholung des Verfahrens (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VoeB) mit (Art. 11 Bst. e BoeB) oder ohne Ausschluss der an der Abrede Beteiligten, sofern durch den Wegfall der Wettbewerbsbeschränkung günstigere Angebote zu erwarten sind.

Des Weiteren ist die Vergabestelle gemäss Artikel 61 Absatz 3 VöB angehalten, wesentliche Wettbewerbsbehinderungen den beschaffungsrechtlichen Aufsichtsorganen (BKB, KBOB) zu melden. Diese wiederum haben - nach Massgabe derselben Bestimmung - die Weko zu unterrichten.

Nicht explizit geregelt wird die Frage, *welche Behörde* (Wettbewerbsbehörde oder Vergabestelle) für die Feststellung kartellrechtswidrigen Verhaltens zuständig ist. Aufgrund der kumulativen Anwendbarkeit von Kartell- und Vergaberecht¹⁰⁰ ist es naheliegend, dass die Zuständigkeit ausschliesslich bei der *Weko als Spezialbehörde* liegt.¹⁰¹ Diese Sichtweise entspricht offenbar nicht jener der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK).¹⁰²

Keine Antwort gibt das Beschaffungsrecht schliesslich auf die Frage, wie die Vergabestelle während der Abklärungen durch die Weko, die sich über längere Zeit erstrecken können, zu verfahren hat.

⁹⁹ Was gerade bei Submissionsabreden relevant sein kann, da sie in der Regel im Hinblick auf eine spezifische Ausschreibung geschlossen werden und nach erfolgtem Zuschlag nicht mehr weiterbestehen.

¹⁰⁰ Vgl. oben, Ziff. 7.

¹⁰¹ Ebenso GALLI/MOSER/LANG, S. 106, Rz. 225.

¹⁰² Vgl. VPB 64.29, wo die BRK in einem Entscheid betreffend die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags u.a. die Frage nach dem Vorliegen einer unerlaubten Wettbewerbsabsprache i.S.v. Art. 5 KG selbst beantwortete.

9.1.2. *Regelung des Verhältnisses de lege ferenda*

Für die künftige Regelung des Verhältnisses ergeben sich grundsätzlich drei Möglichkeiten:

Vollständige Entkoppelung der Verfahren:

Darunter wird verstanden, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens von den Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden unberührt bleibt. Die Feststellung kartellrechtswidrigen Verhaltens während des Vergabeverfahrens würde nicht zum Ausschluss des betreffenden Anbieters und/oder zum Abbruch des Verfahrens führen.

- ***Teilweise Entkoppelung der Verfahren:*** Darunter wird verstanden, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens von den Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden unberührt bleibt, sofern ein kartellrechtswidriges Verhalten erst nach dessen Abschluss rechtskräftig festgestellt wird. Erfolgt die Feststellung während des Vergabeverfahrens, werden die an der Abrede beteiligten Anbieter ausgeschlossen. Ob das Verfahren weitergeführt oder abgebrochen und wiederholt wird, entscheidet die Vergabestelle nach freiem Ermessen.
- ***Verknüpfung der Verfahren:*** Darunter wird verstanden, dass das Vergabeverfahren bei Verdacht auf kartellrechtswidriges Verhalten bis zum Abschluss der Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden ausgesetzt wird. Für die Fortsetzung des Vergabeverfahrens gelten die vorstehenden Ausführungen zur teilweisen Entkoppelung (Ausschluss der Anbieter und Weiterführung oder Abbruch/Wiederholung des Verfahrens).

Die Beantwortung der Frage nach der ***geeignetsten Variante*** hängt von der Gewichtung der Kriterien ab, die bei der Beurteilung massgebend sein sollen. Die Kriterien haben sich dabei an den Zielen des Vergaberechts zu orientieren. In Bezug auf das vergaberechtliche Ziel des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel gilt es zu bedenken, dass dieses Ziel nicht nur durch kartellrechtswidriges Verhalten seitens der Anbieter in Form erhöhter Preise unterlaufen wird, sondern auch durch Kosten generierende Verzögerungen des Vergabeverfahrens. Die ***Dauer wettbewerbsrechtlicher Abklärungen*** durch die Wettbewerbsbehörden kann je nach Fall erheblich variieren. Mit einer langen Dauer ist dann zu rechnen, wenn der Fall komplex ist und das Vorabklärungsverfahren - in dessen Rahmen der Sachverhalt summarisch ermittelt wird (Art. 26 KG) - aufgrund festgestellter Anhaltspunkte in eine eigentliche Untersuchung (Art. 27 ff. KG) mündet. Darüber hinaus können die Adressaten einer Untersuchung gegen einen Negativentscheid der Weko Rechtsmittel einlegen, welchem grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt.

In Bezug auf das vergaberechtliche Wettbewerbsziel muss berücksichtigt werden, dass der Schutz und die Durchsetzung wirksamen Wettbewerbs Aufgabe des Kartellgesetzes beziehungsweise der Wettbewerbsbehörden ist. Rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkungen unterliegen dabei aufgrund des revidierten KG neu direkten Sanktionen und dies unabhängig

davon, ob sie während oder nach Abschluss des Vergabeverfahrens festgestellt werden.

Zusätzlich kann die geschädigte Vergabestelle auf dem Weg des Kartellzivilrechts auf Ersatz allfälligen Schadens klagen (Art. 12 KG). Der Anreiz für Anbieter, sich kartellrechtswidrig zu verhalten, wird dank des verschärften KG deutlich geschmälert.

Diese Überlegungen lassen eine vollständige oder teilweise Entkoppelung der beiden Verfahren als sachgerecht erscheinen, wobei letztere Variante der Vergabestelle bei Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens die Möglichkeit einräumt, eine Interessensabwägung im Einzelfall vorzunehmen.

9.2. *Verhältnis bei kartellrechtswidrigem Verhalten der Vergabestellen*

Das Vergaberecht enthält keinerlei Verfahrensregeln für den Fall, wo ein kartellrechtswidriges Verhalten der Vergabestelle im Sinne von Artikel 5 oder 7 KG vorliegt beziehungsweise Gegenstand entsprechender Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden bildet.

Vor dem Hintergrund des revidierten KG, das eine Unterstellung der öffentlichen Hand vornimmt und diese auf die gleiche Stufe stellt wie (private) Anbieter, stellt sich die Frage, ob das Verhältnis im Vergaberecht geregelt werden sollte. Dabei fallen, in Anlehnung an die Möglichkeiten bei kartellrechtswidrigem Verhalten seitens der Anbieter, folgende ***Varianten*** in Betracht:

- ***Entkoppelung der Verfahren:*** Die Durchführung des Vergabeverfahrens bleibt von den Abklärungen der Wettbewerbsbehörden unberührt.
- ***Teilweise Entkoppelung der Verfahren:*** Die Durchführung des Vergabeverfahrens bleibt von den Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden unberührt, sofern ein kartellrechtswidriges Verhalten erst nach dessen Abschluss festgestellt wird. Erfolgt die Feststellung während des Vergabeverfahrens, wird das Verfahren abgebrochen und wiederholt.¹⁰³
- ***Verknüpfung der Verfahren:*** Das Vergabeverfahren wird bei Verdacht auf kartellrechtswidriges Verhalten bis zum Abschluss der Abklärungen durch die Wettbewerbsbehörden ausgesetzt. Für die Fortsetzung des Vergabeverfahrens gelten die vorstehenden Ausführungen zur teilweisen Entkoppelung (Abbruch und Wiederholung des Verfahrens).

Bei der Beantwortung der Frage nach der sachgerechtesten Variante steht das Interesse an einem effizienten und Kosten schonenden Vergabeverfahren dem Interesse der Anbieter nach einem "fairen" Vergabeverfahren gegenüber. Unter Berücksichtigung der auf dem Spiel stehenden Interessen ist der teilweisen Entkoppelung der Vorzug einzuräumen.

¹⁰³ Eine Fortsetzung des Verfahrens ist allenfalls dann angezeigt, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten leicht korrigiert werden kann und nicht bereits zu einem (vorzeitigen) Ausschluss von Anbietern geführt hat.

V. Massnahmenkatalog

Massnahmen zur Stärkung des Wettbewerbs im Vergaberecht

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen sind im Rahmen der Revision des Beschaffungsrechts folgende wettbewerbsstärkenden Massnahmen zu treffen beziehungsweise in Erwägung zu ziehen:

- **Harmonisierung der Rechtsgrundlagen und damit auch der Rechtsprechung.** Die gegenwärtige Rechtszersplitterung und die damit verbundene Rechtsunsicherheit senkt die Transparenz und hemmt den Wettbewerb.
- Zwingende Publikation von Ausschreibungen über eine **einheitliche, national und international zugängliche elektronische Plattform.** Mit einer derartigen Plattform kann die Anzahl der Anbieter erhöht und damit der Wettbewerb intensiviert werden. Zudem ist davon auszugehen, dass mit dieser Art der Publikation die Informationskosten mittel- bis längerfristig sinken.
- **Schaffung einer Grundlage für die elektronische Durchführung von Ausschreibungen.** Mit dieser effizienten Art der Durchführung können die Ausschreibungskosten der Vergabestelle und der Anbieter gesenkt werden. Tiefere Ausschreibungskosten erleichtern (potenziellen) Anbietern den Marktzutritt, was wiederum wettbewerbsfördernd wirkt.
- **Festlegung der Schwellenwerte.** Gründe für die bestehende Vielfalt von unterschiedlichen Schwellenwerten sind nicht ersichtlich. Wünschbar ist die einheitliche Festlegung von maximalen Schwellenwerten pro Beschaffungsart (Bauten, Güter und Dienstleistungen) über alle Gebietskörperschaften, welche die Beschaffungsstellen unterschreiten dürfen. Bei der Festlegung von Schwellenwerten sind insbesondere die unterschiedlich hohen Durchführungskosten in Abhängigkeit der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen sowie der angewandten Ausschreibungsverfahren zu berücksichtigen.
- **Senkung der Schwellenwerte für das offene und selektive Verfahren.** Eine Senkung führt zu einer Verschärfung beziehungsweise Ausdehnung des Wettbewerbs und dadurch zu einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis. Von der Senkung können einzelne Bereiche in Abhängigkeit der zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen ausgenommen werden.
- **Flexibilität für die Beschaffungsstellen in der Wahl "alternativer" Beschaffungsverfahren.** Aufgrund der verschiedenen Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Verfahren eignet sich je nach Markt und zu beschaffendes Gut oder Leistung ein anderes Verfahren. Daher sollte den Beschaffungsstellen insbesondere die Wahl der inversen Auktion (reverse auction) und des wettbewerbslichen Dialogs offen stehen.
- **Einschränkung der Wahlfreiheit zwischen offenem und selektivem Verfahren zu Gunsten des offenen Verfahrens.** Das offene Verfahren ist aus wettbewerbslicher Sicht dem selektiven Verfahren vorzuziehen (geringeres Kollusions- und Capturingrisiko). Es ist deshalb für all diejenigen Beschaffungen zwingend vorzuschreiben, die aufgrund ihrer Merkmale keine ausserordentlichen Anforderungen an die Eignung stellen (z.B. Beschaffung standardisierter Güter und Dienstleistungen).
- **Erhöhung der Mindestzahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Anbieter im selektiven Verfahren.** Zwecks Verminderung des Kollusions- und Capturingrisikos ist die Mindestzahl von drei (Art. 12 Abs. 1 VoeB) auf (mindestens) fünf zu erhöhen.
- **Einschränkung der freihändigen Vergabe zu Gunsten des Einladungsverfahrens im unter-schweligen Bereich.** Das Einladungsverfahren ist aus wettbewerbslicher Sicht der freihändigen Vergabe vorzuziehen (geringeres Capturingrisiko). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe sind restriktiver auszugestalten. Insbesondere darf der Auftragswert kein Kriterium mehr darstellen.
- **Erhöhung der Mindestzahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Anbieter im Einladungsverfahren.** Zur Stärkung des Wettbewerbs ist die Mindestzahl von drei auf (mindestens) fünf zu erhöhen.
- **Verankerung einer Dokumentationspflicht für das Einladungsverfahren.** Zur Verbesserung der Transparenz ist eine Dokumentationspflicht für das Einladungsverfahren im Beschaffungsrecht zu verankern.
- **Möglichkeit der Fragestellung und Offenlegung der Antworten.** Anbietern sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, der Vergabestelle Fragen zu stellen. Die Antworten sollten den nicht Fragen stellenden Anbietern offen gelegt werden. Damit kann die Transparenz erhöht und die Gefahr von Capturing verringert werden.
- **Verankerung der Möglichkeit der funktionalen Ausschreibung.** Mit der funktionalen Ausschreibung kann die mit der technischen Spezifikation einhergehende Gefahr einer Diskriminierung potenzieller Anbieter vermindert und die Innovation gefördert werden, weshalb sie als Möglichkeit im Gesetz zu verankern ist.
- **Verhältnismässige Festlegung und wettbewerbsfreundliche Handhabung von Eignungskriterien.** Eignungskriterien wirken - insbesondere für Newcomer und KMU - als **Marktschranken**, wenn sie über das Notwendige hinausgehen, mithin unverhältnismässig sind. Diesem Umstand ist bei der Festlegung und Handhabung der Eignungskriterien Rechnung zu tragen.
- **Zwingende Bekanntgabe der Reihenfolge und der Gewichtung von Zuschlagskriterien.** Zur Verbesserung der Transparenz und zur Verminderung des Capturingrisikos sind die Reihenfolge und

Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend im Voraus bekannt zu geben. Dabei ist insbesondere dem Beschaffungsgegenstand Rechnung zu tragen.

- **Verankerung des Verbots der Doppelprüfung von Eignungs- und Zuschlagskriterien.** Angebote mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis sollen den Zuschlag erhalten. Dies setzt voraus, dass keine Doppelprüfung vorgenommen wird, weshalb ein entsprechendes Verbot im Gesetz zu verankern ist.
- **Berücksichtigung vergabefremder Kriterien.** Vergabefremde Kriterien dürfen angesichts ihrer wettbewerbshemmenden Wirkung grundsätzlich keine Berücksichtigung finden. Eine Ausnahme rechtfertigt sich zu Gunsten ökologischer Kriterien insbesondere im Rahmen der technischen Spezifikation, soweit sie der nachweisbaren Internalisierung negativer externer Effekte dienen und der Zugang zu allfälligen, diesbezüglich verliehenen Labels oder Zertifikaten allen Anbietern grundsätzlich offen steht.

Massnahmen zur Klärung des Verhältnisses zwischen Kartell- und Vergaberecht

- **Verankerung eines Vorbehalts zu Gunsten des Kartellrechts.** Ausgehend von der kumulativen Anwendung des Kartellrechts ist aus Gründen der Rechtssicherheit ein derartiger Vorbehalt im Vergaberecht zu verankern.
- **Teilweise Entkoppelung des Kartellrechts- und Vergabeverfahrens.** Die beiden Verfahren sind im Sinne der Ausführungen unter Ziffer 9 zu entkoppeln. Das Vergaberecht ist entsprechend zu ergänzen, soweit es um kartellrechtswidriges Verhalten der Vergabestelle geht.

VI. Literaturverzeichnis

BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES BKB UND KOORDINATIONSSTELLE DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES KBOB (2004), Das geltende Vergaberecht aus der Sicht der Praxis, Darstellung und Analyse der Antworten auf die Umfrage zu den Stärken und Schwächen des geltenden Vergaberechts, Bestandteil des Projektes "Revision Beschaffungsrecht", URL: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00592/index.html?lang=de [29.11.05].

BIAGGINI Giovanni (2003), Die Rechtsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Zürich. URL: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de [29.11.05].

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, Sonderdruck (94.100).

BÜHLER Stefan, JÄGER Franz (2002), *Einführung in die Industrieökonomik*, Berlin usw.: Springer.

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ARBEIT (2001), Chancen und Risiken inverser Auktionen im Internet für Aufträge der öffentlichen Hand, 496. URL: <http://www.admin.ch/ch/d/egov/studien/auswahlstudien/inverseauktionen.pdf> [29.11.05].

ECOPLAN (2004), Potenzialschätzung einer Teilvereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungsrechts, im Auftrag des Bundesamtes für Bauten und Logistik (BBL) und der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren (FDK), Bern. URL: http://www.ecoplan.ch/download/voeb_sb_de.pdf oder http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de [29.11.05].

EFD (1999), *Ziele, Grundsätze und Instrumente für die Finanzpolitik des Bundesrates*. URL: <http://www.efd.admin.ch/d/dok/grundlagenpapiere/finanzleitbild/02rahmen.htm> oder <http://www.efd.admin.ch/d/dok/grundlagenpapiere/finanzleitbild/flb.pdf> [29.11.05].

EVD (2004), *Wachstumspolitisches Massnahmenpaket vom 18. Februar 2004*, Presserohstoff, URL: http://www.evd.admin.ch/imperia/md/content/documentationde/wachstumspaket_presserohstoff_d.pdf [29.11.05].

ETTER Elsbeth (2004), Beschaffungsstatistik des Bundes 2003, *Die Volkswirtschaft - Das Magazin für Wirtschaftspolitik*, 10, S. 51 ff.

FREY René L. (2003), Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, Basel. URL: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de [29.11.05].

GANUZA Juan-José (2000), "Heterogeneity-Promoting Optimal Procurement", *Economics Letters*, 67, 1, p. 105 et seq.

GRÜNIGER German (2003), *Nachfragemacht des Staats im Kartellrecht*, Basel: Helbling & Lichtenhahn.

HESS-ODONI Urs (2004), Öffentliche Beschaffung und das Wettbewerbsrecht, In: *Jusletter 24. Mai 2004*, Online-Fachzeitschrift. URL: <http://www.weblaw.ch/jusletter/JusLetter.asp> [29.11.05].

KBBK (2001), Bericht der Kommission Beschaffungswesen Bund/Kantone (KBBK) über die Auswirkungen der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz, Bern.

KLEMPERER Paul (2004), *Auctions: Theory and Practice*, Princeton: Princeton University Press.

KROHN Wolfram (2003), Öffentliche Auftraggebereigenschaft, Präklusionsfristen im Nachprüfungsverfahren und Offenlegung von Auswahlkriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, (Universale-Bau u.a. Entsorgungsbetriebe Simmering, EuGH vom 12.12.2002, C-470/99). *European Law Reporter*, 4, S. 158 ff.

PVK (2002), Die Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz in juristischer und ökonomischer Hinsicht, Schlussbericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, Bern. URL: <http://www.parlament.ch/ed-pa-aufsichtskommission-2002-10.pdf> [29.11.05].

SCHERRER-JOST Renate (1999), Öffentliches Beschaffungswesen, in: THOMAS COTTIER, Remo Arpagaus (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 13, Basel usw.

SCHIPS Bernd (2004), Die Stossrichtung des Wachstumspakets stimmt, *Die Volkswirtschaft - Das Magazin für Wirtschaftspolitik*, 5, S. 20 ff.

SGVW (2004), *Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen - Von der Vision zur Wirklichkeit*. URL: <http://www.sgvw.ch/sektor/news/archiv/d/beschaffungswesen.php?print=1> [29.11.05].

STEPHAN Gunter und AHLHEIM Michael (1996), *Ökonomische Ökologie*, Berlin usw. Springer.

STIGLER George (1971), *The Theory of Economic Regulation*, Bell Journal of Economics, 2. p. 3 et seq.

RUPPERT Luzius J. (2003), Einkaufskooperationen als Mittel zur effektiven Kostensenkung, in: Schweizerischer Verband für Materialwirtschaft und Einkauf SVME (Hrsg.), *Beschaffungsmanagement*. Ausgabe 2-2003.

TIROLE Jean (1999), *Concessions, concurrence et incitations*, Revue d'économie financière, 51, p. 79 ss

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, *Price fixing & bid rigging - they happen: What they are and what to look for. An antitrust primer for procurement professionals*. Washington. URL: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/pfbrprimer.pdf> [29.11.05].

ZUFFREY Jean-Baptiste und DUBEY Jacques (2003), *Etude comparative du droit des marchés publics de la Confédération et des cantons*, Fribourg. URL: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/00591/index.html?lang=de [29.11.05].

Anhang: Checkliste "Indizien für Submissionsabsprachen"

Als Submissionsabsprachen gelten im Sinne von Artikel 4 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen (Submittenten, [potenzielle] Anbieter) gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Submissionsabsprachen können beispielsweise als Preisabsprache, als Marktaufteilung oder auch als vorgängig abgesprochene Rotation¹⁰⁴ bezüglich der Angebote auftreten. So können Unternehmen, die sich absprechen, beispielsweise abwechselnd für die Aufträge bieten (Rotation), einen Preis fordern, der ihnen eine stattliche Produzentenrente garantiert, die Gründung neuer Firmen erschweren oder letztlich sogar verhindern sowie Markteintritte anderer (neuer, z.B. nicht ortsansässiger) potenzieller Submittenten verunmöglichen.¹⁰⁵

Gestützt auf die (nationalen und internationalen) Erfahrungen der Praxis stehen insbesondere folgende Indizien im Vordergrund, wobei sie im konkreten Fall einzeln oder in Kombination vorliegen können:

Angebotspezifische Indizien

- Bei bestimmten Ausschreibungen erhält immer der gleiche Anbieter (Submittent) den Zuschlag, gleichzeitig gehen immer dieselben Anbieter leer aus (Seitenzahlungen an andere Submittenten).
- Bestimmte Submittenten nehmen an denselben Ausschreibungen teil. Den Zuschlag erhält jedes Mal ein anderer Anbieter (Rotationsprinzip mit Seitenzahlungen an andere Submittenten).
- Bei einer Ausschreibung gehen weniger Angebote ein als üblich.
- Die Preise der eingegangenen Angebote liegen substantiell über den vom Auftraggeber veranschlagten Preis.
- Die Preise der eingegangenen Angebote sind höher als bei gleichen Ausschreibungen in der Vergangenheit.
- Es besteht eine nicht nachvollziehbare Preisdifferenz zwischen dem Angebot des siegreichen Anbieters und den Angeboten der unterlegenen Submittenten.
- Die Angebote von regelmässig offerierenden Submittenten fallen, sobald ein neuer oder nur unregelmässig offerierender Anbieter an der Ausschreibung teilnimmt.
- Zwei oder mehr Submittenten reichen gemeinsam ein Angebot ein, obschon jeder einzelne Anbieter in der Lage wäre, selber ein Angebot einzureichen.
- Der obsiegende Anbieter schliesst mit den unterlegenen Submittenten Unterverträge ab.

Preisspezifische Indizien

- Identische Preise können einen Hinweis auf eine mögliche Preisabsprache darstellen, vor allem wenn die Preise im Vergleich zu früheren Ausschreibungen höher sind, ohne dass dies auf höhere Kosten seitens der Submittenten zurückgeführt werden kann.
- Die Submittenten gewähren keine Rabatte, obschon dies bei früheren, gleichartigen Ausschreibungen üblich war.
- Submittenten aus einer bestimmten Region offerieren Auftraggebern aus dieser Region zu höheren Preisen als Auftraggebern aus anderen Regionen.

¹⁰⁴ Bei einer Rotation können entweder nur bestimmte Unternehmen an den jeweiligen Ausschreibungen teilnehmen, oder man einigt sich darauf, dass eine Firma (jedes Mal eine andere) das attraktivste Angebot einreicht und sich die Offerten der anderen Firmen (bewusst, da so abgesprochen) durch ein schlechteres Preis-Leistungs-Verhältnis auszeichnen.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2001/2, S. 130 ff. betreffend Submissionskartell im Falle der Fassadenrenovation der Schweizerischen Landesbibliothek.

Verhaltensspezifische Indizien

- Submittenten reichen Angebote ein, obwohl sie nicht in der Lage sind, den Auftrag korrekt auszuführen (Verschleierung von Absprachen).
 - Die verschiedenen Angebote enthalten dieselben Ungereimtheiten (z.B. Kalkulationsfehler) und/oder gleichen sich in der Form/Schrift.
 - Die Angebote enthalten Korrekturen, die auf Preisänderungen in letzter Minute schliessen lassen.
 - Ein oder mehrere Submittenten ziehen ihre Angebote ohne Vorliegen nachvollziehbarer Gründe zurück.
- Submittenten ändern ihre Angebote ein- oder mehrmals zur selben Zeit und/oder bezüglich derselben Elemente.
 - Submittenten versuchen herauszufinden, welche anderen Anbieter sich an der Ausschreibung beteiligen.
 - Unüberlegte Hinweise der Submittenten bei Rückfragen (z.B. Hinweis auf die Befolgung von Verbandstarifen oder anderen Verbandsempfehlungen).
-

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

GebraV

GRUR

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
LAMaL Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCSl Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF Loi fédérale / Legge federale
LL Legge federale sul lavoro
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici 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	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée		
P		U	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PCF fédérale		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	V	
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Q		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
R		VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	W	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	X	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	Y	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Z	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RR	Regierungsrat	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZPO	Zivilprozessordnung
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
S			
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 408, 414
Abrede 351, 360, 379, 382, 388, 398, 408 ff.
Acquiring -
Anhörung 296, 316, 356
Apotheker/innen -
Ärzte(-Verband) 401
- B**
- Banken 257
Befristung des Entscheids -
Breitbanddienste 248 ff., 252 f., 255 f.
Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 407
Effizienzprüfung -
Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung -
Erheblichkeit 409
Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
mitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
Interchange Fee -
Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau 228, 232
kollektive Marktbeherrschung 280, 282
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 234, 243,
249, 256, 262, 275, 292, 299, 300, 304, 314, 355, 361, 393,
408
Koppelungsgeschäft 409
- Kostenraster -
Krankenversicherer -
Kreditkarten -
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 279 f., 282
- L**
- legitimate business reasons 238, 409
- M**
- Marktaufteilung (keine) 397, 408, 414
marktbeherrschende Stellung 228 ff., 234, 236, 246 f., 249
f., 253, 260, 262, 273, 278 f., 282, 284 ff., 289 f., 292 ff.,
299, 303, 310 f., 314, 319, 321, 339, 348, 351, 355 f., 360,
366, 385 ff.
Marktgegenseite 234 f., 238, 240, 243 ff., 250, 252 f., 263,
265, 269 f., 273 f., 280, 282 ff., 294 f., 314, 319 ff., 350,
354, 362, 364 ff., 369 ff., 375, 377, 379, 389, 409
Marktorganisation -
Marktstruktur 256, 265, 287, 289, 338, 361, 387 f., 390, 395
f., 398
Marktzutrittsschranken 221 f., 236, 259, 281, 363 f., 401
Meldepflicht 243, 248, 250, 262, 289, 291 ff., 300, 304, 340,
359, 361
Missbrauch 234, 238, 315, 398, 409
- N**
- Netzwerk -
Netzwerkkosten -
Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 282
potenzieller Wettbewerb 235, 248, 258, 280 f., 285, 313,
349, 364, 367, 385
Preisabrede (keine) 408
Preisbindung zweiter Hand -
Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 238, 379, 414
Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 283, 308, 311, 348, 397, 410 f.
Senkung Herstellkosten -
Submission 408
Submissionskartell 397

<i>T</i>	Vierparteiensysteme -
Tarife 238, 240, 269, 335, 341, 343 f.	vorbehaltene Vorschriften 227, 230 ff., 234, 243, 248, 250,
Tarifvertrag -	262, 291, 315, 343
Tierärzte/innen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Transparenzmassnahmen -	
<i>U</i>	<i>W</i>
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 227, 229, 235, 238, 240, 250, 281, 285, 299 f.,	<i>X</i>
352, 357, 410 f.	<i>Y</i>
unzulässige Wettbewerbsabrede 301	<i>Z</i>
<i>V</i>	Zahlungsmittel -
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	zweiseitige Märkte -
Veröffentlichung 317, 399	
Verschulden -	
