



<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>

2006/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 104.-

(Form: 701.000.06/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications

CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 104.-

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni

CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 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>

2006/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2007

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	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 selon l'article 50 ss LCart
	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 giusta l'articolo 50 segg. LCart.
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Commissione di ricorso in materia di concorrenza
	B 4	Tribunale federale
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
C	<i>Prassi dei tribunali civili</i>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	<i>Sviluppi</i>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	<i>Diversi</i>	

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1.	Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)	591
2.	Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG	601
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
1.	Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG	622
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1.	Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking	625
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	Gaz de France - Suez	669
2.	GE/CSFBPE/GIMP	677
3.	ISS/Edelweissfm	682
4.	Hotelplan-Travelhouse	693
5.	Weitere	697
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	Swisscom Directories AG/Wettbewerbskommission	698
2.	Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission	722
3.	Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission	725
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Cablecom GmbH/Swisscom Fixnet AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	727
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich i.S. TDC Switzerland AG/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG	730
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	738

<i>E</i>	<i>Diverses</i>	
	<i>Divers</i>	
	<i>Diversi</i>	
<i>E 2</i>	<i>Gutachten</i>	
	Avis	
	Pareri	
	1. Interkonnectionsverfahren Mobilfunkterminierung	739
	<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	753
	<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	755

B **Verwaltungsrechtliche Praxis**
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 27. September 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR) wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Der Verband Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR) ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB mit Sitz in Olten. Der VTR umfasst die deutsche Schweiz, wobei das geografische Gebiet des VTR in neun Regionalgruppen unterteilt ist. Letztere unterstehen dem Vorstand des VTR. Im Jahr 2006 sind 132 Tankrevisionsunternehmen Mitglied des VTR. Nach Schätzung des VTR sind 80% der in der deutschen Schweiz tätigen Tankrevisionsunternehmen Verbandsmitglieder.

2. Zweck des VTR ist die Einhaltung von Vorschriften und Weisungen von Behörden und des Verbandes, die Unterstützung des Gewerbes und die Förderung der wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder, die Verbesserung der Arbeitstechnik, die Beratung von Behörden und Eigentümern von Tankanlagen, die Aus- und Weiterbildung im Bereich Tankrevisionen, die Vertretung bei Behörden und Haftpflichtversicherern sowie die Unterstützung der Regionalgruppen (Art. 2 der VTR-Statuten).

3. Gemäss Artikel 10 VTR-Statuten anerkennt jedes Vollmitglied durch seinen Beitritt in den Verband ohne weiteres dessen Statuten, Verbandsbestimmungen, Pflichtenhefte und dergleichen und verpflichtet sich, diese sowie alle Beschlüsse, Weisungen und Anord-

nungen der Verbandsorgane gewissenhaft zu befolgen.

4. Im Jahr 2005 hat der VTR einen Tarif für Tankrevisionen (VTR-Tarif) mit Geltung ab 1. Januar 2006 herausgegeben. Der VTR-Tarif wird seit mehr als zehn Jahren herausgegeben und für das darauf folgende Jahr jeweils preislich angepasst. Für den VTR-Tarif 2006 wurden fast sämtliche Preisangaben des VTR-Tarifs 2005, zum Teil auch nur geringfügig, erhöht.

5. Die VTR-Tarife werden unter der Bezeichnung "Preisliste" herausgegeben. Auf der Titelseite wird darauf hingewiesen, dass die Preisliste nur für den internen Gebrauch bestimmt ist und dass sie empfohlene Richtpreise des VTR enthält. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind sämtliche Preisempfehlungen des VTR-Tarifs, das heisst Preisempfehlungen für:

- Tankrevisionen
- Preisreduktionen und Regiepreise
- Tank- und Tankraumsanierungspreise
- Anpassungsarbeiten für Benzintanks
- Material (z.B. Abfüllsicherungen, Messstäbe und Zubehör etc.)

6. Über die Preispolitik des VTR liegen verschiedene Angaben vor:

- Es gibt Hinweise, wonach der VTR die Nichteinhaltung des VTR-Tarifs missbilligt und die Mitglieder an den Generalversammlungen sowie an den Versammlungen der Regionalgruppen dazu auffordert, sich daran zu halten.
- Im VTR-Info 2001/1 steht in der Rubrik des damaligen VTR-Präsidenten zusammengefasst, dass Rabatte früher oder später in eine Sackgasse oder sogar in den Ruin führen. Weiter werden die VTR-Mitglieder dazu aufgefordert, sich den Spruch des vorange-

henden Jahres "Es sind wir, die die Preise machen, nicht die Kunden!" zu Herzen zu nehmen.

- Im VTR-Info 2005/1 wird in der Rubrik des damaligen VTR-Präsidenten auf anonyme Weise ein Unternehmen kritisiert, weil es aufgrund tiefer Preise und der Vornahme von Revisionen auch in anderen Kantonen unter Inkaufnahme langer Anfahrtswege die Branche schädigen würde. Das nach eigenen Angaben sehr erfolgreiche Tankrevisionsunternehmen, welches sich im genannten Text zu erkennen glaubt, wurde mit Schreiben vom 10. Januar 2006 wegen nicht näher beschriebener angeblicher grober Pflichtverletzungen aus dem VTR ausgeschlossen.

A.2 Angaben zum Markt

7. Die Tankrevisionsbranche besteht hauptsächlich aus einer Vielzahl Klein- und Kleinstbetriebe. Grosse Unternehmen (z.B. Migrol, Brevag) sind die Ausnahme. Aufgrund ihrer Aufsichtsfunktion und der Bewilligungspflicht für die Vornahme von Tankrevisionen verfügen die Kantone über Listen mit sämtlichen im jeweiligen Kanton zugelassenen Revisionsunternehmen. Wie erwähnt sind nach Schätzung des VTR 80% der in der deutschen Schweiz aktiven Tankrevisionsunternehmen Verbandsmitglieder.

8. Gemäss dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) gibt es in der Schweiz 1 Million Tankanlagen, wobei rund die Hälfte davon nichtrevisionsbedürftige Kleintankanlagen sind. Das BAFU schätzt, dass in der Schweiz jährlich ca. 60'000 obligatorische Tankrevisionen vorgenommen werden.

A.3 Verfahren

9. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat die vorliegende Vorabklärung am 26. Juli 2005 eröffnet. Sie richtet sich gegen die VTR-Mitglieder.

10. Für die Sachverhaltsermittlung hat das Sekretariat einen Fragebogen an den VTR, an 38 VTR-Mitglieder sowie an 14 in der deutschen Schweiz aktive Tankrevisionsunternehmen, welche nicht VTR-Mitglieder sind, geschickt. Parallel wurde der analoge Westschweizer Verband, die Union romande des entreprises d'installation et de révision de stockages d'hydrocarbures (URCIT) schriftlich befragt. Einen Fragebogen erhalten haben weiter 20 URCIT-Mitglieder sowie fünf Tankrevisionsunternehmen, welche in der Westschweiz tätig, aber nicht URCIT-Mitglieder sind.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

12. 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). Unternehmen, welche Tankrevisionen durchführen, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

13. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 20 ff.) eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

15. Die Vornahme von Tankrevisionen sowie die Erstellung und Änderung von Tankanlagen sind im Gewässerschutzgesetz (GSchG, SR 814.20) sowie in der Verordnung über den Schutz der Gewässer vor wassergefährdenden Flüssigkeiten (VWF, SR 814.202) geregelt.

16. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 VWF bedürfen Tankrevisionsunternehmen für die Ausübung ihrer Tätigkeit einer kantonalen Bewilligung. Diese wird erteilt, wenn die Revisionsarbeiten unter der Leitung einer Person ausgeführt werden, die einen eidgenössischen Fachausweis für Equipenchefs des Tankrevisionsgewerbes besitzt, wenn gewährleistet ist, dass die Arbeiten nach dem Stand der Technik ausgeführt und die Meldepflichten (vgl. Art. 18 VWF) erfüllt werden sowie wenn für Schäden eine Haftpflichtversicherung mit angemessener Deckung abgeschlossen worden ist. Inhaber einer kantonalen Bewilligung können ihre Tätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz ausüben (Art. 23 Abs. 2 GSchG). Die Kantone überwachen die Revisionsarbeiten aller auf ihrem Gebiet tätigen Unternehmen.

17. Grundsätzlich ist für die Erstellung oder Änderung einer Tankanlage eine behördliche Bewilligung erforderlich (Art. 22 Abs. 2 GSchG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VWF). Eine Ausnahme besteht unter anderem für sehr kleine Tankanlagen (vgl. Liste der Ausnahmen in Art. 10 Abs. 2 VWF). Die Inhaber von bewilligungspflichtigen Tankanlagen müssen dafür sorgen, dass ein Revisionsunternehmen nach Artikel 17 VWF deren Funktionstüchtigkeit und Dichtheit mindestens alle zehn Jahre kontrolliert. Demzufolge besteht eine gesetzliche Revisionspflicht für Tankanlagen. Die Entschädigung für die Vornahme von Tankrevisionen ist hingegen nicht staatlich geregelt.

18. Im Rahmen des Entlastungsprogramms 2003 wurde das GSchG am 24. März 2006 revidiert. Die Bewilligungspflicht für Tankrevisionsunternehmen wurde aufgehoben. Ebenfalls aufgehoben wurde das Prinzip der generellen Bewilligungspflicht zur Erstellung oder Änderung von Tankanlagen zu Gunsten einer beschränkten Bewilligungspflicht für Anlagen an wasserschutzgefährdeten Standorten (Art. 19 Abs. 2 nGSchG). Für diesen eingeschränkten Kreis bewilligungspflichtiger Anlagen besteht weiterhin eine Kontrollpflicht, wobei die Kontrolle mindestens alle zehn Jahre zu erfolgen hat (Art. 22 Abs. 1 nGSchG). Wei-

terhin nicht geregelt ist das Entgelt für die Vornahme von Tankrevisionen. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten GSchG wurde vom Bundesrat noch nicht bestimmt. Das BAFU nimmt jedoch an, dass es am 1. Januar 2007 in Kraft treten wird.

19. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es für die Entschädigung von Tankrevisionen demnach weder im geltenden noch im revidierten Recht Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen den VT-Mitgliedern über Dienstleistungen und Material im Zusammenhang mit der Revision von Tankanlagen

20. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen können auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig sein. Die Beseitigung des Wettbewerbs wird unter anderem vermutet, wenn Unternehmen eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen treffen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Diese Vermutung kann umgestossen werden, sofern ein Restwettbewerb auf dem entsprechenden Markt nachgewiesen werden kann. Ist dies der Fall, muss im Weiteren geprüft werden, ob die getroffene Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und ob allenfalls Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abrede zu rechtfertigen vermögen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

21. Die VTR-Mitglieder bieten den Inhabern von Tankanlagen als Konkurrenten Dienstleistungen im Bereich Tankrevisionen an. Die an einer allfälligen Abrede beteiligten Unternehmen sind daher auf der gleichen Marktstufe tätig.

22. Die Preiskommission ist eine ständige Kommission des VTR, welche gemäss ihrem Pflichtenheft die Kalkulationsgrundlagen für Tankrevisionen und Zusatzarbeiten erarbeitet und den VTR-Tarif verfasst. Sie erledigt die ihr auferlegten Arbeiten selbstständig und orientiert den Vorstand über die von ihr gefassten Beschlüsse.

23. Die Preiskommission wird vom Vorstand des VTR gewählt (Art. 35 VTR-Statuten), wobei dieser seinerseits von der Generalversammlung gewählt wird (Art. 18 Abs. 3 Ziff. 1 VTR-Statuten). Die Verbandsmitglieder anerkennen durch ihren Beitritt zum VTR ohne weiteres unter anderem dessen Statuten und Pflichtenhefte und verpflichten sich, alle Beschlüsse, Weisungen und Anordnungen der Verbandsorgane gewissenhaft zu befolgen (Art. 10 VTR-Statuten).

24. Aufgrund der dargelegten Organisation des Verbandes nehmen die Verbandsmitglieder als Mitglieder der Generalversammlung bei der Wahl des Vorstandes zumindest bewusst in Kauf, dass die vom Vorstand gewählte Preiskommission den VTR-Tarif verfasst beziehungsweise jährlich anpasst und dass dieser in der Folge allen VTR-Mitgliedern zur Verfügung gestellt wird. Damit liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der VTR-Mitglieder vor.

25. Aufgrund der Tatsache, dass der VTR-Tarif den Verbandsmitgliedern als unverbindliche Preisempfehlung zur Kenntnis gebracht wird und so der Anschein geweckt wird, dass es sich um einen einseitigen Entscheid des VTR handelt, ist der VTR-Tarif als nicht erzwingbare Vereinbarung zu qualifizieren.

B.3.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung

26. Der VTR-Tarif zielt darauf ab, den Wettbewerb bezüglich der Preise für Tankrevisionen einzuschränken. In der Tat erfolgt das Verfassen und Verbreiten des VTR-Tarifs regelmässig und seit mehr als zehn Jahren konstant. Dies muss als Wille der VTR-Mitglieder qualifiziert werden, ihr Verhalten auf dem Markt zu koordinieren und die Angehörigen ihres Berufsstandes bei ihrer Wirtschaftstätigkeit zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Weiter übt der VTR an den Verbandsversammlungen und in den Verbandspublikationen Druck auf die VTR-Mitglieder aus, den VTR-Tarif einzuhalten. Sodann wird eine Wettbewerbsbeschränkung dadurch bewirkt, dass der VTR-Tarif den anderen VTR-Mitgliedern grundsätzlich ermöglicht, die Preispolitik ihrer Konkurrenten mit hinreichender Sicherheit voraussehen zu können.¹

27. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es sich beim VTR-Tarif um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG handelt.

B.3.1.3 Abrede über die Verwendung von Kalkulationshilfen?

28. Der VTR macht geltend, der VTR-Tarif diene als Kalkulationsgrundlage für die einzelnen Verbandsmitglieder und sei eine reine Informationsliste. Fraglich ist somit, ob der VTR-Tarif als Kalkulationshilfe im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b KG qualifiziert werden könnte.

29. Die Weko hat den Begriff der Kalkulationshilfe in ihrer Bekanntmachung "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" präzisiert.² Gemäss Artikel 2 dieser Bekanntmachung sind Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen. Kalkulationshilfen dürfen nicht direkt oder indirekt den Wettbewerb beeinflussen, zum Beispiel in

¹ Vgl. RPW 2000/2, S. 173.

² RPW 1998/2, S. 351 ff.

Form von Tarifen, welche von sämtlichen Verbandsmitgliedern unabhängig von ihren individuellen Selbstkosten angewendet werden können.

30. Die Weitergabe empfohlener Tarife durch eine Branchenvereinigung kann grundsätzlich geeignet sein, die betreffenden Unternehmen zu einer Angleichung ihrer Tarife ohne Berücksichtigung ihrer Selbstkosten zu veranlassen. Ein derartiges Vorgehen bringt die Unternehmen mit den geringsten Selbstkosten davon ab, ihre Preise zu senken, und verschafft dadurch denjenigen Unternehmen einen künstlichen Vorteil, die weniger kosteneffizient arbeiten. Kalkulationshilfen bergen keine derartige Gefahr, da sie es lediglich ermöglichen, die Kosten der Erbringung von Dienstleistungen *im Hinblick auf die Preisbestimmung* zu berechnen oder zu schätzen, mit anderen Worten jedes Unternehmen seine eigenen Endpreise festlegen kann.³ Vorliegend beinhaltet der VTR-Tarif jedoch Endpreise, das heisst die an die Kunden in Rechnung zu stellenden Preise. Er stellt somit keine Kalkulationshilfe im Sinne von Artikel 2 der Bekanntmachung dar.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

31. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.⁴

32. Vorliegend legt der VTR-Tarif die Preise für sämtliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bau und Unterhalt von Tankrevisionen einschliesslich des dafür benötigten Materials für die VTR-Mitglieder fest. Es handelt sich somit um eine Preisabrede zwischen Konkurrenten gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG. Ob der VTR-Tarif angewendet wird oder nicht, das heisst ob die Abrede (genügend) Wirkung auf dem Markt erzeugt oder nicht, ist für deren Qualifizierung als Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG unerheblich. Der VTR-Tarif stellt daher eine horizontale Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG zwischen den VTR-Mitgliedern dar.

B.3.2.2 Umstossen der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

33. Ist der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

34. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen wer-

den kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

35. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.06.1996 [VKU, SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

36. Bei der vorliegenden Vorabklärung geht es um den Bau und Unterhalt von Tankanlagen. Diese befinden sich zum Beispiel in Einfamilienhäusern und in den Gebäuden von Unternehmen und Fabriken. Grosse Unternehmen haben zum Teil eine eigene Revisionsabteilung (z.B. [...] und [...]), welche die im Unternehmen anfallenden Tankrevisionen vornimmt. Teilweise können diese Dienstleistungen auch von anderen Inhabern von Tankanlagen in Anspruch genommen werden (z.B. [...] zu Gunsten der [...], [...] zu Gunsten der [...] und anderer Betriebe der chemischen Industrie). Andere Unternehmen haben die Revision von Tankanlagen ausgelagert und lassen sie durch eine entsprechende Fachfirma durchführen.

37. Die verschiedenen Tankanlagen können, insbesondere hinsichtlich der Grösse, erheblich variieren. Die im Zusammenhang mit der Revision von Tankanlagen zu erbringenden Dienstleistungen sind jedoch dem Grundsatz nach für sämtliche Tankanlagentypen identisch. Aus diesem Grund erscheint es vorliegend nicht notwendig, zum Beispiel zwischen Inhabern von Tankanlagen in Einfamilienhäusern und solchen in Gebäuden von Unternehmen zu unterscheiden. Aufgrund dessen gelten allgemein die Inhaber von Tankanlagen als Marktgegenseite.

38. Der VTR-Tarif umfasst eine breite Dienstleistungspalette im Zusammenhang mit Tankrevisionen und weiter eine Materialpreisliste (vgl. Rz. 5). Innerhalb einer einzelnen Dienstleistungsgruppe werden zum Beispiel je nach Tankinhalt, Art des Öls (z.B. Heizöl/Dieselöl bzw. Benzin/Lösungsmittel) und Anzahl zu behandelnder Tanks eine Liste weiterer Dienstleistungen ausgeschieden, wobei der jeweilige Preis für jede einzelne Dienstleistung angegeben wird. Der VTR-Tarif ist dabei so ausgestaltet, dass die Preise mit zunehmendem Tankinhalt steigen und mit zunehmender Tankanzahl sinken. Die Materialliste umfasst sämtliche für die Erbringung der Dienstleistungen erforderlichen Produkte (diverse Arten von Abfüllsicherungen, Messstäbe und Zubehör, Tankarmaturen, Verbrauchsmaterial etc.). Der VTR-Tarif gibt für jedes Produkt innerhalb der einzelnen Produktkategorien je einen Regie- (ohne Arbeit) und einen Akkordpreis (mit Arbeit) an.

³ Vgl. RPW 2000/2, S. 183 f.

⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 567 (BBl 1995 I 567).

39. Jede Tankanlage bedarf aufgrund ihres individuellen Zustandes und ihrer individuellen Ausgestaltung und Grösse nur bestimmter Dienstleistungen und Produkte aus der Materialpreisliste. Insofern sind die einzelnen Dienstleistungsgruppen (z.B. Tankrevisionen und Tanksanierungen) und sogar die einzelnen Dienstleistungen innerhalb der Dienstleistungsgruppen (z.B. Tankrevision für Tankanlagen bis 3'500 l und solche von 3'501 l bis 4'500 l) nicht substituierbar. Gleich verhält es sich grundsätzlich mit den Produkten der Materialliste. Somit wäre als Endkonsequenz jede einzelne Position des VTR-Tarifs als eigener Markt zu definieren. Zumindest innerhalb der einzelnen Dienstleistungsgruppen steht jedoch die Dienstleistung als solche (z.B. Sichtkontrolle, Tankraumsanierung) und bei den Produkten der Materialliste der Bezug zur Tankrevision im Vordergrund. Aus diesem Grund braucht nicht für jede Position des VTR-Tarifs ein separater Markt abgegrenzt zu werden.

40. Auf die genaue Marktabgrenzung kann im Rahmen dieser Vorabklärung aber verzichtet werden, da wie nachfolgend gezeigt wird - keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Wettbewerb sowohl bei einer engen als auch bei einer umfassenden Marktabgrenzung beseitigt oder erheblich beeinträchtigt wird (vgl. Rz. 48 ff.). Nachfolgend wird deshalb von einem sachlich relevanten Markt für die Revision von Tankanlagen einschliesslich der Lieferung und Montage von (Ersatz-)Material ausgegangen.

b) Räumlich relevanter Markt

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

42. Unter dem geltenden Recht besteht eine generelle Revisionspflicht für bewilligungspflichtige Anlagen. Weiter führen die Kantone Listen mit den Unternehmen, welche in ihrem Kanton zugelassen sind. Dies führt jedoch nicht zu Einschränkungen in räumlicher Hinsicht, denn die kantonale Bewilligung eines Kantons berechtigt zur Ausübung der Tätigkeit auf dem ganzen Gebiet der Schweiz (Art. 23 Abs. 2 GSchG). Entsprechend sind die Inhaber von Tankanlagen nicht auf in ihrem jeweiligen Wohnsitzkanton zugelassene Unternehmen beschränkt, sondern können Unternehmen aus der ganzen Schweiz und sogar aus dem Ausland mit den Revisionsarbeiten beauftragen.

43. Mit dem revidierten GschG wird die Bewilligungspflicht für Tankrevisionsunternehmen aufgehoben. Damit dürften die Kantone die Führung von Listen mit den zugelassenen Unternehmen aufgeben. Sodann wird mit dem revidierten GschG die Revisionspflicht auf Anlagen an wasserschutzgefährdeten Standorten beschränkt, wobei die Inhaber von Tankanlagen auch im Rahmen dieser eingeschränkten Revisionspflicht in der Wahl der Revisionsunternehmen frei sind.

44. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Inhaber von Tankanlagen sowohl unter dem geltenden Recht als auch mit dem revidierten, noch nicht in Kraft ge-

tretenen GschG sowohl für unter die Revisionspflicht fallende als auch nicht darunter fallende Arbeiten in räumlicher Hinsicht in der Wahl der Tankrevisionsunternehmen frei sind.

45. Die meisten Tankrevisionsunternehmen sind vorwiegend in einer bestimmten Region tätig. Momentan lässt sich jedoch eine zunehmende Mobilität der einzelnen Unternehmen feststellen. Insbesondere Unternehmen aus dem Mittelland sind in den benachbarten Kantonen und sogar in einem weiteren Umkreis tätig. Weiter führen zum Beispiel vermehrt Revisionsunternehmen aus dem Kanton Bern Aufträge in der Westschweiz und Revisionsunternehmen aus der Ostschweiz Aufträge im Kanton Zürich aus. Diese Mobilität dürfte in Zukunft aufgrund verstärkten Wettbewerbs noch zunehmen: Die Anzahl revisionspflichtiger Tankanlagen wird in Zukunft abnehmen, sei es aufgrund des revidierten GschG (vgl. Rz. 18) oder des Umstandes, dass viele Inhaber von Tankanlagen auf Alternativenergien (z.B. Gasheizungen, Wärmepumpen) umsteigen.⁵ Dies wird zu einer Überkapazität der Revisionsunternehmen führen, welche gemäss Auskunft des VTR-Geschäftsführers partiell bereits im jetzigen Zeitpunkt besteht. Weiter werden durch die Abschaffung der Bewilligungspflicht für die Ausübung der Tätigkeit von Revisionsunternehmen gemäss revidiertem GschG möglicherweise neue Unternehmen auf den Markt kommen.

46. Grundsätzlich haben auch ausländische Tankrevisionsunternehmen Anspruch auf Erteilung einer kantonalen Bewilligung für die Ausübung der Revisions-tätigkeit, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen gemäss VWF erfüllen. Gemäss Auskunft des BAFU erfüllen ausländische Unternehmen in der Praxis jedoch kaum sämtliche Voraussetzungen, insbesondere nicht das Erfordernis des eidgenössischen Fachausweises für Equipenchefs des Tankrevisionsgewerbes. Mit der Revision des GschG wird jedoch auch diese Hürde fallen, so dass in der Schweiz domizilierte Inhaber von Tankanlagen möglicherweise auch Dienstleistungen zumindest im benachbarten Ausland nachfragen werden (vgl. im Einzelnen Rz. 66).

47. Aufgrund des Gesagten rechtfertigt es sich, im Rahmen dieser Vorabklärung von einem schweizweiten Markt für die Revision von Tankanlagen einschliesslich der Lieferung und Montage von (Ersatz-)Material auszugehen.

B.3.2.2.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

48. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der wirksame Wettbewerb vorliegend beseitigt wird:

⁵ Im Jahr 2005 wurde in 56% der Neubauten eine Wärmepumpe eingebaut, 2003 waren es noch 40% gewesen. Ölheizungen wurden nur noch in 12% eingebaut (2003: 27%) [Quelle: Schaffhauser Nachrichten vom 24.7.2006, S. 6].

49. Bei der Auswertung der Rechnungen der Tankrevisionsunternehmen konnte festgestellt werden, dass die Nicht-VTR-Mitglieder vom VTR-Tarif abweichende Preise in Rechnung stellen. Sodann halten die VTR-Mitglieder den VTR-Tarif nicht ein. Eine spezifische Preispolitik von VTR-Mitgliedern einerseits und Nicht-VTR-Mitgliedern andererseits konnte nicht ausgemacht werden. Tatsächlich weichen sowohl VTR-Mitglieder als auch Nicht-VTR-Mitglieder in ihrer Preisgestaltung zum Teil erheblich von den vorgegebenen VTR-Preisen ab und liegen im Durchschnitt deutlich tiefer. Beispielsweise kostet die Revision eines 2'000 l-Tanks zwischen CHF 188.- und CHF 930.- (VTR-Preisempfehlung bei CHF 615.- für 2005, CHF 635.- für 2006), ein 6'000 l-Tank zwischen CHF 600.- und CHF 1'285.- (VTR-Preisempfehlung bei CHF 1'275.- für 2005, CHF 1'315.- für 2006). Für die Revision eines 50'000 l-Tanks wurden zwischen CHF 1'500.- und CHF 2'705.- in Rechnung gestellt (VTR-Preisempfehlung bei CHF 2'785.- für 2005, CHF 2'870.- für 2006). Für die Abdichtung der Tanköffnung, so genannte Mannlochdichtung, die gemäss VTR-Tarif 2005 CHF 55.-, CHF 63.- oder CHF 78.- und gemäss VTR-Tarif 2006 CHF 57.-, CHF 65.- oder CHF 80.- kosten soll, wurden zwischen CHF 0.- und CHF 130.- fakturiert (vgl. im Einzelnen Rz. 59 ff.).

50. Es konnte zwar festgestellt werden, dass die VTR-Preise zumindest teilweise als Ausgangspunkt für die Preisgestaltung dienen. Gleichzeitig ist jedoch offensichtlich, dass die den Kunden fakturierten Preise erheblich davon abweichen.

51. Aus dem Gesagten geht hervor, dass es vorliegend keine Indizien dafür gibt, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Dies hat zur Folge, dass die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG umgestossen werden dürfte, weshalb die Prüfung nachfolgend fortgesetzt wird.

B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

B.3.3.1 Allgemeines

52. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.3.2 Qualitative Kriterien

53. Für das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit ist ausreichend, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist.⁶ Der Preis stellt grundsätzlich einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Sodann haben horizontale Absprachen über Preise der Erfahrung nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb.⁷ Der VTR-Tarif wirkt sich auf die Preisfestsetzung der VTR-Mitglieder aus.

54. Weiter erfolgt die Ausarbeitung und Aktualisierung von Verbandstarifen bei vielen Berufsverbänden regelmässig und ist über Jahre konstant. Dies ermöglicht es sämtlichen Marktteilnehmern, die Preispolitik der Konkurrenten mit hinreichender Sicherheit vor-

rauszusehen. Verbandstarife sind deshalb insofern besonders schädlich, als sie nicht nur das Verhalten der Vereinsmitglieder, sondern auch jenes der Nicht-Vereinsmitglieder, in casu der Nicht-VTR-Mitglieder, beeinflussen können.

55. Vorliegend erfüllt der VTR-Tarif angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem relevanten Markt.

B.3.3.3 Quantitative Kriterien

56. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ist der aktuelle und potenzielle Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen sowie durch allfällige Kartellaussenseiter massgebend.

B.3.3.3.1 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz

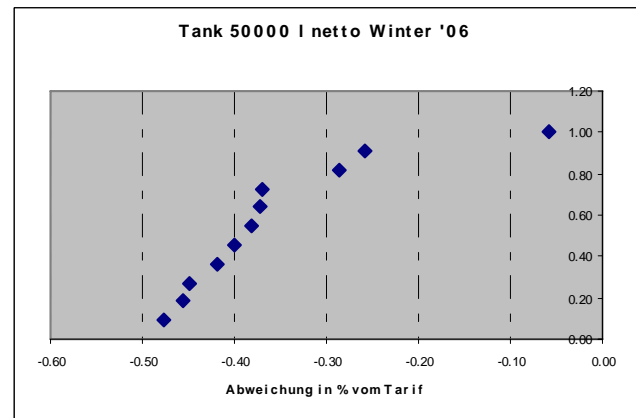
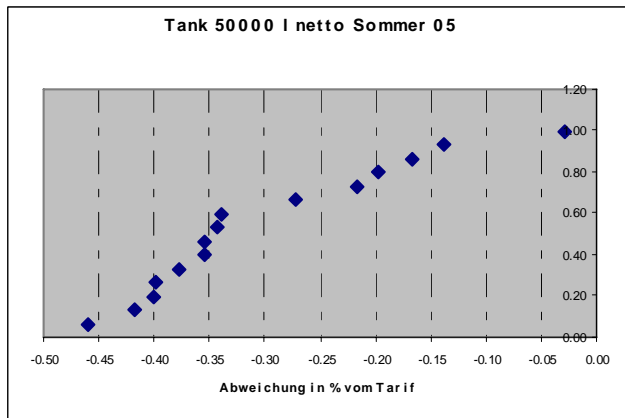
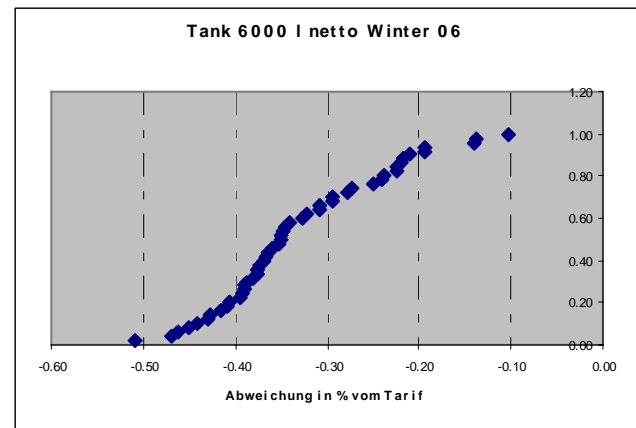
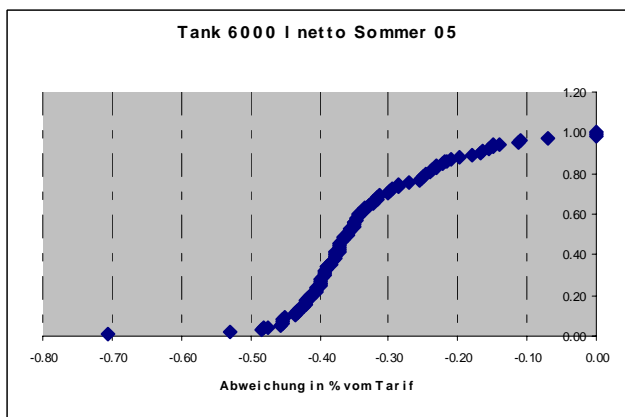
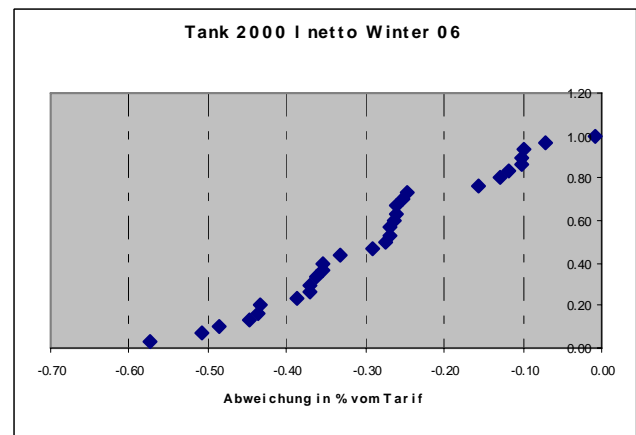
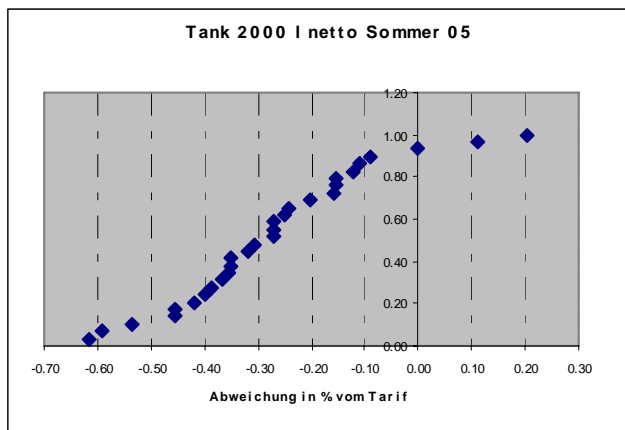
57. Das Sekretariat hat die befragten Tankrevisionsunternehmen aufgefordert, die Rechnungen für die Monate August/September 2005 sowie Januar/Februar 2006 einzureichen. Insgesamt konnten in casu die Rechnungen von 29 VTR-Mitgliedern und acht Nicht-VTR-Mitgliedern ausgewertet werden. Bei der Analyse wurden ausschliesslich Rechnungen mit identischen Dienstleistungen berücksichtigt, um die Vergleichbarkeit der Dienstleistungen zu gewährleisten. Diverse Preisunterschiede in den Rechnungen sind auf unterschiedliche Fakturierungsmodalitäten zurückzuführen. Diese wurden berücksichtigt, indem die Preise ohne Mehrwertsteuer und Entsorgungsgebühren sowie jeweils mit und abzüglich der gewährten Rabatte miteinander verglichen wurden.

58. Bei der Analyse der fakturierten Preise konnte festgestellt werden, dass sowohl die VTR-Mitglieder als auch die Nicht-VTR-Mitglieder den VTR-Tarif nicht einhalten und untereinander sehr unterschiedliche Preise fakturieren. Eine unterschiedliche Preispolitik zwischen VTR-Mitgliedern und Nicht-VTR-Mitgliedern ist nicht feststellbar. Vielmehr ergibt sich eine breite Preisstreuung mit sehr wenigen Mehrfachenwendungen des gleichen Preises, wobei die VTR-Mitglieder und Nicht-VTR-Mitglieder innerhalb der Bandbreite gemischt sind. Sodann konnte nicht festgestellt werden, dass die jährlichen Anpassungen des VTR-Tarifs generell auf die Kunden abgewälzt werden. Eine Einhaltung des VTR-Tarifs auf regionaler Ebene konnte ebenfalls nicht festgestellt werden, da auch bei den Tankunternehmen innerhalb zum Beispiel eines Kantons eine breite Preisstreuung besteht.

59. Die nachfolgenden Grafiken, welche die Abweichung vom VTR-Tarif bei den drei besonders häufig vorkommenden Tankrevisionen (bis 2'000 l, 6'000 l und 50'000 l, je Sommer 2005 und Winter 2006) darstellen, zeigen die breite Preisstreuung klar auf. Im Ergebnis ist festzustellen, dass der VTR-Tarif insgesamt weit über dem Marktpreis liegt.

⁶ Vgl. ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Basel 2000, S. 95 f.

⁷ Vgl. RPW 2001/4, S. 678, Rz. 121.



60. Aus der Analyse der Rechnungen geht hervor, dass der VTR-Tarif teilweise als Ausgangspunkt für die Preisgestaltung hinzugezogen wird, wobei dann jedoch zum Teil erhebliche Rabatte auf die VTR-Preise gewährt werden. In anderen Fällen sind die Brutto- und Nettopreise identisch, insgesamt jedoch - zum Teil weit - unterhalb der Preisempfehlungen.

61. Vorliegend wird die [...] als Beispiel herausgegriffen, welche in ihren Rechnungen von einem Preis von CHF 595.- für die Revision von Klein- und Haushaltstanks ausgeht (gemäss VTR-Tarif 2005 CHF 615.-, gemäss VTR-Tarif 2006 CHF 635.-), aber jeweils einen Rabatt von 40% gewährt, was einen Preis in Höhe von CHF 357.- ergibt. Damit gehört die [...] für diese Dienstleistung zu den eher günstigen Tankrevisionsunternehmen. Es kann vermutet werden, dass die Angabe eines höheren Preises in Verbindung mit der

systematischen Gewährung von Rabatten in Höhe von 40% als Werbemittel dient und nicht mit der (annähernden) Einhaltung des VTR-Tarifs in Verbindung zu bringen ist. Im Ergebnis ändert die beschriebene Rabattpolitik nichts an der breiten Preisstreuung für Tankrevisionen.

62. Bei den Produkten aus der Materialliste kann festgestellt werden, dass diese zu sehr unterschiedlichen Preisen verkauft oder zum Teil auch gratis geliefert werden. Auch diesbezüglich gibt es deshalb keine Anhaltspunkte dafür, dass der VTR-Tarif eingehalten wird.

63. Der Grad der Abweichung vom VTR-Tarif wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass zum Beispiel gewisse Tankrevisionsunternehmen vereinzelt Dienstleistungen, welche gemäss VTR-Tarif separat zu fakturieren

ren wären, ohne zusätzliche Kosten im Rahmen von Tankrevisionen erbringen (z.B. Filtration des Öls).

64. Aufgrund des Gesagten ist davon auszugehen, dass genügend aktueller Wettbewerb zwischen den in der Schweiz tätigen Tankrevisionsunternehmen besteht.

65. Weiter fällt mit der Revision des GSchG die Bewilligungspflicht für die Tätigkeit von Tankrevisionsunternehmen weg. Damit entfällt das Erfordernis des eidgenössischen Fachausweises für Equipenchefs des Tankrevisionsgewerbes. Gemäss Artikel 22 Absatz 3 des revidierten GSchG ist lediglich erforderlich, dass Anlagen mit wassergefährdenden Flüssigkeiten von Personen erstellt, geändert, kontrolliert, befüllt, gewartet, entleert und ausser Betrieb gesetzt werden, die aufgrund ihrer Ausbildung, Ausrüstung und Erfahrung gewährleisten, dass der Stand der Technik eingehalten wird. Gemäss Auskunft des BAFU muss der Begriff "Stand der Technik" noch durch die Praxis konkretisiert werden, wobei sich die Kantone und eventuell der VTR an der Konkretisierung beteiligen werden. Der VTR könnte auch versuchen, durch Verbandsregeln möglichst hohe Standards festzusetzen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass der Stand der Technik in der Praxis so hoch angesetzt wird, dass dieser nur durch Inhaber eines eidgenössischen Fachausweises erreicht werden kann. Zudem ist noch unklar, ob das *seco* bei Wegfall der kantonalen Bewilligungspflicht überhaupt noch Fähigkeitsausweise ausstellen wird.

66. Aufgrund des Gesagten könnten mit der Revision des GSchG neue Unternehmen auf den Markt treten. Es handelt sich einerseits um Tankrevisionsunternehmen aus dem (benachbarten) Ausland, welche aufgrund des Wegfalls des Erfordernisses des eidgenössischen Fachausweises für Equipenchefs des Tankrevisionsgewerbes ohne weiteres ihre Geschäftstätigkeit in der Schweiz aufnehmen können. Andererseits können in der Schweiz Personen, welche zwar den genannten eidgenössischen Fachausweis nicht erworben haben, aber im Sinne von Artikel 22 Absatz 3 des revidierten GSchG dennoch über genügend Know-how verfügen, Tankrevisionen durchführen. Dabei dürfte es sich in erster Linie um ehemalige Arbeitnehmer von Tankrevisionsunternehmen handeln. Sodann sind die Markteintrittsschranken im Bereich Tankrevisionen nicht besonders hoch, da lediglich ein Tankreinigungsfahrzeug (Kosten ca. CHF 100'000.-), ein Behälter für das Öl sowie eventuell ein Anhänger benötigt werden. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten GSchG ist wie gesagt nicht bekannt. Das BAFU rechnet jedoch damit, dass die neuen Bestimmungen im Januar 2007 in Kraft treten werden.

67. Weiter wird der Markteintritt neuer Schweizer Unternehmer gegebenenfalls durch die allgemein in der Branche zunehmende Mobilität der Tankrevisionsunternehmen erleichtert, da die Erfolgsaussichten den neuen Unternehmen dadurch möglicherweise günstiger erscheinen.

68. Aufgrund der mit der Revision des GSchG zunehmend niedrigen Marktzutrittsschranken erscheint es

naheliegend, dass bereits die Möglichkeit von Marktzutritten disziplinierend auf die im jetzigen Zeitpunkt bereits tätigen Unternehmen wirkt. Vorliegend wird deshalb davon ausgegangen, dass genügend potenzielle Konkurrenz auf dem relevanten Markt besteht.

69. Zusammenfassend liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der VTR-Tarif den wirksamen Wettbewerb zwischen den in der Schweiz tätigen Tankrevisionsunternehmen erheblich beeinträchtigt.

B.3.3.3.2 Stellung der Inhaber von Tankanlagen

70. Die Inhaber von Tankanlagen sind aufgrund der gesetzlichen Revisionspflicht gezwungen, ein Tankrevisionsunternehmen auszuwählen und dessen Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Abgesehen von diesem Zwang, derartige Dienstleistungen überhaupt in Anspruch nehmen zu müssen, wird die Wahlfreiheit der Inhaber von Tankanlagen bezüglich der Revisionsunternehmen nicht zusätzlich beschränkt, da der VTR-Tarif grundsätzlich nicht befolgt wird.

71. Sodann hat das Sekretariat festgestellt, dass auch innerhalb desselben Unternehmens zum Teil stark von einander abweichende Preise für die gleiche Dienstleistung fakturiert werden. Somit besteht offenbar ein erheblicher Spielraum in der Preisfestsetzung, wobei es an den Inhabern von Tankanlagen liegt, diesen durch Einsetzen ihrer durchaus vorhandenen Verhandlungsmacht auszuschöpfen. Das BAFU rät den Inhabern von Tankanlagen denn auch, Vergleichsofferten einzuholen.

72. Die Inhaber von Tankanlagen sind insofern im Nachteil, als bezüglich der Preise eine grosse Intransparenz herrscht. Weiter besteht aufgrund des Spezialwissens von Tankrevisionsunternehmen ein Informationsgefälle zwischen diesen und den Inhabern von Tankanlagen. Dieses Informationsgefälle wird von den Revisionsunternehmen nach Feststellung des Sekretariats teilweise ausgenützt: Beispielsweise ersetzen gewisse Unternehmen bestimmte Ersatzteile bei praktisch jeder Tankrevision, währenddem dieselben Ersatzteile bei anderen Unternehmen nur selten ersetzt werden. Die auf das Informationsgefälle zurückzuführende nachteilige Stellung der Kunden, welche spezialisierte Dienstleistungen in Anspruch nehmen, ist jedoch keine Besonderheit der Tankrevisionen. Vielmehr befinden sich die Kunden in der Regel im ganzen Bereich der freien Berufe in einer ähnlichen Lage (z.B. Ärzte, Architekten, Rechtsanwälte etc.).

73. Sofern ein Preistarif in einem bestimmten Markt angewendet wird und der Kunde sich wegen des beschriebenen Informationsgefälles auf die Angaben des spezialisierten Unternehmens verlassen muss, ist es für die Kunden noch schwieriger, gegen die Anwendung des Preistarifs anzukämpfen. Vorliegend bestehen jedoch keine über das übliche Mass hinausgehenden negativen Auswirkungen des Informationsgefälles, da der VTR-Tarif grundsätzlich nicht eingehalten wird.

B.3.4 Ergebnis

74. Aus den oben erwähnten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der wirksame Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt für die Revision von Tankanlagen einschliesslich der Lieferung und Montage von (Ersatz-)Material erheblich beeinträchtigt wird.

75. Aufgrund dieses Zwischenergebnisses erübrigt sich die Prüfung von Rechtfertigungsgründen. Die nachfolgenden Hinweise sollen lediglich darlegen, dass die Herausgabe des VTR-Tarifs, sollte er in Zukunft eingehalten werden, nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte.

B.3.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

76. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a); und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b). Die Liste der Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ist abschliessend.⁸

77. Der VTR macht wie erwähnt geltend, der VTR-Tarif diene als Kalkulationsgrundlage für die einzelnen Verbandsmitglieder und sei eine reine Informationsliste (vgl. Rz. 28 ff.). Andere Rechtfertigungsgründe bringt er nicht vor; sie sind auch nicht ersichtlich.

78. Bereits oben wurde ausgeführt, dass der VTR-Tarif nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden kann (vgl. Rz. 28 ff.). Doch selbst wenn dies der Fall wäre, könnte der VTR-Tarif vorliegend nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden: Gemäss der oben genannten Bekanntmachung über die Verwendung von Kalkulationshilfen lassen sich Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG über den Gebrauch von Kalkulationshilfen in der Regel nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen (Art. 4 Bst. b der Bekanntmachung).

C FAZIT

79. Die Vorabklärung in Sachen VTR-Tarife hat aufgezeigt, dass die von diesem Verband alljährlich herausgegebene - nur für den internen Gebrauch bestimmte - detaillierte Preisliste über die einzelnen Tankrevisionsarbeiten und Materialpreise sowohl von den Nicht-VTR-Mitgliedern als auch den VTR-Mitgliedern nicht eingehalten wird. Die am Markt erzielten Material- und Arbeitspreise liegen durchwegs - zum Teil gar massiv - unter den vom VTR vorgegebenen Preisen. Dieser Zustand dauert, wie aus den eingegangenen Antworten der Tankrevisionsunternehmen hervorgeht, schon einige Zeit an. Obwohl keine Untersuchungen früherer Jahre vorliegen, ist anzunehmen, dass sich dieser Trend einer Distanzierung gegenüber den vorgegebenen Verbandspreisen in den letzten

Jahren verstärkt hat und künftig weiter zunehmen wird.

80. Mögliche Gründe für die Nicht-Einhaltung der Verbandspreise sind die wachsende Zahl grösserer Unternehmen, die in mehreren Kantonen, teilweise praktisch schweizweit, tätig sind und aufgrund ihrer Grösse und Auslastung kostenrelevante Skaleneffekte gegenüber den (noch) branchentypischen Klein- und Kleinunternehmen erzielen. Weiter stellt der Markt von Ölheizungen, deren Tanks zu revidieren sind, seit Jahren ein schrumpfender Markt dar, werden doch zunehmend solche Heizungssysteme durch ökologischere Alternativen ersetzt. Der starke Rückgang neu installierter Ölheizungen in den letzten Jahren wird sodann - legt man einen Revisionszyklus der Tankanlagen von zehn Jahren zugrunde - zu einer tendenziell sinkenden Nachfrage nach Revisionen führen, zumal auch in Altbau-Sanierungen der Trend Richtung Alternativheizungen geht. Ein weiterer Nachfragerückgang wird in den kommenden Jahren die Revision des GSchG verursachen (Abnahme der zu revidierenden Tankanlagen, Aufhebung der Bewilligungspflicht für Tankrevisionsunternehmen).

81. Für die Konsumenten lohnt es sich in jedem Fall, mehrere Offerten für die Tankrevision einzuholen und dabei namentlich grössere und kleinere Anbieter zu berücksichtigen. Zudem brauchen die offerierten Endpreise nicht ohne weiteres akzeptiert zu werden. Vielmehr lohnt es sich, darüber zu verhandeln. Mangels kompetitiver Preise sollte dabei freilich nicht der VTR-Tarif Ausgangspunkt der Preisverhandlungen bilden, sondern - unter Berücksichtigung der gegebenenfalls leicht voneinander abweichenden Leistungen - jeweils die tiefste eingereichte Offerte.

82. Der vorliegende Fall zeigt die Gefahr von Preisempfehlungen anschaulich auf. Im Ergebnis läuft es darauf hinaus, dass der VTR und die VTR-Mitglieder versuchen, künstlich einen "Marktpreis" zu kreieren, indem sie durch den VTR-Tarif verbandsintern den Eindruck zu vermitteln versuchen, die vorgegebenen Preise seien angemessen oder zumindest innerhalb eines gewissen Durchschnitts. Sodann übt der VTR an den Verbandsversammlungen und in den Verbandspublikationen Druck auf die VTR-Mitglieder aus, den VTR-Tarif einzuhalten. Schliesslich wird durch die Anweisung, den VTR-Tarif nur intern zu gebrauchen, die ohnehin schon vorhandene Preisintransparenz gegenüber den Inhabern von Tankanlagen zusätzlich erhöht. Aufgrund dieses künstlichen "Marktpreises" haben die VTR-Mitglieder den Eindruck, bei Gewährung von Rabatten und anderen Vergünstigungen besonders günstige Preise zu verlangen. Diese Überlegung ist jedoch unzutreffend, da die empfohlenen VTR-Preise, teilweise massiv, überhöht sind.

⁸ ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S. 196 N 404; PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN in: CR Concurrence, Basel 2002, Art. 5 LCart N 102.

83. Solange der VTR-Tarif vom VTR herausgegeben wird, besteht die Gefahr, dass die Tankrevisionsunternehmen - wenn der Tarif künftig eingehalten würde - an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt wären. Der VTR setzt seine Mitglieder durch sein Verhalten somit dem Risiko aus, wegen der Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert zu werden. Aus der Sicht des VTR ist deshalb die Frage zu stellen, ob es noch zu verantworten ist, den VTR-Tarif herauszugeben, zumal er aufgrund der überhöhten empfohlenen Preise ohnehin nicht befolgt wird. Das Sekretariat empfiehlt dem VTR deshalb, künftig auf den VTR-Tarif zu verzichten.

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

1. stellt fest, dass derzeit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. empfiehlt dem VTR, künftig auf die Herausgabe des VTR-Tarifs zu verzichten;
3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
4. teilt dem VTR die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	2. Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG
-------	--

<i>Unzulässige Wettbewerbsabrede und unzulässige Verhaltensweise; Art. 5 und 7 KG</i>		(i) <i>Einsatz einer Debitkarte</i>	610
<i>Accord illicite et pratique illicite; art. 5 et 7 LCart</i>		(ii) <i>Besitz einer Debitkarte</i>	610
<i>Accordo illecito e pratiche illicite; art. 5 e 7 LCart</i>		c) <i>Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs</i>	611
<i>Schlussbericht vom 4. Juli 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG beziehungsweise unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG</i>		B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	612
		B.3.3.1 Allgemeines	612
		B.3.3.2 Qualitative Kriterien	612
		B.3.3.3 Quantitative Kriterien	612
INHALTSVERZEICHNIS		a) <i>Intrabrand-Wettbewerb</i>	612
A. SACHVERHALT	602	(i) <i>Aktueller Wettbewerb</i>	612
A.1 Gegenstand der Vorabklärung	602	(ii) <i>Potenzieller Wettbewerb</i>	613
A.2 Entwicklung von ec-Direkt zur Maestro-Debitkarte	602	b) <i>Interbrand-Wettbewerb</i>	613
A.3 Das Maestro-Debitkartensystem	603	(i) <i>Aktueller Wettbewerb</i>	613
A.4 Bisheriges und geplantes Maestro-Gebührenmodell von Telekurs	603	(ii) <i>Potenzieller Wettbewerb</i>	613
A.5 Verfahren	604	B.3.3.4 Zwischenergebnis	614
A.6 Fall Kreditkarten/Interchange Fee	605	B.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen	614
B. ERWÄGUNGEN	606	B.3.4.1 Rechtfertigungsgründe	615
B.1 Geltungsbereich	606	a) <i>Reduktion des Kostendefizits</i>	615
B.2 Vorbehaltene Vorschriften	606	b) <i>Weiterbetrieb und Weiterentwicklung des Maestro-Systems</i>	616
B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen den Issuern über die Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen	606	B.3.4.2 Keine Möglichkeit, durch die DMIF wirksamen Wettbewerb zu beseitigen	616
B.3.1 Wettbewerbsabrede	607	B.3.5 Ergebnis	616
B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	607	B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	616
B.3.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung	607	B.4.1 Marktbeherrschende Stellung	617
B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe	608	B.4.1.1 Der relevante Markt	617
B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	608	B.4.1.2 Marktstellung	618
B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede	608	a) <i>Aktueller Wettbewerb</i>	618
B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG	609	b) <i>Potenzieller Wettbewerb</i>	619
a) <i>Keine Abgrenzung eines Wholesale-Marktes</i>	609	B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen	619
b) <i>Issuing-Markt</i>	610	C. "WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG DURCH ZUSTAND"	620
		D. ERGEBNIS	620
		E. SCHLUSSFOLGERUNGEN	621

A. SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Die vorliegende Vorabklärung betrifft die Abrede zwischen Debitkarteninstituten bezüglich einer gegebenenfalls noch einzuführenden multilateralen Domestic Interchange Fee (DMIF) für inländische Maestro-Transaktionen. Bei der geplanten DMIF handelt es sich um ein Entgelt pro getätigte Debitkartentransaktion, welches von den Acquirern an die Issuer bezahlt wird (vgl. Rz. 11). Die Höhe der DMIF wurde in Form eines Prozentsatzes des zugrunde liegenden Transaktionsbetrages festgelegt.

2. Die DMIF ist im Entwurf vom 21. September 2004 der Domestic Rules, welche von den Parteien (vgl. Rz. 3) und Telekurs im Maestro Card Committee (MAECC) festgelegt wurden, festgehalten, und gilt bei Umsetzung der gemeldeten Vereinbarung für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

3. Die multilaterale Vereinbarung betreffend die Einführung einer DMIF wurde zwischen **Credit Suisse AG (CS)**, **RBA Zentralbank**, **Schweizer Verband der Raiffeisenbanken (SVRB)**, **UBS AG (UBS)**, **Verband Schweizerischer Kantonalbanken (alle zusammen: Parteien)** sowie **Telekurs Multipay AG (Telekurs)** abgeschlossen und von CS, UBS, Zürcher Kantonalbank (ZKB), SVRB und Telekurs im Namen aller an der geplanten DMIF beteiligten Issuer gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG gemeldet.

4. Telekurs hat ihre Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG vom 21. Juli 2004 betreffend die Anpassung ihres Gebührenmodells mit Schreiben vom 10. Februar 2006 zurückgezogen (vgl. Rz. 26).

5. Gemäss Angabe von Telekurs wird mit der Einführung einer DMIF die Anpassung des Gebührenmodells von Telekurs unumgänglich, da diese vollumfänglich von den Acquirern an die Issuer zu bezahlen ist. Im Hinblick auf die allfällige Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen und die sich daraus ergebende zwangsläufige Anpassung des Gebührenmodells von Telekurs enthält der vorliegende Schlussbericht trotz Rückzug der Meldung einige Hinweise bezüglich der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Gebührenanpassung durch Telekurs.

A.2 Entwicklung von ec-Direkt zur Maestro-Debitkarte

6. Das Debitsystem ec-Direkt wurde im Jahr 1988 von den Schweizer Banken zusammen mit Telekurs eingeführt. Es handelte sich dabei um ein nationales Debitsystem. Durch die Verbindung zum "eurocheque" (die Debitkarte galt gleichzeitig als Garantiekarte für das internationale Cheque-System "eurocheque") und die spätere Implementierung der Maestro-Funktion¹ konnte die Karte jedoch auch im Ausland für den Waren- und Bargeldbezug benutzt werden. Die Kosten für den Aufbau und Betrieb des Debitsystems wurden in der Anfangsphase von den Issuern übernommen. Nach deren Angaben führte der Anstieg der Nutzung von ec-Direkt zu einem wachsenden Defizit, weshalb im Januar 2000 eine Kostenbeteiligung durch den

Handel in Form einer fixen Transaktionsgebühr eingeführt wurde.

7. Seit dem 1. Januar 2005 darf ec-Direct aufgrund eines Entscheids von MasterCard International in der Schweiz nicht mehr verwendet werden. Die Issuer beschlossen daher, die internationale Marke sowie das System Maestro auch für nationale Transaktionen einzuführen. Mit dem Wechsel zur Marke Maestro mussten die Schweizer Issuer und Acquirer auch die internationalen Rules & Regulations von MasterCard International akzeptieren. Diese schliessen insbesondere die Maestro Global Rules mit ein. MasterCard International schreibt in den Maestro Global Rules vor, dass die Issuer für ihre Leistungen gegenüber den Acquirern mit einem umsatzabhängigen Interchange entschädigt werden. Für POS-Transaktionen im Ausland oder für solche in der Schweiz durch Inhaber ausländischer Maestro-Karten werden bereits im jetzigen Zeitpunkt so genannte Fallback Interchanges erhoben, und zwar in Höhe von 0,55% für magnetstreifen-basierte und in Höhe von 0,50% für chip-basierte Transaktionen.

8. MasterCard International lässt den einzelnen Ländern die Freiheit, die Global Rules durch länderspezifische Regeln zu ergänzen. Liegen keine nationalen Ergänzungsregeln vor, werden automatisch die internationalen Regeln von MasterCard International angewendet. Nationale Ergänzungsregeln können durch bilaterale Vereinbarungen oder multilateral in Form von Domestic Rules festgelegt werden. Die Domestic Rules dürfen nicht gegen die Maestro Global Rules verstossen. MasterCard International stellt zwei Methoden für die Festlegung der Domestic Rules zur Verfügung:

a) Eine qualifizierte Mehrheit (je [...] % des Issuing- und Acquiring-Geschäfts) einigen sich auf den Inhalt von Domestic Rules. Nach der Genehmigung der Rules durch MasterCard International gelten sie für alle existierenden oder zukünftigen Marktteilnehmer.

b) Alle Lizenznehmer (100% des Issuing- und Acquiring-Geschäfts) eines Landes einigen sich auf gemeinsame Domestic Rules. Tritt ein neuer Marktteilnehmer in den Markt, muss das gemeinsame Abkommen erneut verhandelt werden. MasterCard International überprüft in diesem Fall die Domestic Rules nicht.

Vor dem Hintergrund der geltend gemachten Kostenunterdeckung der Issuer sowie der Berücksichtigung der internationalen Standards von MasterCard International bei Maestro-Transaktionen haben die Parteien und Telekurs vorliegend beschlossen, Domestic Rules zu vereinbaren, und haben dafür die erste Methode gewählt. Die Domestic Rules weisen somit nicht ausschliesslich Vertrags-, sondern auch Normcharakter auf.

9. Für die Festlegung der Domestic Rules wurde das MAECC gegründet. Jeder Issuer oder Acquirer mit einer Maestro-Lizenz für die Schweiz kann Anträge

¹ Für internationale Transaktionen wurde die Marke Maestro bereits zwischen 1996 und 2000 eingeführt.

an das MAECC stellen. Übereinstimmend mit den Domestic Rules sieht die Satzung des MAECC vom 4. Mai 2004 für die Festlegung, Änderung und Ergänzung der Domestic Rules die Zustimmung von MAECC-Vertretern, welche jeweils mehr als 75% des Issuing- und Acquiring-Geschäfts repräsentieren, vor.

10. Im Entwurf der Domestic Rules vom 21. September 2004 ist eine DMIF für nationale POS-Transaktionen vorgesehen. Sie kommt zur Anwendung, sofern keine bilaterale Vereinbarung zwischen Issuer und Acquirer abgeschlossen wurden. Die DMIF wurde vorliegend zwischen den Schweizer Issuern und Telekurs verhandelt und auf 0,4% des Transaktionsbetrags pro nationale POS-Transaktion festgesetzt. Wie gesagt, beabsichtigt Telekurs als Folge, ihr Preismodell anzupassen, wobei die Kosten für den Handel (Merchant Service Charge, MSC) aufgrund dieser Anpassung stark ansteigen sollen.

A.3 Das Maestro-Debitkartensystem

11. Das Maestro-Debitkartensystem ist ein so genanntes Vier-Parteien-System, in welchem spezifische Leistungen von verschiedenen Marktteilnehmern erbracht werden (vgl. Abbildung 1): Die Issuer geben gegen eine Jahresgebühr Debitkarten an die Kontoinhaber heraus, welche diese zum bargeldlosen Bezug von Gütern und Dienstleistungen einsetzen können. Die Händler, welche Maestro-Debitkarten zur Zahlung akzeptieren wollen, schliessen diesbezüglich einen Vertrag mit einem Acquirer ab. Sie bezahlen dem Acquirer pro durch den Kunden getätigte Transaktion eine Kommission (MSC). Die MSC beträgt bei Telekurs bisher CHF 0.30 pro Transaktion, wobei Staffelpunkte für grosse Transaktionsvolumina von bis zu CHF 0.11 pro Transaktion gewährt werden. Neu soll ein Teil der MSC von den Acquirern in Form einer DMIF an die Issuer weitergegeben werden.

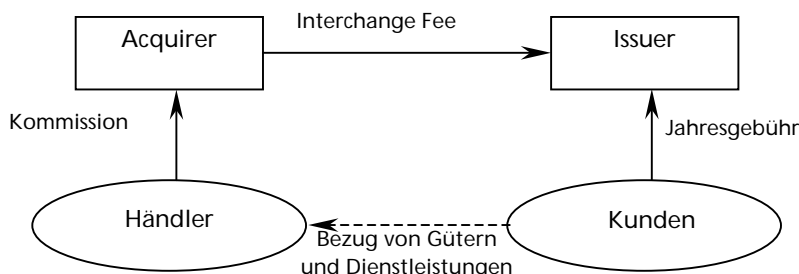


Abbildung 1: Maestro-Debitkartensystem

12. Debitkarten-Systeme können aber auch als Drei-Parteien-Systeme ausgestaltet sein. Issuing und Acquiring werden dann durch dasselbe Unternehmen durchgeführt. In einem solchen System existiert keine Interchange Fee, da die Gebühr lediglich zu einem internen Transfer führen würde. In der Schweiz sind zwei Debitkartensysteme als Drei-Parteien-Systeme ausgestaltet. Es handelt sich dabei um die Debitkartensysteme der Schweizerischen Post (Postcard) und der Migros (M-Card).

13. Weiter akzeptieren die Händler in der Schweiz auch das Visa-Debitkartenprodukt Visa Electron. Die Karte selber wird jedoch von den Banken nicht emittiert. Diverse Unternehmen in der Schweiz sind in letzter Zeit dazu übergegangen, so genannte "Prepaid Debit Cards" der Marke Visa Electron herauszugeben. Dabei arbeiten diese Unternehmen mit ausländischen Finanzdienstleistungsanbietern zusammen, welche für den Karteninhaber ein Konto lediglich auf Guthabenbasis führen.

A.4 Bisheriges und geplantes Maestro-Gebührenmodell von Telekurs

14. Die DMIF muss, sofern sie eingeführt wird, vollumfänglich von den Acquirern getragen werden. Nach

Angaben von Telekurs ist in einem solchen Fall die [...] Erbringung der Leistungen durch Telekurs nur möglich, wenn die Mehrkosten der DMIF den Händlern in Rechnung gestellt werden. Überdies lasse sich mit Einführung einer umsatzabhängigen Kostenkomponente (DMIF) das bisherige Preismodell einer fixen Transaktionsgebühr pro Transaktion nicht mehr aufrechterhalten und erfordere eine generelle Überarbeitung des Gebührenmodells von Telekurs.

15. Das ursprünglich gemeldete Preismodell von Telekurs sieht nun drei neue Dienstleistungspakete vor: BASIC, PLUS und PREMIUM. Die Pakete bieten den Händlern die Möglichkeit, die Acquiring-Dienstleistungen gemäss ihren individuellen Bedürfnissen zusammenzustellen. Tabelle 1 gibt eine Übersicht über die im bisherigen Dienstleistungspaket Swiss Top sowie die in den drei neuen Dienstleistungspaketen enthaltenen Leistungen.

16. [...] *(Angaben zum geplanten Maestro-Gebührenmodell von Telekurs)*

17. [...] *(Angaben zum geplanten Maestro-Gebührenmodell von Telekurs)*

18. [...] *(Angaben zum geplanten Maestro-Gebührenmodell von Telekurs)*

Tabelle 1: Übersicht der Leistungen der verschiedenen Dienstleistungspakete

	<i>Bisher</i>	<i>Geplant</i>		
	<i>Swiss Top</i>	<i>BASIC</i>	<i>PLUS</i>	<i>PREMIUM</i>
Verarbeitung	Während 24 Stunden und 365 Tagen im Jahr	Während 24 Stunden und 365 Tagen im Jahr	Während 24 Stunden und 365 Tagen im Jahr	Während 24 Stunden und 365 Tagen im Jahr
Deckungs-garantie	ja	ja	ja	ja
Vergütung	Unmittelbar bei ec-Transaktionen, innerhalb von 10 Arbeitstagen bei Maestro-Transaktionen	Alle 14 Tage bei nationalen Karten, innerhalb von 17 Tagen bei internationalen Karten	Innerhalb 1 Tag bei nationalen Karten, innerhalb 2-3 Tagen bei internationalen Karten	Innerhalb 1 Tag bei nationalen Karten, innerhalb 2-3 Tagen bei internationalen Karten
Kundendienst	Dreisprachiger Kundendienst während Bürozeiten	[...] Online-Support oder [...] Telefon-Support	[...] Online-Support sowie Customer Service	[...] Online-Support und Premium-Telefonnummer
Chargeback	kostenlos	[...]	[...]	[...]
Gutschriften¹⁾	nicht möglich	[...]	[...]	[...]
Fremd-währungen²⁾	nicht möglich	[...]	[...]	Euro [...], andere Währungen [...]
Generelle Informationen	Kundenmagazin	E-mail	Kundenmagazin und E-mail	Kundenmagazin und E-mail
Weitere Leistungen				Internet-Tool zur Abfrage des Transaktionsstatus

¹⁾ Setzt ein Terminal mit entsprechender Technologie voraus.

²⁾ Mit Zusatzvereinbarung

19. Über die geplanten Preismodelle von Aduno SA (Aduno), B+S Card Solutions und Concardis liegen keine Informationen vor. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass diese die neue DMIF ebenfalls in Form einer Händlerkommission abwälzen werden.

A.5 Verfahren

20. Mit Schreiben vom 7. Mai 2004 informierte Telekurs das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), dass sie das neue Gebührenmodell und - zusammen mit diversen Issuern - die Interchange-Vereinbarung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG melden wolle. Am 12. Mai 2004 ging beim Sekretariat ein Memorandum von Telekurs mit Informationen zum neuen Debitsystem ein. Telekurs reichte ihre angekündigte Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG mit Schreiben vom 21. Juli 2004 ein.

21. Am 9. Juni 2004 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und den Issuern über die Einführung einer DMIF statt. Mit Schreiben vom 30. Juli 2004 meldeten CS, SVRB, UBS, ZKB sowie Telekurs die Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG im Na-

men aller an der geplanten DMIF beteiligten Issuer. Gegenwärtig sind in der Schweiz 141 Issuer von Maestro-Debitkarten tätig. Dazu gehören namhafte in- und ausländische Retailbanken und Vermögensverwaltungsbanken, die Kantonalbanken, Regionalbanken und andere Institute.

22. Das Sekretariat eröffnete am 15. September 2004 innert der fünfmonatigen Frist gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG eine Vorabklärung betreffend die Einführung der DMIF und das neue Preismodell von Telekurs. Da es sich dabei um zwei miteinander verbundene Sachverhalte handelt, beschloss das Sekretariat, beide Angelegenheiten in einem einzigen Verfahren zu behandeln.

23. Mit Schreiben vom 15. September 2004 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an Telekurs, an die meldenden Issuer sowie an den Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ). Zudem informierte das Sekretariat den Preisüberwacher mit Schreiben vom 16. September 2004 über die Eröffnung der Vorabklärung.

24. Mit Brief vom 4. Oktober 2004 teilten die Rechtsvertreter der Parteien dem Sekretariat mit, dass diese

mit der Umsetzung der geplanten Vorhaben zuwar-
ten würden, wobei der status quo bestehen bleibe.
Die Vorhaben wurden bis zum Abschluss des vorlie-
genden Schlussberichts nicht umgesetzt.

25. Die meldenden Issuer und Telekurs beantworteten
ihre Fragebogen mit Schreiben vom 18. Oktober 2004.
Mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 teilte das Sekre-
tariat den Issuern mit, dass ihre Antworten teilweise
unvollständig seien, und verlangte für jeden Issuer
eine detaillierte Kostenrechnung sowie weitere In-
formationen. Diese Informationen wurden von den
Issuern mit Schreiben vom 29. November 2004 einge-
reicht.

26. Mit Schreiben vom 10. Februar 2006 zog Telekurs
ihre am 21. Juli 2004 erfolgte Meldung gemäss Artikel
49a Absatz 3 Buchstabe a KG mit der Begründung
zurück, aufgrund der eingetretenen Marktentwick-
lung könne das gemeldete Gebührenmodell in dieser
Form nicht in die Praxis umgesetzt werden.

27. Am 8. März 2006 fand eine Sitzung mit den mel-
denden Issuern und Telekurs statt, an welcher das
Sekretariat eine mündliche juristische und ökonomi-
sche Beurteilung des Falles abgab und seine Bedenken
im Zusammenhang mit der Einführung einer DMIF
und der Anpassung des Gebührenmodells von Tele-
kurs bekannt gab. Die meldenden Issuer und Telekurs
vertraten die Auffassung, die *Wettbewerbskommissi-
on (Weko)* müsse gestützt auf die Meldung entschei-
den, ob die Einführung einer DMIF zulässig sei. Das
Sekretariat teilte den meldenden Issuern und Telekurs
mit, dass die Weko einen solchen Entscheid ausserhalb
des Untersuchungsverfahrens nicht fällen könne. Es
wurde vereinbart, dass die meldenden Issuer und Te-
lekurs über das weitere Vorgehen beraten und dem
Sekretariat diesbezüglich Vorschläge machen.

28. Mit Schreiben vom 6. April 2006 teilten die mel-
denden Issuer und Telekurs dem Präsidenten der We-
ko sowie dem Sekretariat bezüglich des weiteren
Vorgehens mit, sie seien der Ansicht, das Vorabklär-
ungsverfahren sei weiterzuführen und baldmöglichst
mit einer einvernehmlichen Regelung analog dem
Kreditkartenverfahren abzuschliessen. Alternativ sei
das Vorabklärungsverfahren mit einer Feststellungs-
verfügung durch die Weko abzuschliessen.

29. Mit Schreiben vom 16. Mai 2006 teilte der Präsi-
dent der Weko den meldenden Issuern und Telekurs
zusammengefasst Folgendes mit: Eine Feststellungs-
verfügung über die kartellrechtliche Zulässigkeit be-
ziehungsweise Unzulässigkeit eines bestimmten Ver-
haltens ist im Stadium der Vorabklärung, das heisst
ohne Durchführung einer Untersuchung, nicht mög-
lich. Sodann entfällt die Möglichkeit des Abschlusses
einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29
KG, da dieses Rechtsinstitut nur im Rahmen von Un-
tersuchungen zur Verfügung steht. Das Meldeverfah-
ren gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG be-
trifft ausschliesslich die Frage der Sanktionierbarkeit
beziehungsweise deren Ausschluss. Bei Durchführung
einer Vorabklärung aufgrund einer Meldung erhalten
die Parteien nach Abschluss des Verfahrens überdies
Hinweise betreffend die wettbewerbsrechtliche Beur-

teilung durch das Sekretariat. Der Schlussbericht wird
den Parteien und Telekurs vorliegend zugestellt.

30. Am 30. Juni 2006 fand ein Gespräch zwischen Ver-
tretern des VEZ und dem Sekretariat statt. Der VEZ
wurde zu sämtlichen von ihm vorgebrachten Punkten
angehört.

A.6 Fall Kreditkarten/Interchange Fee

31. Zwischen dem vorliegenden Fall und dem Fall
Kreditkarten/Interchange Fee bestehen prima vista
gewisse Parallelen, auf welche an den entsprechen-
den Stellen in diesem Schlussbericht eingegangen
wird. Der Einfachheit und Übersichtlichkeit halber
wird nachfolgend der Fall Kreditkarten/Interchange
Fee zusammengefasst wiedergegeben.

32. Die Weko hat die Untersuchung im Bereich der
Kreditkarten im Dezember 2005 abgeschlossen und
die von den betroffenen Instituten unterzeichnete
einvernehmliche Regelung mittels Verfügung genehmigt.
Gegenstand der Untersuchung war ein zwischen
den Issuern (dazu gehörten UBS, CS, Cornèr Banca SA
und die Viseca Card Services SA) und den Acquirern
(dazu gehören heute Telekurs und Aduno) vereinbar-
tes Entgelt für inländische Zahlungstransaktionen
(Domestic Multilateral Interchange Fee; DMIF) in den
beiden Kreditkartensystemen Visa und MasterCard.
Dieses multilateral vereinbarte Entgelt wird prozentual
auf dem zugrunde liegenden Transaktionsbetrag
(Preis für den Kauf einer Ware oder einer Dienstlei-
stung) erhoben und vom Acquirer an den Issuer be-
zahlt.

33. Die Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard
sind als Vierparteiensysteme organisiert. Auf der ei-
nen Seite stehen sich die Finanzinstitute als Heraus-
geber von Kreditkarten und die Karteninhaber ge-
genüber (Markt für Kreditkarten-Issuing). Der Bezug
einer Kreditkarte und der Gebrauch der damit ver-
bundenen Dienstleistungen werden durch die Jahres-
gebühr und durch diverse andere Gebühren (Kommis-
sionen, Zinsen, Umrechnungskurse etc.) abgegolten.
Auf der anderen Seite werben die Acquirer bei den
Händlern für die Akzeptanz von Visa- und Master-
Card-Kreditkarten (Markt für Kreditkarten-Acquiring).
Hierfür zahlt der Händler dem Acquirer eine prozen-
tuale Händlerkommission auf den Transaktionsbetrag.
Die DMIF, welche im Gegensatz zum Debitkartensys-
tem seit langem Bestandteil des Kreditkartensystems
ist, wird von den Acquirern als Kostenkomponente
zur Händlerkommission geschlagen und damit auf die
Händler überwälzt.

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

35. Die Weko qualifizierte die Festlegung der DMIF in
diesen Gremien als Preisabrede, welche zwar den

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

36. Die Parteien hatten deshalb im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung mit dem Sekretariat ein objektivierte Kostenraster vereinbart, welches nur netzwerkinhärente Kostenelemente enthielt. Ausserdem hatten sich die Parteien verpflichtet, die so errechnete DMIF sowohl gegenüber der Wettbewerbsbehörde als auch auf Anfrage gegenüber den einzelnen Händlern offenzulegen. Schliesslich verzichteten die Parteien auf die so genannte Nichtdiskriminierungsklausel in den Händlerverträgen.

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

38. Um auch künftige Entwicklungen auf dem Kreditkartenmarkt vorwegzunehmen, setzte die Weko einen nach Kostenraster berechneten Höchstbetrag für die DMIF fest, wodurch die heutige DMIF innerhalb einer dreijährigen Implementierungsfrist auf diesen Wert gesenkt werden soll. Damit wird eine ungebührliche Erhöhung der DMIF durch die Kreditkarteninstitute verhindert. Zusätzlich befristete sie ihre Genehmigung auf vier Jahre.

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

B. ERWÄGUNGEN

40. Zur grösseren Übersichtlichkeit wird nachfolgend nach einem gemeinsamen Teil (Geltungsbereich und vorbehaltene Vorschriften) zuerst die Einführung der DMIF unter dem Aspekt von Artikel 5 KG und anschliessend das neue Gebührenmodell von Telekurs unter dem Aspekt von Artikel 7 KG geprüft.

B.1 Geltungsbereich

41. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Issuer und Telekurs sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

42. Auf die Frage, ob die Issuer Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 46 ff.) eingegangen.

43. Für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist vorliegend die Ausübung von Marktmacht durch Telekurs notwendig. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.² Wird nachstehend das Vorliegen von Anhaltspunkten für die marktbeherrschende Stellung von Telekurs bejaht, wird damit auch das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls das Vorliegen von Anhaltspunkten für 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

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen den Issuern über die Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen

45. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen können auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig sein. Die Beseitigung des Wettbewerbs wird unter anderem vermutet, wenn Unternehmen eine Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen treffen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Diese Vermutung kann umgestossen werden, sofern ein Restwettbewerb auf dem entsprechenden Markt nachgewiesen werden kann. Ist dies der Fall, muss im Weiteren geprüft werden, ob die getroffene Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und ob allenfalls Gründe der wirtschaftlichen Effizienz die Abrede zu rechtfertigen vermögen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG).

² Vgl. RPW 2001/2, S. 268 Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

46. Gemäss Entwurf vom 21. September 2004 der Domestic Rules kann die DMIF bilateral oder multilateral verhandelt werden, wobei die bilateralen Vereinbarungen den multilateralen vorgehen. In der Schweiz kommt ohne nationale Regelungen und sonstige Vereinbarungen zwischen Issuern und Acquirern die europäische Fallback Interchange Fee zur Anwendung (0,55% für magnetstreifen-basierte und 0,50% für chip-basierte Transaktionen). Dem Sekretariat sind keine bilateralen Vereinbarungen bekannt.

47. Bei der Festlegung der DMIF wurden gemäss Angaben der meldenden Issuer insbesondere die Kosten der von den Issuern gegenüber den Acquirern erbrachten Leistungen sowie die Verträglichkeit und Durchsetzbarkeit der DMIF am Markt unter Beachtung der Bedürfnisse aller Teilnehmer berücksichtigt. Kalkulationsgrundlage für die DMIF waren nach Angaben der meldenden Issuer die Kosten für die Transaktionsverarbeitung, die Zahlungsgarantie und die spezifische Weiterentwicklung des Maestro-Systems. Gemäss Aussage der meldenden Issuer wird die vereinbarte DMIF in Höhe von 0,4% nicht kostendeckend sein. Die Bestimmung der DMIF erfolgt nicht nach einer expliziten Kostenallokation. Vielmehr sollen die Kosten der Transaktionsverarbeitung (gegebenenfalls so weit wie möglich) gedeckt und die Weiterentwicklung des Maestro-Systems ermöglicht werden. Nach Aussage der meldenden Issuer wurden im Rahmen der Verhandlungen über die DMIF im Übrigen keine Angaben über Kostenstrukturen ausgetauscht.

48. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die DMIF vorliegend nicht in objektiver Weise an die tatsächlich bei den Parteien anfallenden Kosten gebunden ist. Bei der Verhandlung der DMIF sind auch strategische und subjektive Überlegungen eingeflossen.

49. Wie aus dem Protokoll der konstituierenden Sitzung des MAECC vom 4. Mai 2004 hervorgeht, wurde die DMIF in Höhe von 0,4% des Transaktionsbetrags zwischen den Parteien und Telekurs vereinbart und dann im Entwurf vom 21. September 2004 der Domestic Rules festgehalten. Bei Einführung der DMIF müssten die Domestic Rules nach dem gewählten Modell durch MasterCard International genehmigt werden und wären dann für alle aktuellen oder zukünftigen Marktteilnehmer verbindlich.

50. Aufgrund der gemeinsamen Verhandlung zwischen den Parteien und Telekurs und der Verfassung eines Entwurfs für die Domestic Rules liegt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen den im MAECC vertretenen Issuern (gemäss Satzung des MAECC vom 4.5.2004: CS, RBA Zentralbank, UBS, Verband Schweizerischer Kantonalbanken und SVRB; nicht vertreten sind um Beispiel Migrosbank und Bank Coop) vor. Von den in der Schweiz tätigen Acquirern ist einzig Telekurs im MAECC vertreten. Solange Aduno und B+S Card Solutions an den Verhandlungen betreffend die Festsetzung der Interchange Fee nicht teilnehmen, wird vorliegend angenommen, dass keine

Wettbewerbsabrede zwischen den Acquirern bezüglich der Vereinbarung einer DMIF vorliegt.

B.3.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung

51. Die meldenden Issuer machen geltend, dass mit der Einführung der DMIF die Reduktion des Defizits beim Betrieb des schweizerischen Debitkartensystems bezweckt werde. Bisher würden die Issuer die gesamten Kosten der Leistungen, die sie gegenüber den Acquirern erbringen, alleine tragen. Dieser Zustand solle durch die Einführung einer DMIF beseitigt werden. Mit der DMIF werde es den am Maestro-System beteiligten Unternehmen auf diese Weise ermöglicht, auch mittel- und langfristig mit anderen Zahlungssystemen (insbesondere Bargeld und Drei-Parteien-Systemen) effektiv in Wettbewerb zu treten, da der Weiterbestand des Maestro-Systems ohne DMIF auf Dauer nicht gewährleistet werden könne. Die DMIF ermögliche somit die Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln, wobei derartige den Wettbewerb intensivierende Abreden keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellen würden.

52. Entgegen diesen Ausführungen werden Abreden, welche die Handlungsfreiheit der Abredepartner beschränken, grundsätzlich von Artikel 4 KG erfasst. Die Frage, ob eine Abrede gegebenenfalls kartellrechtlich unzulässig ist, wird erst im Rahmen einer Prüfung gemäss Artikel 5 KG beurteilt und hat auf die Qualifizierung einer Abrede als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG keinen Einfluss.

53. Die multilaterale Vereinbarung der DMIF beschränkt den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem die Höhe der DMIF die Issuer-Erträge und die Acquirer-Kosten beeinflusst. Wie die meldenden Issuer selber ausführen, stellt die DMIF auf der Issuing-Seite einen wesentlichen Anteil an der Kostendeckung beziehungsweise an der Verringerung eines Defizits dar. Auf der Acquiring-Seite wird die Interchange Fee von den Acquirern auf die MSC überwält. Gemäss den Angaben von Telekurs würde mit dem angepassten Gebührenmodell vorwiegend die neu eingeführte DMIF abgedeckt werden. Das neue Gebührenmodell würde deshalb kurzfristig keine massgeblichen finanziellen Auswirkungen für Telekurs mit sich bringen. Daraus kann gefolgert werden, dass die DMIF vorliegend eine wichtige Preiskomponente der MSC darstellt. Die MSC wird von den Händlern zumindest teilweise wiederum über die Preise auf die Konsumenten überwält. Die DMIF beeinflusst somit den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer gegenüber den Karteninhabern und jenen der Acquirer gegenüber den Händlern.

54. Die Einführung einer DMIF könnte weiter eine marktabschottende Wirkung gegenüber ausländischen Acquirern haben, indem sie zu einer Erhöhung der Kosten ausländischer Acquirer führt, da diese bei inländischen Transaktionen die DMIF ebenfalls bezahlen müssen. Dies könnte den Anreiz für einen Markteintritt durch neue Acquirer, welche noch nicht über ein bestehendes Händlernetz verfügen, reduzie-

ren. Demgegenüber wird für jene Acquirer, welche (grossteils) im Besitz der Parteien sind, die Erhöhung der Kosten zumindest teilweise durch die Einnahmesteigerung aus der DMIF kompensiert. Zudem muss die marktabschottende Wirkung der Einführung der DMIF auch im Zusammenhang mit anderen Elementen gesehen werden, welche die Entscheidung eines Markteintrittes ausländischer Acquirer beeinflussen, insbesondere die starke Marktstellung von Telekurs auf dem Kreditkarten- und Terminalmarkt.

55. Die Vereinbarung bezüglich der DMIF zwischen den Parteien und Telekurs muss entsprechend als eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG qualifiziert werden.

B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen auf gleicher Marktstufe

56. Wettbewerbsabsprachen können zwischen Unternehmen abgeschlossen werden, die auf gleichen oder unterschiedlichen Marktstufen tätig sind.

57. Bei Debitkartenzahlungssystemen liegen komplexe Mehrparteienbeziehungen vor (vgl. vorne Abbildung 1), die sowohl horizontale wie auch vertikale Aspekte aufweisen. Wie im Folgenden darzulegen ist, kommt das Sekretariat zum Schluss, dass die multilaterale Vereinbarung einer DMIF als horizontale Absprache auf dem Issuing-Markt zu qualifizieren ist.

58. Die Frage, ob die Issuer und Acquirer auf der *Wholesale*-Ebene miteinander im Wettbewerb stehen, kann - wie unter Randziffer 69 ff. ausgeführt wird - offengelassen werden. Hingegen stehen die Issuer einerseits und die Acquirer andererseits jeweils untereinander im Wettbewerb. Die Vereinbarung einer DMIF zwischen den Issuern und den Acquirern führt folglich zu einer horizontalen Abrede unter den Issuern, die sich auf das Geschäftsfeld Issuing auswirkt (da bisher einzig Telekurs im MAECC vertreten ist, liegt keine horizontale Abrede zwischen Acquirern vor; die Einführung einer DMIF bietet jedoch Raum für den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Telekurs, vgl. Rz. 139 ff.). Somit sind die Voraussetzungen gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt.

59. Um die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zu beurteilen, ist zu prüfen, ob diese den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt oder erheblich beeinträchtigt.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

60. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.³

61. Nach Ansicht der meldenden Unternehmen liegt bezüglich der DMIF in casu keine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vor. Begründet wird dies damit, dass die DMIF keinen Preis im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG dar-

stelle, sondern eine teilweise Umlage von Aufwänden, welche die Issuer für den Aufbau, Unterhalt und Betrieb des Maestro-Zahlkartennetzwerkes haben. Die Issuer und Acquirer seien in der Festsetzung der Preise, welche sie von ihren jeweiligen Vertragspartnern verlangen, vollkommen frei, und der Wettbewerb zwischen den Issuern werde durch die DMIF in keiner Weise beeinträchtigt. Auch stünden die Issuer und Acquirer nicht miteinander im Wettbewerb, da sowohl die Issuer als auch die Acquirer sachbedingt keine Möglichkeit der Partnerwahl hätten, was aber Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG sei. Im Übrigen erfasste Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nur klassische Hard-Core-Kartelle, also Wettbewerbsbeschränkungen, die offenkundig wettbewerbschädlich sind, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei, da die DMIF wettbewerbsfördernd sei. Weiter sei die multilaterale Aushandlung der nationalen Fallback Interchange Fee zwingend notwendig, um das weltweit gültige Maestro-System auf nationale Gegebenheiten auszurichten, effizient zu betreiben und für neue Teilnehmer offen zu gestalten, weshalb eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG nicht vorliegen könne.

62. Zunächst ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG eine Vermutungsfolge an einen bestimmten Sachverhalt geknüpft hat. Die Vermutungsfolge betrifft die wettbewerbsrechtliche Schädlichkeit, nämlich die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG umfasst das Mass der wettbewerbsrechtlichen Schädlichkeit gerade nicht, sondern vermutet diese nur.⁴ Die Frage der wettbewerbschädlichen Natur einer Preisabrede wird somit im Rahmen der Widerlegung der Vermutung analysiert und nicht bereits bei der Qualifizierung einer Abrede als Preisabrede. Insofern ist es für die Qualifizierung einer Abrede als Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG unerheblich, ob diese (genügend) Wirkung auf dem Markt erzeugt oder nicht.⁵ Sodann wird die Frage, ob eine Wettbewerbsabrede zwingend notwendig ist, im Rahmen der allfälligen Prüfung von Rechtfertigungsgründen behandelt.

63. Auch den übrigen Vorbringen der meldenden Unternehmen ist zu widersprechen. Artikel 5 Absatz 3 KG erfasst sämtliche (direkten und indirekten) Preisabreden, wozu auch die DMIF gehört. In Randziffer 53 wurde bereits ausgeführt, dass die DMIF den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer gegenüber den Karteninhabern beeinflusst, da sie zur Kostendeckung beziehungsweise zur Verringerung des geltend gemachten Defizits beiträgt. Dadurch kann sie sich preiswirksam auswirken.

³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, S. 567 (BBl 1995 I 567).

⁴ RPW 2002/4, S. 746 Rz. 8.3 mit Verweisen (Buchpreisbindung, Urteil des BGer vom 14.8.2002).

⁵ Vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S.215 f. N 449.

64. Im Fall Swico/Sens hielt die Weko fest, dass eine Vereinbarung über die Höhe und Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselements keine Preisabsprache bildet, wenn sie auf dem Markt des Endprodukts keine preisharmonisierende Wirkung zeitigt.⁶ Von einer derartigen Situation kann in casu jedoch nicht ausgegangen werden. Vorliegend gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die DMIF einen wesentlichen Anteil der Gesamterträge der Issuer und des Endpreises ausmachen würde. Es ist deshalb anzunehmen, dass die Vereinbarung einer DMIF auf dem Markt für das Endprodukt eine preisharmonisierende Wirkung zeitigen beziehungsweise bereits weitgehend identische Preisstrukturen festigen würde.

65. Das Gesagte wird noch durch die Tatsache verstärkt, dass die Parteien und Telekurs zum einen anlässlich der Vereinbarung der DMIF zusätzlich marktrelevante Tatsachen wie zum Beispiel Umsätze ausgetauscht haben⁷ und zum anderen über finanzielle und personelle Verflechtungen so stark miteinander verbunden sind, dass aufgrund der hohen Anbieterkonzentration die Kollusionsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann.

66. Die Vereinbarung über die DMIF stellt daher eine horizontale Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG zwischen den Parteien, das heisst CS, UBS, RBA Zentralbank, Verband Schweizerischer Kantonalbanken und SVRB, dar.

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG

67. Ist der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

68. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Im Unterschied zu den Kreditkarten-Systemen handelt es sich vorliegend jedoch nicht um ein in sich geschlossenes System, da der Bezug einer Debitkarte das Bestehen einer Kontoverbindung voraussetzt. Die Ausführungen zu den relevanten Märkten im Fall Kreditkarten/Interchange Fee können deshalb nicht unbeschadet übernommen werden. Da auf dem Acquiring-Markt keine Abrede über die DMIF besteht, wird im Folgenden lediglich der Issuing-Markt näher betrachtet.

a) Keine Abgrenzung eines Wholesale-Marktes

69. Dem Debitkarten-System sind Charakteristiken ähnlich den zweiseitigen Märkten in Kreditkarten-Systemen eigen (ob es sich vorliegend um einen zweiseitigen Markt handelt, müsste im Rahmen einer Untersuchung abschliessend geklärt werden): Die eine

Seite setzt sich aus den Händlern und den Acquirern zusammen, während die andere Seite durch die Debitkarteninhaber und Issuer gebildet wird. Zwischen den beiden Seiten bestehen dabei Interdependenzen. Der Nutzen der Nachfrage einer Gruppe ist jeweils abhängig von der Nachfrage der anderen Gruppe (Netzwerkeffekte).

70. Vorliegend bestehen neben den Interaktionen zwischen den Teilnehmern jeder Seite solche zwischen Acquirern und Issuern betreffend die Übermittlung der Transaktionsdaten und die Bezahlung der DMIF. Eine Abrede zwischen den Acquirern und den Issuern über die DMIF wirkt sich auf sämtliche anderen finanziellen Interaktionen aus. Es stellt sich deshalb auch in casu die Frage, ob ein Wholesale-Markt abgegrenzt werden soll.

71. Im Fall Kreditkarten/Interchange Fee hielt die Weko fest, dass die multilaterale Vereinbarung der Interchange Fee im Bereich der Kreditkarten je als Wettbewerbsabrede zwischen den Issuern und den Acquirern zu qualifizieren sei. Hingegen erachtete sie die Frage nach der Abgrenzung eines Wholesalemarktes und damit der Auswirkungen einer Abrede zwischen Issuern und Acquirern als nicht relevant.⁸

72. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage einer Wettbewerbsabrede zwischen Issuern und Acquirern ebenfalls nicht, da das Maestro-Debitkartensystem von MasterCard als Vierparteien-System gleich funktioniert wie die Kreditkartennetzwerke von Visa und MasterCard. Ein Wholesalemarkt braucht deshalb aus den gleichen Gründen nicht abgegrenzt zu werden:

- Der Acquirer kann nicht zwischen den Issuern wählen. Er muss jede Transaktion an denjenigen Issuer weiterleiten, welcher die eingesetzte Karte herausgegeben hat. Die Issuer stehen somit gegenüber dem Acquirer nicht im Wettbewerb um die Verarbeitung von Transaktionen.
- Gemäss der *Honor All Cards Rule* (HACR) müssen sämtliche Karten, welche das Maestro-Logo tragen, akzeptiert werden. Der Acquirer hat somit auch keine Möglichkeit, Karten oder Kartentypen von bestimmten Issuern abzulehnen. Er muss mit sämtlichen Issuern des Systems zusammenarbeiten.
- Gemäss der netzwerkbasierter Sichtweise (vgl. Rz. 117 f.) der jüngeren ökonomischen Literatur zu den Zahlungssystemen gilt die Interchange Fee nicht als Marktpreis, sondern als Instrument, um die Issuing- und die Acquiring-Seite "auszubalancieren".⁹

⁶ Vgl. RPW 2005/2, S. 260, Rz. 55.

⁷ Vgl. Satzung des MAECC vom 4. Mai 2004 Ziff. 2 ("Bestimmung der Anteile am schweizerischen Maestro-Geschäft") und Protokoll der konstituierenden Sitzung des MAECC vom 4. Mai 2004 Ziff. 1.

⁸ RPW 2006/1, S. 85, Rz. 164 ff.

⁹ Vgl. z.B. AHLBORN, CH./CHANG, H.H./EVANS, H.D., The Problem of Interchange Fee Analysis: Case without Cause?, European Competition Law Review, Issue 8, 2001.

b) Issuing-Markt

73. Um allfällige Substitutionsbeziehungen zwischen Debitkarten und anderen Zahlungsmitteln aus Sicht der Endkonsumenten zu ermitteln, ist in Übereinstimmung mit der Verfügung der Weko in Sachen Kreditkarten/Interchange Fee zwischen dem Einsatz eines Zahlungsmittels am Verkaufspunkt und dem Besitz des Zahlungsmittels zu unterscheiden.

(i) Einsatz einer Debitkarte

74. Im Fall Kreditkarten/Interchange Fee hielt die Weko fest, dass sich in der Praxis verschiedene idealtypische Einsatzmöglichkeiten verschiedener Kartenarten herausgebildet haben: Während grössere Beträge ab CHF 1'000.- vorzugsweise mit der Kreditkarte bezahlt werden, kommt die Debitkarte vor allem für Güter des täglichen Bedarfs mit Beträgen bis CHF 500.- zum Einsatz. Bei mittleren Beträgen zwischen 500.- und CHF 1'000.- tritt die Kreditkarte in Konkurrenz zur Debitkarte.¹⁰ Die Weko stellte aber auch fest, dass die verschiedenen Zahlungsmittel wie Bargeld, Debitkarten, Kreditkarten etc. beim Einsatz am Verkaufspunkt aus Sicht der Kunden grundsätzlich substituierbar sind. So akzeptieren Händler in der Regel mehrere Zahlungsmittel, wobei die Wahl des Zahlungsmittels in der Regel dem Kunden zufällt.

75. Die erwähnten Zahlen wären - auch im Hinblick darauf, dass die Non Discrimination Rule (NDR) weggefallen ist - im Rahmen einer Untersuchung zu prüfen. Zumindest für den vorliegenden Schlussbericht können die Feststellungen gemäss Randziffer 74 jedoch übernommen werden.

(ii) Besitz einer Debitkarte

76. Von der Wahl des Zahlungsmittels beim Einsatz am Verkaufspunkt zu unterscheiden ist die Frage, welche Zahlungsmittel überhaupt angeschafft werden sollen. Hier spielen vor allem die Eigenschaften der Zahlungsmittel und die erwartete Substituierbarkeit zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln eine Rolle (je eingeschränkter die Substituierbarkeit zwischen den Zahlungsmitteln ist, desto eher werden die unterschiedlichen Zahlungsmittel angeschafft).

77. Vorab ist jedoch auf die Koppelung der Debitkarte an ein Konto einzugehen. Diese Koppelung bedeutet, dass der Bezug einer Debitkarte ohne Kontoverbindung nicht möglich ist (dies gilt für sämtliche in der Schweiz bestehenden Debitkartensysteme). Debitkarten werden in den meisten Fällen über Zahlungsverkehrs-, also Kontokorrentkonti, herausgegeben. In einzelnen Fällen ist es auch möglich, eine Debitkarte mit einem Sparkonto zu verbinden. Der Kunde wird sich deshalb vorgängig mit den Konditionen der verschiedenen Kontoprodukte auseinandersetzen müssen, sei es, dass er eigens für den Bezug einer Debitkarte ein Konto eröffnen, sei es, dass er sich dafür zwischen seinen bestehenden Kontoverbindungen entscheiden muss. Will der Kunde nach dem Bezug einer Debitkarte diese weiterhin behalten, ist er gezwungen, die Kontoverbindung beim in Frage stehenden Finanzinstitut aufrechtzuerhalten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die Koppe-

lung der Debitkarten an die Kontoprodukte zu qualifizieren ist.

78. Gemäss der Systemmarkt-Theorie und der Zweimärkte-Theorie¹¹ können folgende Ansätze für die Marktabgrenzung hinzugezogen werden: Aus der Sicht der Marktgegenseite (Konsumenten) systemisch verbundene Komplementärgüter können unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden, während systemisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden dürften. Welcher Ansatz in einem fraglichen Fall adäquat ist, das heisst die Realität besser abzubilden vermag, muss unter den konkreten Gegebenheiten dieses Falles geprüft werden. Verkürzt ausgedrückt ist ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht. Eine Disziplinierungswirkung liegt dann vor, wenn sich ein Unternehmen auf den nachgelagerten Sekundärmärkten nicht unabhängig verhalten kann, weil dieses Verhalten Rückwirkungen auf den Erfolg auf dem Primärmarkt hat.¹²

79. Aufgrund der Koppelung der Debitkarten an die Kontoprodukte könnten in casu die oben beschriebenen Ansätze für die Marktabgrenzung anwendbar sein. Im Rahmen dieser Vorabklärung kann nicht beurteilt werden, ob sich die Issuer im Bereich Debitkarten im eben beschriebenen Sinn unabhängig verhalten können. Prima facie erscheint es jedoch nicht realistisch, dass zum Beispiel infolge der Erhöhung der Kartengebühr für Debitkarten die Kunden als Reaktion ihre Kontoverbindung aufgeben würden. Zum Beispiel haben CS und SVRB letztes Jahr ihre Jahresgebühr erhöht. Dem Sekretariat ist nicht bekannt, dass in der Folge eine Kundenabwanderung eingetreten wäre.

80. Weiter machen die meldenden Unternehmen geltend, dass erst mit der geplanten Einführung der Leistungsentschädigung der Issuer mittels einer Interchange Fee die Gesamtkosten des Debitsystems gerechter zwischen allen Systemteilnehmern verteilt und damit die Quersubventionen durch andere Bankprodukte vermieden würden. Die meldenden Unternehmen erachten demzufolge die vollständige Finanzierung des Debitkartensystems allein über Händlergebühren, Interchange Fees und Kartengebühren, ohne auf die Quersubventionierung beispielsweise durch Kontoführungsgebühren zurückgreifen zu müssen, für möglich.

81. Aufgrund der nur schwachen Verbindung zwischen Kontoprodukten und Debitkarte und der dargelegten möglichen finanziellen Entkoppelung der Maestro Debitkarte von den Einnahmen aus der Kontobeziehung ist davon auszugehen, dass die Konto-

¹⁰ Vgl. Studie "Cards '02", S. 9. Der Einsatz der Debitkarte für kleine Beträge wird durch das neue Preismodell der Telekurs zusätzlich gefördert.

¹¹ Vgl. RPW 1999/2, S. 247 ff. (Minolta).

¹² Vgl. RPW 1999/2, S. 251.

produkte und Debitkarten verschiedenen sachlich relevanten Märkten angehören.

82. Debitkarten dienen neben der Bezahlung von Einkäufen am Verkaufspunkt insbesondere dem Bargeldbezug an Bancomaten im In- und Ausland. Daneben beinhalten Debitkarten in der Regel eine Reihe weiterer Funktionen: So verfügen sie oft über eine Cash-Funktion, das heisst sie können an Bancomaten aufgeladen und an verschiedenen Verkaufspunkten als "elektronisches Portemonnaie" eingesetzt werden. In der Regel können sie bei der Herausgeberbank auch als Kundenkarte eingesetzt werden, womit der Zugang zu Kontoinformationen ermöglicht wird und die Möglichkeit von Einzahlungen besteht.

83. Selbst wenn Debitkarten beim Einsatz am Verkaufspunkt durch andere Zahlungsmittel, wie zum Beispiel Bargeld, Post- und Bankengiroverkehr, Checks etc. ersetzt werden können, kann aufgrund der restlichen Eigenschaften von Debitkarten nicht auf eine generelle Substituierbarkeit bei der Wahl des Zahlungsmittels geschlossen werden. So zeigt die Tatsache, dass im Jahr 2001 durchschnittlich jede erwachsene Person in der Schweiz eine Debitkarte besass¹³, eindrücklich auf, dass heutzutage kaum mehr auf eine Debitkarte verzichtet werden kann.

84. Insbesondere kann auch nicht von einer Substituierbarkeit zwischen Debit- und Kreditkarten ausgegangen werden. Als kartentypische Merkmale von Kreditkarten können in etwa die weltweite Akzeptanz des Zahlungsmittels (Annahemgarantie), die aufgeschobene Fälligkeit respektive Kreditfunktion sowie zusätzliche Dienstleistungen, wie beispielsweise kartenspezifische Bonusprogramme, genannt werden. Die relevanten Eigenschaften von Debit- und Kreditkarten unterscheiden sich folglich deutlich. Zu diesem Schluss kam die Weko im Übrigen auch im Entscheid Kreditkarten/Interchange Fee, in welchem ein eigenständiger Markt für Kreditkarten abgegrenzt wurde.

85. Aufgrund der Eigenschaften von Debitkarten ergibt sich, dass der Besitz einer Debitkarte kaum mit dem Besitz eines anderen Zahlungsmittels substituiert werden kann. Die Endkonsumenten besitzen in der Regel mehrere Zahlungsmittel um sicherzustellen, dass sie in jeder Situation über das geeignete Zahlungsmittel verfügen. Es kann folglich von einer komplementären Beziehung zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln ausgegangen werden. In sachlicher Hinsicht wird im Folgenden daher von einem Markt für die Herausgabe von Debitkarten (Issuing-Markt) ausgegangen.

86. Der Bezug einer Debitkarte setzt wie gesagt die Existenz einer Kontoverbindung zum Issuer voraus. Für in der Schweiz wohnhafte Personen dürfte der Bezug einer Debitkarte im Ausland - mit entsprechender Kontoeröffnung im Ausland in ausländischer Währung - daher kaum eine valable Alternative darstellen. Aufgrund dessen drängt sich eine die Schweiz umfassende Abgrenzung des räumlichen Marktes auf.

87. Im Folgenden wird daher von einem nationalen Markt für die Herausgabe von Debitkarten ausgegangen.

c) Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

88. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass der wirksame Wettbewerb vorliegend nicht beseitigt ist:

89. Die Einnahmen der Issuer werden durch die Leistung einer DMIF erhöht. In einem Vier-Parteien-System vergrössert die Einführung einer solchen Gebühr deshalb theoretisch den Spielraum der Issuer zur Senkung der Karteninhabergebühr.¹⁴ Im Zusammenhang mit der Maestro-Debitkarte müssten nach der Einführung der DMIF die tatsächlichen Entwicklungen auf ihre Übereinstimmung mit der netzwerkorientierten Sichtweise überprüft werden. Im jetzigen Zeitpunkt kann zumindest theoretisch nicht ausgeschlossen werden, dass die Issuer wenigstens einen Teil der zusätzlichen Einnahmen in Form tieferer Kartengebühren an die Karteninhaber weitergeben werden.

90. Weiter hängt das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs vom Ausmass ab, in welchem die Issuer ihre Preisgestaltung trotz multilateraler Interchange Fee individuell vornehmen können. Im vorliegenden Verfahren kann der Anteil der Einnahmen der DMIF gemessen an den Gesamteinnahmen der Issuer aus dem Debitkarten-Issuing mangels Umsetzung des gemeldeten Vorhabens nicht bestimmt werden. Ein Vergleich zwischen den von den Parteien geschätzten jährlichen Einnahmen aus der DMIF (CHF [...] Mio.) und den in den Kostenaufstellungen angegebenen Gesamterträgen lässt jedoch darauf schliessen, dass die Einnahmen aus der DMIF bei Einführung einer solchen Gebühr einen wesentlichen Anteil an den Gesamterträgen im Issuing beziehungsweise nach Angabe der Parteien eine wesentliche Verringerung des Defizits ausmachen würden. Die restlichen und bisher erfolgten Einnahmen der Issuer beruhen auf Dienstleistungen, welche sich die Issuer von den Karteninhabern abgelten lassen (Jahresgebühr, Mahn- und Sperrgebühren etc.). Über die Abgeltung dieser Dienstleistungen besteht keine Vereinbarung der Parteien. Deshalb sind sie diesbezüglich - das heisst nicht in unerheblichem Ausmass - grundsätzlich in ihrer individuellen Preisgestaltung frei.

91. Sodann können sich die Issuer bezüglich der Kontokonditionen unterscheiden und stehen diesbezüglich im Wettbewerb, was aufgrund der - wenn auch nur schwachen - Verbindung zwischen Kontoprodukten und Debitkarte (vgl. Rz. 77 ff.) zu berücksichtigen ist. Zudem dürfte ein gewisser Restwettbewerb durch die Postcard und die M-Card bestehen (vgl. Rz. 106 ff.), wobei die abschliessende Analyse dieser Frage im Rahmen einer Untersuchung erfolgen müsste.

92. Aus dem Gesagten geht hervor, dass trotz Einführung einer DMIF ein gewisser Restwettbewerb auf dem Issuing-Markt bestehen bleiben würde. Unter

¹³ Vgl. Studie "Cards '02", S. 41.

¹⁴ Vgl. RPW 2006/1, S. 107 ff., Rz. 344 ff. (Entscheid Kreditkarten/Interchange Fee zur netzwerkorientierten Sichtweise bezüglich der Funktion von Interchange Fees).

Berücksichtigung des Zusammenspiels der beschriebenen Restwettbewerbsfaktoren bestehen Indizien dafür, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt würde. Dies hätte zur Folge, dass die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG umgestossen werden könnte, weshalb die Prüfung nachfolgend fortgesetzt wird.

B.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

B.3.3.1 Allgemeines

93. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.3.2 Qualitative Kriterien

94. Die Parteien verneinen das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit, da die Einführung der DMIF es den Beteiligten erlaube, das Debitkartengeschäft auf eine lebensfähige Grundlage zu stellen. Dadurch könne ein funktionsfähiges Debitsystem betrieben werden, welches in Wettbewerb zu anderen Zahlungssystemen trete und diesen so verstärke.

95. Dieser Auffassung ist zu widersprechen. Es ist für das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit ausreichend, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist.¹⁵ Der Preis stellt grundsätzlich einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Sodann haben horizontale Absprachen über Preise der Erfahrung nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb.¹⁶ Die DMIF wirkt sich wie gesagt auf den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer aus (vgl. Rz. 53) und erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Issuing-Markt.

B.3.3.3 Quantitative Kriterien

96. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, sind der aktuelle und potenzielle Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen sowie durch allfällige Kartellaussenseiter massgebend.

97. Vorliegend ist zwischen verschiedenen Ebenen zu unterscheiden. Einerseits befinden sich die am Maestro-System beteiligten Issuer möglicherweise in einem Intra-brand-Wettbewerb bezüglich der Herausgabe von Maestro-Debitkarten. Andererseits besteht möglicherweise auch ein Inter-brand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Debitkarten-Systemen (Maestro, Postcard und M-Card).

a) Intra-brand-Wettbewerb

(i) Aktueller Wettbewerb

98. In der Schweiz sind 141 Banken als Maestro-Issuer tätig. Abgesehen von den Parteien (CS, RBA Zentralbank, UBS, Verband Schweizerischer Kantonalbanken sowie SVRB) ist keiner dieser Issuer im MAECC vertreten, weshalb sie nicht direkt an der Abrede beteiligt

sind. Wohl sind sie aber an die im Gremium festgelegte DMIF gebunden. Daraus ergibt sich erstens, dass von ihnen keine destabilisierende Wirkung auf die Abrede ausgehen kann, und zweitens, dass sich eine explizite Unterscheidung zwischen Innen- und Ausenwettbewerb erübrigt.

99. Im Jahr 2001 besass durchschnittlich jede erwachsene Person in der Schweiz eine Debitkarte (vgl. Rz. 83). Es muss deshalb angenommen werden, dass die Debitkartenpenetration in der Schweiz nahe an der Sättigungsgrenze liegt.

100. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung wurde auf die Erhebung der genauen Marktanteile verzichtet. Dennoch können einige Angaben dazu gemacht werden: Gemäss Satzung des MAECC vom 4. Mai 2004 haben von den Issuern, welche über eine Maestro-Lizenz für die Schweiz verfügen, nur jene das Recht auf eine eigene Vertretung im MAECC, deren Anteil im Bereich Issuing [0%-10%] übersteigt.¹⁷ Zurzeit der Verabschiedung der Satzung waren wie gesagt nur die Parteien des vorliegenden Verfahrens und Telekurs im MAECC vertreten. Deren Anteile betragen gemäss Protokoll der konstituierenden Sitzung des MAECC vom 4. Mai 2004 zusammen [90%-100%]. Daraus kann abgeleitet werden, dass die übrigen Issuer jeweils einen Anteil von unter [0%-10%] aufweist.

101. Gestützt auf die zur Verfügung stehenden Informationen muss geschlossen werden, dass - trotz der grossen Anzahl Issuer, welche in der Schweiz tätig sind - eine relativ hohe Anbieterkonzentration im Bereich des Maestro-Issuings bei gleichzeitiger Sättigung des Marktes besteht. Ob ein Verdrängungswettbewerb zwischen den Issuern besteht, kann in diesem Verfahren nicht beurteilt werden. In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen wären unter anderem die Entwicklung der Listenpreise und insbesondere deren Erhöhung in den letzten Jahren (vgl. Rz. 102).

102. Die Listenpreise für die Maestro-Karte waren in den vergangenen Jahren sehr stabil und betragen bei allen Anbietern CHF 20.-. Letztes Jahr haben CS und SVRB ihre Gebühren auf CHF 40.- beziehungsweise CHF 30.- erhöht. Stabile Preise können ein Indiz dafür sein, dass die Rivalität unter den Anbietern nur schwach ist und sich die Preise nur sehr langsam an veränderte Rahmenbedingungen anpassen. Bei Vorliegen eines Defizits können stabile Preise jedoch auch darauf hindeuten, dass eine gewisse Rivalität besteht und die Preise deswegen nicht erhöht werden. Ähnlich kann die Erhöhung der Kartengebühr auf mangelnden Wettbewerb, aber auch darauf zurückzuführen sein, dass das Defizit nicht mehr tragbar ist.

¹⁵ Vgl. ROLAND VON BÜREN/ LUCAS DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Basel 2000, S. 95 f.

¹⁶ Vgl. RPW 2001/4, S. 678, Rz. 121.

¹⁷ Gemäss der Satzung des MAECC vom 4. Mai 2004 werden die Anteile im Issuing-Bereich nach den Umsätzen bestimmt, welche an den EFT/POS und im Bereich Tanken mit den vom betreffenden Issuer in der Schweiz herausgegebenen Maestro-Karten erzielt werden. Im Acquiring-Bereich bestimmen sich die Anteile nach den [...].

103. Wie in Randziffer 90 ff. ausgeführt, könnte ein gewisser Restwettbewerb zwischen den Issuern bezüglich der Preise für Dienstleistungen, welche sie sich von den Karteninhabern abgelten lassen (Jahresgebühr, Mahn- und Sperrgebühren etc.) sowie bezüglich der Konditionen für die Kontoverbindung bestehen. Bei Einführung einer DMIF müsste deshalb ermittelt werden, ob diesbezüglich Wettbewerb herrscht und ob sich dieser Restwettbewerb zum Beispiel auf die Kartengebühr auswirkt. Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein allfälliger, wie eben beschriebener Restwettbewerb derart ins Gewicht fallen würde, dass wirksamer Wettbewerb zwischen den Issuern festgestellt werden könnte.

104. Aufgrund des Gesagten ist vorliegend davon auszugehen, dass kein genügender aktueller Wettbewerb zwischen den in der Schweiz tätigen Issuern für die Maestro-Debitkarte besteht.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

105. Sämtliche wichtigeren Finanzinstitute in der Schweiz sind bereits Mitglied von Maestro. Mit dem Markteintritt eines weiteren schweizerischen Finanzinstituts, welches einen massgeblichen Einfluss auf den Markt hätte, kann demzufolge in absehbarer Zeit kaum gerechnet werden. Ob Cross Border Issuer potenzielle Konkurrenten der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Issuer sein könnten, müsste im Rahmen einer allfälligen Untersuchung analysiert werden. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass neue in den Markt eintretende Unternehmen, auch Cross Border Issuer, ebenfalls an die DMIF gebunden wären und daher von Markteintritten kein Wettbewerbsdruck auf die DMIF zu erwarten ist.

b) Interbrand-Wettbewerb

106. Im Folgenden wird der Interbrand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Debitkartensystemen (Maestro, Postcard und M-Card) analysiert. Dabei soll die Frage beantwortet werden, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass ausreichender Wettbewerb zwischen den verschiedenen Zahlungssystemen vorhanden ist, um eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Einführung einer DMIF zu verhindern.

(i) Aktueller Wettbewerb

107. Neben dem Maestro-System gibt es in der Schweiz zwei Drei-Parteien-Systeme: Mit der Postcard bietet die Postfinance mit der Maestro-Karte vergleichbare Leistungen an. Weiter gibt die Migros die M-Card heraus, mit welcher bargeldlose Einkäufe in Migros-Filialen sowie zahlreichen weiteren Geschäften getätigt werden können sowie der Bargeldbezug an Migrosbank-Bancomaten, Migros-Kassen und Postomaten ermöglicht wird. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die Debitkarten-Systeme in der Schweiz (Stand Ende 2005):

Tabelle 2: Übersicht über verschiedene Debitkarten-Systeme in der Schweiz, 2005

Ende 2005	<i>ec/Maestro</i>	<i>Postcard</i>	<i>Migros</i>
Anzahl Karten	4,3 Mio.
Anzahl Terminals	88'225
Anzahl Akzeptanzstellen	74'851
Anzahl Tankstellen bzw. Tankautomaten	4'298 bzw. 5'889	...	nicht verfügbar
Anzahl Transaktionen	164,8 Mio.
Umsatzvolumen	14,6 Mia. CHF

108. Bezogen auf die Anzahl Karten ergibt sich ein Marktanteil des Maestro-Systems von [60%-70%], der Postcard von [25%-35%] und der M-Card von [0%-10%]. Das Maestro-System ist somit mit Abstand das grösste Debitkarten-System in der Schweiz. Der Marktanteil von Maestro liegt auf der Basis des Umsatzvolumens gar bei [60%-70%].

109. Die M-Card hat im Vergleich zur Maestro eine limitierte Akzeptanz und einen sehr kleinen Marktanteil. Sie würde daher keinen Druck auf die DMIF ausüben können, wenn diese eingeführt würde. Die Postcard hat zwar einen etwas höheren Marktanteil. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass sie bei Einführung der DMIF einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf die Maestro mit einem Marktanteil von über 60% ausüben könnte. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist zudem zu berücksichtigen, dass mit dem Wechsel des Maestro-Issuers auch die Kontoverbindung gewechselt werden muss. Diese dem Karteninhaber entstehenden Wechselkosten ("Switching-Costs") dürften einen allfälligen Wettbewerbsdruck dämpfen. Es liegen deshalb Anhaltspunkte dafür vor, dass kein genügender aktueller Wettbewerb besteht.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

110. Im Rahmen einer allfälligen Untersuchung wäre zu klären, ob zum Beispiel VISA Electron oder V-Pay als potenzielle Konkurrenzprodukte eine disziplinierende Wirkung auf die Maestro-Issuer ausüben könnten.

111. Im Fall Kreditkarten/Interchange Fee hat sich jedoch gezeigt, dass aufgrund des so genannten Dual Brandings kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb zwischen Visa und MasterCard herrscht. Es ist daher fraglich, ob die Einführung von VISA-Electron in der Schweiz eine disziplinierende Wirkung auf die Maestro-Issuer ausüben würde, zumal VISA-Electron von Banken eingeführt werden müsste, die heute bereits Mitglied von Maestro sind.

B.3.3.4 Zwischenergebnis

112. Aus den oben erwähnten Gründen bestehen Anhaltspunkte dafür, dass kein genügender aktueller und potenzieller Intra-Brand-Wettbewerb beziehungsweise Inter-Brand-Wettbewerb besteht und dass der Wettbewerb bei Einführung einer DMIF erheblich beeinträchtigt würde.

B.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

113. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a); und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b). Die Liste der Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ist abschliessend.¹⁸

114. Nach Ansicht der Parteien ist die Einführung der DMIF aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen. Die DMIF erlaube es den Beteiligten überhaupt, das Debitkartengeschäft auf eine lebensfähige Grundlage zu stellen und damit ein funktionsfähiges Debitsystem zu betreiben, das mit anderen Zahlungssystemen in Wettbewerb tritt und auch in Zukunft treten kann. Die Parteien fügen weiter an, die Einführung der DMIF ermögliche die Reduktion des Kostendefizits und die Weiterentwicklung des Maestro-Systems. Sodann erleichtere die multilaterale Vereinbarung einer DMIF den Marktzutritt und vermeide die mit einer bilateralen Festsetzung der Gebühr verbundenen höheren Kontroll-, IT-, Transaktions- und Verhandlungskosten.

115. Bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe ergeben sich insbesondere folgende Fragen:

- Stellen die von den Parteien vorgebrachten Punkte Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG dar?
- Wenn ja, besteht eine Notwendigkeit im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG, eine DMIF einzuführen?
- Wenn ja, wird den Issuern im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b KG in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen?

116. Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend - im Unterschied zum Fall Kreditkarten/Interchange Fee - die Zulässigkeit der Einführung von Interchange Fees im Debitkartensystem als solche in Frage gestellt wird.

117. Weiter ist es im Rahmen dieser Vorabklärung nicht möglich zu beurteilen, ob es im Maestro-Debitkartensystem Rechtfertigungsgründe für das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee gibt. Im Rahmen einer Untersuchung müsste geprüft werden, ob das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee gegenüber der aktuellen Situation zu gewissen Effizienzvorteilen führen kann, wobei die im Fall Kredit-

karten/Interchange Fee vorgebrachten Argumente (z.B. Erleichterung des Markteintritts, Vermeidung hoher Transaktionskosten) in casu unbehelflich sein dürften, da aus diesen Gründen keine Vorteile aus multilateralen Verhandlungen gegenüber dem aktuellen Zustand resultieren würden.

118. Gemäss der Theorie der zweiseitigen Märkte sorgt die Interchange Fee für die optimale Verbreitung von Bezahlkarten-Systemen durch Beeinflussung der Gleichgewichte in den beiden Märkten beziehungsweise durch Internalisierung von Netzwerkexternalitäten. Es käme also, sofern es sich vorliegend um einen zweiseitigen Markt handelt, zu folgenden Effekten: Die Einführung einer DMIF führt zur Erhöhung des Profits (bzw. zur Reduktion eines allfälligen Defizits) der Issuer. Bei funktionierendem Wettbewerb würde zumindest ein Teil dieses Profits an die Karteninhaber in Form niedrigerer Kartengebühren weitergegeben, was wiederum die Nachfrage nach Debitkarten steigern würde. Die Einführung einer DMIF würde bei den Acquirern zur Abnahme des Profits führen, was diese veranlassen würde, die MSC zumindest teilweise zu erhöhen. Dies hätte zur Folge, dass die Akzeptanz der Debitkarte bei den Händlern abnehmen würde.

119. Gemäss dieser netzwerkorientierten Sicht sollten sich Interchange Fees folglich nur auf die Preisstruktur auswirken, nicht jedoch auf das Preisniveau, das heisst die Summe der Preise auf dem Issuing- und Acquiring-Markt. Die Parteien haben jedoch angegeben, mit den Einnahmen aus der DMIF ihr angebliches Defizit decken zu wollen, mit anderen Worten die Karteninhaber nicht an den zusätzlichen Einnahmen partizipieren zu lassen. Dies würde folglich zu einer allgemeinen Erhöhung des Preisniveaus führen, da der Preiserhöhung auf der Acquiring-Seite keine entsprechende Preissenkung auf der Issuing-Seite gegenübersteht. Somit würde die Einführung einer DMIF nicht zu einer optimalen Verbreitung des Gesamtsystems beitragen beziehungsweise zur Internalisierung von Netzwerkexternalitäten.

120. Die Einführung einer DMIF, welche wie festgestellt eine Preisabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG darstellt, wäre deshalb wohl nur schwer aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen, insbesondere auch, weil das Ziel der Reduktion eines allfälligen Defizits durch weniger weit gehende Massnahmen erreicht werden kann. Dennoch wird nachfolgend auf die Vorbringen der Parteien und Telekurs vertieft eingegangen.

B.3.4.1 Rechtfertigungsgründe

a) Reduktion des Kostendefizits

121. Ob Massnahmen zur Reduktion eines Defizits als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG, insbesondere als Verbesserung der Produkte oder

¹⁸ ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 196 N 404; PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN in: CR Concurrency, Basel 2002, Art. 5 LCart N 102.

Produktionsverfahren (Bst. a) qualifiziert werden können, ist zweifelhaft. Nach dem Wortlaut von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG wäre dies ausgeschlossen. Auf alle Fälle müsste diese Frage im Rahmen einer Untersuchung eingehend geprüft werden.

122. Selbst wenn es sich bei der Reduktion eines Defizits um einen Rechtfertigungsgrund gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG handeln würde, stellt sich die Frage, ob das von den Parteien geltend gemachte Defizit überhaupt vorhanden ist und ob es auf eine andere Art und Weise als durch die Einführung einer DMIF reduziert werden könnte.

123. In casu ist offen, ob und in welchem Umfang die Issuer tatsächlich ein Defizit zu tragen haben. Abstrakt jedoch kann die Entstehung eines Defizits im Debitsystem aus ökonomischer Sicht plausibel erklärt werden, wie aus den nachstehenden Überlegungen hervorgeht.

124. Das Debitsystem ist, sofern es sich dabei um einen zweiseitigen Markt handelt, durch die Existenz von Netzwerkexternalitäten gekennzeichnet: Der Nutzen, den ein bestehender Teilnehmer aus dem einen Markt aus dem Netzwerk zieht, steigt mit dem Beitritt eines neuen Teilnehmers auf dem anderen Markt. Netzwerkexternalitäten haben verschiedene ökonomische Implikationen. Sie führen unter anderem dazu, dass ein grosses Netzwerk für die Teilnehmer attraktiver ist als ein kleines Netzwerk. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von steigenden Skalenerträgen im Konsum. Dabei existiert für ein Netzwerk in der Regel eine kritische Masse. Das heisst, ist ein Netzwerk kleiner als die kritische Masse, so ist der Nutzen (und damit die Zahlungsbereitschaft) der Teilnehmer zu klein, um die Kosten des Netzwerks decken zu können.

125. In der Aufbauphase eines Netzwerks kann es deshalb rational sein, während einer gewissen Zeit Verluste in Kauf zu nehmen in der Absicht, diese dann wieder wettzumachen, wenn das Netzwerk seine kritische Masse erreicht hat.¹⁹ Dies konnte gemäss EVANS und SCHMALENSEE insbesondere bei Bezahlkartensystemen beobachtet werden.²⁰ Vorliegend ist denkbar, dass die anfänglichen Verluste beim Aufbau des Debitsystems unumgänglich waren und das Debitsystem die kritische Masse ohne Verluste nicht erreicht hätte. Dies würde bedeuten, dass die Schweizer Banken beim Aufbau des Debitkarten-Systems während längerer Zeit gezielt Verluste in Kauf nahmen.

126. Eine Gesamtbetrachtung des Debitsystems und eines allfälligen Defizits ist jedoch grundsätzlich mit verschiedenen Problemen verbunden. Einerseits bestehen Abgrenzungsprobleme gegenüber dem Bargeldbezug an Bancomaten, da gewisse Kosten sowohl die Bezahlung am Verkaufspunkt (POS) als auch den Bargeldbezug betreffen. Andererseits bestehen auch gegenüber der Kontoführung Abgrenzungsprobleme, da die Debitkarte eng mit dem Konto verknüpft ist. Um zu verhindern, dass Kosten dem POS zugeordnet werden, obwohl diese bereits durch Kontoführungsgebühren oder die Zinsmarge abgedeckt sind, müsste auch die Kontoführung in die Gesamtbetrachtung

betreffend ein allfälliges Defizit einbezogen werden. Das Sekretariat geht vorliegend davon aus, dass das behauptete Defizit bisher durch Quersubventionierung gedeckt wird, weshalb es sich in erster Linie um ein rein rechnerisches Defizit handeln dürfte.

127. Auch der VEZ macht geltend, dass die Aufwandseite des Maestro-Systems nicht isoliert betrachtet werden könne. Zu berücksichtigen seien insbesondere Zusatzeinnahmen der Banken durch die Maestro-Karte als Dienstleistung wie Einnahmen aus Kartengebühren, Kontoführung, Erhöhung des Kontogeldbestandes ("Bodensatzes") und damit erhöhte Zins-einnahmen aus dem Zinsgeschäft. Auch Einsparpotenziale seien zu berücksichtigen wie zum Beispiel Einsparungen beim Schalterpersonal, Abnahme der Anzahl von Bancomaten und Bankschaltern, Abnahme des Fraud- und Delkredere-Risikos etc.

128. Eine Kosten- und Ertragsanalyse des Debitsystems ist sehr aufwändig und übersteigt den Rahmen einer Vorabklärung. Gestützt auf die dem Sekretariat von den Parteien zur Verfügung gestellten Informationen, welche die oben erwähnte Abgrenzungsproblematik nur teilweise berücksichtigen, müssen die Behauptungen der Parteien bezüglich der Höhe des Defizits jedoch, wie nachfolgend dargelegt, in Zweifel gezogen werden.

129. Die Issuer machen in der Meldung für das Jahr 2003 ein Defizit von insgesamt CHF [...] Mio. (bzw. CHF [...] pro Karte) geltend, welches durch die Einführung der DMIF auf CHF [...] Mio. gesenkt werden soll. Sie ermittelten das Defizit, indem sie diejenigen Kosten summierten, welche ihrer Ansicht nach durch die DMIF gedeckt werden sollten.

130. Diese Berechnungsweise erscheint jedoch nicht sinnvoll. Gewisse von den Parteien bezeichnete Kosten stehen zumindest teilweise mit der Kontoführung in Verbindung. Dazu gehören Kosten für Stammdatenverwaltung, Verbuchung, Zahlungsgarantie, Mahn- und Betreuungswesen und Debitorenverluste. Da diese Kosten möglicherweise bereits durch Kontoführungsgebühren und Erträge aus dem Zinsdifferenzgeschäft gedeckt sind, erscheint es nicht zwingend, dass sie durch eine DMIF finanziert werden müssen, was auf eine doppelte Finanzierung hinauslaufen würde. Bei der Berechnung des Defizits wurde zudem eine Marge (Deckungsbeitrag) eingerechnet. Die Marge ist jedoch kein Kostenelement und bei der Berechnung des Defizits nicht zu berücksichtigen. Ausserdem wären bei der Berechnung des Defizits auch Erträge aus Karteninhabergebühren und andere Erträge zu berücksichtigen. Eine partielle Betrachtung der DMIF-relevanten Kosten ist daher wenig sinnvoll. Relevant wäre vielmehr eine Gesamtbetrachtung des Debitsystems.

¹⁹ Vgl. EVANS, DAVID UND SCHMALENSEE, RICHARD (2000): *Paying with plastic: The Digital Revolution in Buying and Borrowing*. MIT Press, Cambridge Massachusetts (second printing), S. 151 ff.

²⁰ Vgl. EVANS UND SCHMALENSEE, a.a.O., Kapitel 4.

131. Gewisse Kosten stehen wie erwähnt zumindest teilweise mit der Kontoführung in Verbindung und werden zumindest zum Teil durch Kontoführungsgebühren und das Zinsgeschäft abgedeckt (Kosten für Verbuchung, Stammdatenverwaltung, Zahlungsgarantie, Mahn- und Betreuungswesen, Delkredere und Debitorenverluste). Sie werden für die vorliegende Rechnung deshalb nicht berücksichtigt. Zieht man weiter den Deckungsbeitrag von dem von den Issuern geltend gemachten Defizit ab und berücksichtigt man die Erträge aus Mahn- und Kartensperrgebühren, so verbleibt ein Defizit von CHF [...] Mio. beziehungsweise CHF [...] pro Karte (vor DMIF).

132. Die Issuer unterscheiden für die Berechnung der Kosten zwischen Gestehungskosten, Kosten für Transaktionen am POS in der Schweiz, Kosten für Transaktionen am POS im Ausland sowie Kosten für den Bargeldbezug am Bancomaten. Die Erträge aus Karteninhabergebühren werden in den Kostenrechnungen der Issuer den Gestehungskosten gegenübergestellt (Akquisitionskosten, Kosten für Limitenmanagement und Bonitätsprüfung, Kartenbestellwesen, Vertragswesen inkl. Compliance, Kontoführung, Kontauszug und Versand etc.) und nicht den Kosten für Transaktionen am POS in der Schweiz. Daher werden bei der Berechnung des Defizits für Transaktionen am POS in der Schweiz die Einnahmen aus den Karteninhabergebühren nicht berücksichtigt. Bei der Ermittlung des Defizits des Debitsystems sind jedoch auch Gestehungskosten sowie Einnahmen aus Karteninhabergebühren zu berücksichtigen. Legt man die Gestehungskosten sowie die Karteninhabergebühren in Abhängigkeit des Umsatzes auf POS Schweiz, POS Ausland, ATM Schweiz und ATM Ausland um, so verbleibt noch ein Defizit von insgesamt CHF [...] Mio. beziehungsweise CHF [...] pro Karte. Wie die Issuer angegeben haben, hätte Telekurs den Issuern bei Vereinbarung einer DMIF von 0,4% basierend auf das Transaktionsvolumen des Jahres 2003 CHF [...] Mio. bezahlen müssen. Vergleicht man diesen Betrag nun mit dem berechneten Defizit in Höhe von CHF [...] Mio., wird eine massive Überdeckung des Defizits ersichtlich. Es ist daher mehr als fraglich, ob überhaupt ein grosses Defizit besteht, welches nur über die Einführung einer DMIF gedeckt werden kann.

133. Weiter ist die DMIF nur eine von mehreren Einnahmequellen der Issuer. So ist beispielsweise denkbar, das Defizit durch eine Erhöhung der Jahresgebühr für Karteninhaber zu senken. Im Jahr 2005 haben zwei Issuer die Karteninhabergebühr um CHF 10.- beziehungsweise CHF 20.- erhöht. Damit dürfte bei diesen beiden Issuern das Defizit im Jahr 2005 geringer ausgefallen sein. Ebenfalls möglich ist es, das Defizit wie bisher über Quersubventionen aus dem Zinsdifferenzgeschäft oder den Kontoführungsgebühren zu finanzieren. Es wäre auch möglich, das Defizit durch Kostensenkungen zu reduzieren. Die Kostenrechnungen der Issuer zeigen, dass erhebliche Effizienzunterschiede zwischen den Anbietern bestehen.

134. Die Notwendigkeit der Abrede ist daher nicht evident und von den Parteien nicht nachgewiesen.

b) Weiterbetrieb und Weiterentwicklung des Maestro-Systems

135. Die Parteien machen zudem geltend, die Einführung einer DMIF ermögliche den Weiterbetrieb und die Weiterentwicklung des Maestro-Systems, was als Verbesserung der Produkte oder Produktionskosten zu qualifizieren sei.

136. Nach Lehre und Rechtsprechung kommen als Mittel zur Erreichung dieses Effizienzziels insbesondere Vereinbarungen über den Know-how-Transfer und die Bildung von Joint Ventures im Bereiche der Forschung und Entwicklung sowie über die Spezialisierung oder über die gemeinsame Nutzung investitionsintensiver Anlagen in Frage.²¹ Aufgrund dessen muss angenommen werden, dass die Vereinbarung eines Entgelts nicht unter die Verbesserung der Produkte oder Produktionskosten subsumiert werden kann.

B.3.4.2 Keine Möglichkeit, durch die DMIF wirksamen Wettbewerb zu beseitigen

137. Aufgrund fehlender Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Vereinbarung einer DMIF erübrigt sich die Prüfung dieses Punktes.

B.3.5 Ergebnis

138. In casu liegen Anhaltspunkte vor, wonach die Vereinbarung einer DMIF eine Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG darstellt, wobei die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs möglicherweise umgestossen werden könnte. Weiter bestehen Anhaltspunkte dafür, dass kein genügender Intra-brand- sowie Inter-brand-Wettbewerb vorliegt. Dies hat zur Folge, dass der Wettbewerb durch die Vereinbarung einer DMIF erheblich beeinträchtigt wird. Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen für die Einführung einer DMIF erscheint zweifelhaft und wird von den Parteien auch nicht in nachvollziehbarer Weise nachgewiesen.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

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

²¹ HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art.5 N 102; GUGLER/ZURKINDEN in: CR Concurrence, a.a.O., Art. 5 LCart N 108 ff.

141. Um festzustellen, ob sich Telekurs tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1.1 Der relevante Markt

142. Im Fall Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft stellte die Weko fest, dass die Händler die Marktgegenseite gemäss Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU analog bilden.²² Diese Auffassung wurde von der REKO bestätigt²³ und im Entscheid Kreditkarten/Interchange Fee von der Weko wieder vertreten.²⁴ In Letzterem wurde ausgeführt, dass die Händler und nicht die Konsumenten einen Akzeptanzvertrag mit den Acquirern abschliessen und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten übernehmen.²⁵ Weiter waren eine gewisse Heterogenität bezüglich der Akzeptanz der verschiedenen Zahlungsmittel sowie eine grössere Anzahl unterschiedlicher Kombinationen von Zahlungsmitteln in den einzelnen Branchen feststellbar, so dass aufgezeigt werden konnte, dass die Händler die Nachfrage nach den verschiedenen Zahlungsmitteln massgeblich mitbestimmen.²⁶ Es stellt sich die Frage, ob es sich im vorliegenden Fall ebenfalls so verhält oder ob die Kunden durch die Wahl des ihrer Ansicht nach geeigneten Zahlungsmittels einen entscheidenden Einfluss auf die Nachfrage der Händler ausüben.

143. Telekurs hat im Rahmen der Umsetzung der einvernehmlichen Regelung im Fall Kreditkarten/Interchange Fee die NDR für ihr Debitkartenprodukt, das heisst auch für Maestro, mit Wirkung ab Frühling 2006 abgeschafft. Bei Geltung der NDR wird der Entscheid der Konsumenten, ein bestimmtes Zahlungsmittel einzusetzen, nicht durch einen direkten Preis beeinflusst, das heisst der Konsument bezahlt unabhängig vom eingesetzten Zahlungsmittel denselben Preis. In einem solchen Fall dürfte der Einfluss der Konsumenten auf die Nachfrage der Händler deshalb gering sein. In casu ist deswegen zu prüfen, ob es nun die Konsumenten sind, welche in erster Linie die Nachfrage der Händler beeinflussen.

144. Infolge der Abschaffung der NDR haben die Händler zumindest die Möglichkeit, die Kosten, welche durch die Bezahlung mit den verschiedenen Zahlungsmitteln generiert werden, verursachergerecht auf die Benutzer der jeweiligen Zahlungsmittel zu überwälzen. Im jetzigen Zeitpunkt ist es jedoch noch zu früh, um abzuschätzen, ob und wie sich die Abschaffung der NDR auf das Nachfrageverhalten der Konsumenten auswirkt. Letzteres dürfte sich in den wenigen Monaten seit der Abschaffung der NDR nicht markant verändert haben. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass - falls die Konsumenten preissensibel reagieren würden - deren Einfluss auf die Nachfrage der Händler zunimmt.

145. Im Rahmen des Verfahrens Kreditkarten/Interchange Fee wurden die ca. 200 befragten Händler und Dienstleistungsanbieter auch zur Akzeptanz der Debitkarten befragt.²⁷ Da es wie gesagt noch zu früh ist, um die Auswirkungen der Abschaffung der NDR

abzuschätzen, können zumindest für die vorliegende Vorabklärung die Ergebnisse des Entscheides Kreditkarten/Interchange Fee übernommen und die Händler als Marktgegenseite betrachtet werden.

146. Im Fall Kreditkarten/Interchange Fee definierte die Weko in Übereinstimmung mit ihrem ersten Entscheid zu den Kreditkarten²⁸ einen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr.²⁹ Fraglich ist, wie der sachlich relevante Markt in casu zu definieren ist.

147. Aufgrund der oben erwähnten Befragung von rund 200 Händlern und Dienstleistungsanbietern stellte sich im Fall Kreditkarten/Interchange Fee heraus, dass 64% der Händler die von ihnen akzeptierten Zahlungsmittel nicht als gleichwertig empfinden. Weiter gaben 32% der befragten Händler an, gezielte Massnahmen zur Förderung beziehungsweise Einschränkung der Verwendung bestimmter Zahlungsmittel am Verkaufspunkt anzuwenden. Dies wurde als starkes Indiz dafür gewertet, dass die unterschiedlichen Zahlungsmittel für den Grossteil der Händler keine vollwertigen Substitute sind.³⁰ Zumindest im Rahmen dieser Vorabklärung können diese Ergebnisse übernommen werden. Die Massnahmen zur Förderung beziehungsweise Einschränkung der Verwendung bestimmter Zahlungsmittel dürften mit der Abschaffung der NDR sogar zunehmen. Unter der Annahme, dass Händler, welche keine Debitkarten akzeptieren, diese tendenziell durch Substitute ersetzen, könnte im Rahmen einer Untersuchung ermittelt werden, welche Zahlungsmittel bei Ablehnung der Debitkarten angenommen werden.

148. Im Rahmen einer Untersuchung könnte zudem die Abwanderungsbewegung der Händler analysiert werden. Falls es infolge der Einführung einer DMIF trotz starker Verteuerung der Händlerkommission für alle inländischen Maestro-Transaktionen nicht zu einer Abwanderung von Händlern zu anderen Bezahlkartensystemen oder einem Verzicht auf das Maestro-System zu Gunsten der Debitkartensysteme der Post und der Migros käme, wäre darauf zu schliessen, dass die Substitutionelastizität vorliegend klein ist und Debitkarten somit einen eigenen relevanten Markt darstellen.

149. In ihrem Entscheid betreffend das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft schloss die REKO in einem *obiter dictum* auch eine engere Marktabgrenzung nicht aus. Sie führte hierzu aus, dass bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes der unterschiedlichen Bedeutung und dem Nutzen der diversen Netzwerke

²² RPW 2003/1, S. 119.

²³ RPW 2005/3, S. 560.

²⁴ RPW 2006/1, S. 88.

²⁵ RPW 2006/1, S. 90 f.

²⁶ RPW 2006/1, S. 87 f.

²⁷ RPW 2006/1, S. 87 f.

²⁸ RPW 2003/1, S. 132.

²⁹ RPW 2006/1, S. 90 f.

³⁰ RPW 2006/1, S. 88 f.

für die Händler Rechnung getragen werden und folglich der Markt enger abgegrenzt werden müsse, als es die Weko gemacht habe. Als sachlich relevanter Markt sei das Acquiring für den Systemzugang zu jeder einzelnen Kreditkartenmarke aufzufassen.³¹ Zu prüfen ist, ob diese Überlegungen sich analog auf den Bereich Debitkarten übertragen lassen.

150. Analog den Ausführungen der REKO leitet sich die Nachfrage der Händler nach dem Zugang zum Netzwerk bestimmter Debitkarten-Marken von der Nachfrage der Kunden, das heisst von deren Zahlgewohnheiten ab. Für die Beurteilung der Frage, welchen Stellenwert der Anschluss an ein bestimmtes Debitkarten-Netzwerk für den einzelnen Händler hat, ist massgebend, in welchem Ausmass dessen Kunden über die einzelnen markenmässig unterschiedlichen Debitkarten verfügen, um unbare Zahlvorgänge auslösen zu können.

151. Gemäss der Studie "Cards '02" besass im Jahr 2001 durchschnittlich jede erwachsene Person in der Schweiz eine Debitkarte.³² Es lässt sich vermuten, dass die Kunden, welche zum Beispiel sowohl über die Maestro als auch über die Postcard verfügen, eine Minderheit bilden. Folglich kann angenommen werden, dass die Händler in der Regel alle für sie umsatzrelevanten Debitkarten anbieten müssen, um sämtliche Inhaber von Debitkarten anzusprechen. Gestützt auf die Anzahl Karten, welche in der Schweiz im Umlauf sind (vgl. Tabelle 2, Rz. 107), dürfte dies zumindest für die Maestro und die Postcard gelten. Aufgrund der angenommenen Verbreitung der einzelnen Debitkartenmarken wäre zu schliessen, dass der Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Debitkartenmarken für die Händler nicht als substituierbar bezeichnet werden können.

152. Im Bereich Kreditkarten vertreiben in der Schweiz alle Institute sowohl Visa als auch MasterCard (sog. Dual Branding). Die Abgrenzung separater Märkte erübrigte sich deshalb im Fall Kreditkarten/Interchange Fee. Im Bereich Debitkarten gibt es kein solches Dual Branding, weshalb es sich auch aus diesem Grund rechtfertigt, separate Märkte anzunehmen.

153. Gestützt auf diese Ausführungen wird im Folgenden von einem Markt für den Zugang zum Debitkarten-Zahlungsverkehr der Maestro ausgegangen.

154. Seit Sommer 2005 ist B+S Card Service als Cross Border Acquirer in der Schweiz tätig. Ähnlich wie im Fall Kreditkarten/Interchange Fee wäre es vorliegend nicht gerechtfertigt, allein aufgrund der vor kurzer Zeit aufgenommenen Tätigkeit von B+S Card Service von einem grösseren als dem schweizerischen Markt auszugehen. Nachfolgend wird deshalb von einem nationalen Markt für den Zugang zum Debitkarten-Zahlungsverkehr von Maestro ausgegangen.

B.4.1.2 Marktstellung

155. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder po-

tenzieller Konkurrenz oder allenfalls weiteren disziplinierenden Einflüssen gegenüber sieht.

a) Aktueller Wettbewerb

156. In der Vorabklärung Telekurs/Cornèr Banca ergaben die Abklärungen des Sekretariates, dass der Marktanteil von Telekurs im Debitkarten-Akzeptanzgeschäft mit dem damaligen Produkt ec-direct 60%-70% betrug. Dies kann als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer marktmächtigen Position im Jahre 2003 gewertet werden. Das Sekretariat ging in jenem Fall allerdings von der weiten Marktabgrenzung Debitkartenmarkt aus, berücksichtigte somit auch die Postcard und die M-Card (vgl. auch Rz. 107 f.). Folgt man den Überlegungen der REKO/WEF in ihrem Entscheid betreffend Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, müsste sogar von einem separaten sachlich relevanten Markt für die damalige Debitkarte ec-direct ausgegangen werden. In diesem Fall verfügte Telekurs als einziger Acquirer über eine Monopolstellung in der Schweiz. Die Stellung wurde noch durch den Umstand verstärkt, dass die schweizerischen Banken die ec-Karte sowie die damit verbundenen Dienstleistungen bei Telekurs (als Gemeinschaftswerk) beziehen mussten. Gleichzeitig verfügte Telekurs zu diesem Zeitpunkt über eine Exklusivlizenz an der Marke "ec-direct" für die Vergabe von Sublizenzen an Finanzinstitute im Bereich des Issuing und Acquiring, wobei diese nie erteilt wurden.

157. Mit dem Übergang des nationalen Systems ec-direct auf das internationale Maestro-System ist auch das Exklusivlizenzrecht von Telekurs entfallen. Aktuell haben bereits verschiedene in- und ausländische Acquirer eine Lizenz für das Acquiring von Maestro beantragt oder schon erhalten: Seit Sommer 2005 sind Aduno, eine Tochtergesellschaft der Aduno-Gruppe, sowie der Cross Border Acquirer B+S Card Service ebenfalls auf dem Schweizer Acquiring-Markt tätig.

158. Da Aduno und B+S Card Service ihre Tätigkeit erst im Sommer 2005 aufgenommen haben, liegen noch keine Zahlen betreffend das inländische Transaktionsvolumen vor. Wie Aduno angegeben hat, erwartet sie für das Jahr 2006 ein Transaktionsvolumen im Inland in Höhe von CHF [...] Mio., wobei sie im Moment mit ca. [...] Händlern einen Vertrag abgeschlossen hat. Zum Vergleich betrug der Gesamtumsatz von Telekurs in der Schweiz gemäss eigenen Angaben im Jahr 2005 CHF 14,6 Mia., wobei Telekurs über 74'851 Akzeptanzstellen verfügt. Obwohl diese Angaben nicht direkt verglichen werden können, da die genannten Zahlen nicht aus demselben Jahr stammen, liefern sie Hinweise dafür, dass Telekurs im jetzigen Zeitpunkt über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt verfügt.

³¹ RPW 2005/3, S. 562 ff.

³² Vgl. Studie "Cards '02", S. 41.

159. Telekurs muss zurzeit mit einem Marktanteil von nahezu [90%-100%] für das Maestro-System als der grösste und wichtigste Akteur im schweizerischen Debitkarten-Akzeptanzgeschäft bezeichnet werden. Bisher ist Telekurs davon ausgegangen, dass die durch die Einführung der DMIF erhöhten Kosten voll auf die Händler überwältigt werden können. Ob das Auftreten der neuen Acquirer zu einem gewissen Preiswettbewerb bezüglich der MSC führen wird, ist zurzeit nicht abschätzbar. Auf alle Fälle würde die Einführung einer DMIF einen allfälligen Preiswettbewerb auf ein neues Niveau heben. Doch sogar das Vorliegen eines gewissen Preiswettbewerbs bezüglich der MSC würde nicht ohne weiteres dazu führen, dass Telekurs ihre marktbeherrschende Stellung verlieren würde. Im heutigen Zeitpunkt kann davon ausgegangen werden, dass die marktbeherrschende Stellung von Telekurs nicht nur auf dem hohen Marktanteil beruht, sondern vor allem auf verschiedenen anderen wettbewerbsrelevanten Faktoren wie dem Vorteil, alle mit Debit- und Kreditkarten zusammenhängenden Leistungen einschliesslich der Terminals aus einer Hand anbieten zu können.

160. Allgemein muss die disziplinierende Wirkung neuer Acquirer in Frage gestellt werden. Alle in der Schweiz tätigen Acquirer sind grundsätzlich an die im MAECC festgelegte DMIF gebunden. Sodann bedarf es gemäss Satzung des MAECC vom 4. Mai 2004 für die Festlegung, Änderung und Ergänzung der Domestic Rules der Zustimmung von MAECC-Vertretern, welche jeweils mehr als [...] % des Issuing- und Acquiring-Geschäfts repräsentieren. Da Telekurs einen Marktanteil von nahezu [90%-100%] besitzt, kann die [...] %-Mehrheit der Stimmanteile von Telekurs zusammen mit den Issuing-Banken unabhängig von anderen Acquirern erreicht werden beziehungsweise können die Issuer durch ihren Einfluss auf Telekurs die Höhe der DMIF in der Schweiz faktisch bestimmen. Weiter sind die Aduno-Eignerfinanzinstitute gleichzeitig an Telekurs beteiligt. Aufgrund dieser beidseitigen Beteiligung dürften sich die Aduno-Eigner in einem klaren Interessenkonflikt befinden. Sodann sehen die Händlerverträge relativ lange Kündigungsfristen und spärliche Kündigungstermine vor, weshalb die Händler ihre Vertragspartner erst nach Ablauf einer gewissen Zeit werden wechseln können.³³

161. In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass die Händler den mit einer Maestro-Karte bezahlenden Kunden die aufgrund der Kartenzahlung entstandenen Mehrkosten wegen der NDR bis im Frühjahr 2006 nicht weiterbelasten konnten. Die NDR führte also dazu, dass eine auf die Mehrkosten zurückzuführende und deswegen an sich natürliche Substitution der Maestro-Karte durch andere Zahlungsmittel verhindert wurde. Ob dieser Effekt seit der Abschaffung der NDR bereits aufgehoben ist, kann im jetzigen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden (vgl. Rz. 144).

162. Zusammenfassend ist Telekurs zurzeit der einzige bedeutende Acquirer für Maestro-Transaktionen in der Schweiz und kann dazu den Händlern den Zugang zum Kredit- und Debitkartensystem aus einer Hand

anbieten. Weiter kommt Aduno und B+S Card Service zumindest im Moment keine disziplinierende Wirkung zu. Somit herrscht im Bereich des Acquirings für Maestro-Transaktionen zurzeit kein aktueller Wettbewerb.

b) Potenzieller Wettbewerb

163. Unter dem proprietären Debitsystem ec-direct bestanden aufgrund hoher Investitionskosten hohe Markteintrittsbarrieren. Die Umstellung auf das weltweite und offene Maestro-System (Wegfall der Exklusivlizenzen) dürfte zu einer Reduktion der Markteintrittsbarrieren im Acquiring führen. Mehrere in- und ausländische Acquirer könnten daher in relativ kurzer Frist in den Markt für das Maestro-Acquiring einsteigen. Wie gesagt, sind Aduno sowie der Cross Border Acquirer B+S Card Service seit einigen Monaten auf dem Acquiring-Markt tätig. Weiter wird Concardis, ein deutscher Acquirer, voraussichtlich im Laufe des Sommers 2006 ebenfalls seine Tätigkeit auf dem Schweizer Acquiring-Markt aufnehmen. [...].

164. Ob diese potenziellen Markteintritte ausreichend sind, um ein unabhängiges Verhalten von Telekurs effektiv zu verhindern, kann im Rahmen dieser Vorabklärung nicht beurteilt werden.

165. Zusammenfassend bestehen aufgrund der gegenwärtig ausserordentlich starken Stellung von Telekurs im Bereich des Maestro-Acquirings Anhaltspunkte für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen

166. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweise kommt namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) in Betracht.

167. Für die Beurteilung, ob der Missbrauchstatbestand gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG erfüllt ist, sind die finanziellen Auswirkungen des geplanten Preismodells auf die Händler zu analysieren. Vorfrageweise sind dessen finanzielle Auswirkungen auf die Acquirer zu prüfen.

168. Gemäss den Angaben von Telekurs gestaltet sich die Einführung des neuen Preismodells weit gehend gewinnneutral und führt kurzfristig nicht zu massgeblichen finanziellen Auswirkungen, da den zusätzlichen Einnahmen zusätzliche Ausgaben für die DMIF gegenüberstehen.

³³ Gemäss den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das bargeldlose Zahlen" kann der Händler den Vertrag mit Telekurs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten kündigen, erstmals auf das Ende der Mindestvertragsdauer, anschliessend auf jeden jeweils 12 Monate nach dem Ende der Mindestvertragsdauer liegenden Termin. Fehlt eine Mindestvertragsdauer, so gilt als Kündigungstermin das jährlich wiederkehrende Datum der Unterzeichnung der Vereinbarung durch den Händler.

169. Die Einführung der neuen Dienstleistungspakete führt zu einer erhöhten Wahlmöglichkeit für die Händler, welche die Dienstleistungen vermehrt gemäss ihren individuellen Bedürfnissen in Anspruch nehmen könnten. Weiter kann mit der Einführung eines [...]. [...].

170. Im Einzelnen unterscheiden sich die finanziellen Auswirkungen für die Händler [...]. Im Durchschnitt führt das neue Preismodell jedoch zu einem starken Anstieg der Kommissionen. Da die Einführung des neuen Gebührenmodells für Telekurs nach deren Angaben weitgehend gewinnneutral wäre, ergibt sich die massive Verteuerung des Maestro-Systems für die Händler somit nicht in erster Linie durch das neue Gebührenmodell, sondern durch die Einführung einer DMIF.

171. Rein die Tatsache, dass ein Unternehmen beabsichtigt, die zusätzlichen Kosten, welche ihm zum Beispiel von seinem Lieferanten auferlegt werden, auf seine Kunden zu überwälzen, dürfte für sich alleine kaum einen Missbrauch im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG darstellen. In casu ist die Situation jedoch anders: Die erhöhten Kosten, welche auf die Händler überwält werden sollen, beruhen auf einer Preisabrede, an deren Zustandekommen Telekurs beteiligt ist. Zudem führt die Tatsache, dass infolge der Genehmigung der Domestic Rules durch MasterCard International sämtliche Acquirer die gleichen Kosten tragen müssen dazu, dass der Wettbewerb im Acquiring-Markt erheblich reduziert wird. Die Abwälzung derartiger nicht im freien Wettbewerb zustande gekommener Kosten auf die Händler in Verbindung mit der Einschränkung des Wettbewerbs im Verhältnis Acquirer - Händler könnte als Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen qualifiziert werden. Doch selbst wenn sich Telekurs nicht am Zustandekommen der Preisabrede beteiligen würde, könnte die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen vorliegen, da Telekurs von den Issuern kontrolliert wird und Letztere davon ausgehen, dass Telekurs die erhöhten Kosten mit der beschriebenen Auswirkung auf den Wettbewerb auf die Händler abwälzen wird (vgl. Rz. 172 ff.).

C. "WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG DURCH ZUSTAND"

172. Es könnte auch in Erwägung gezogen werden, den festgestellten Sachverhalt rechtlich anders einzuordnen. Zur Diskussion steht, ob nicht eine "Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand" besteht, welcher mittels Entflechtungsmassnahmen zu begegnen ist, respektive ob nicht ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt.

173. Bezüglich der ersten Frage kann argumentiert werden, dass die Absprachebeteiligten weit über die Abrede hinaus rechtlich und wirtschaftlich miteinander verflochten seien. So sind die Issuer gleichzeitig auch Eigentümer von Telekurs. Eine solche Marktkonstellation lässt wettbewerbsbeschränkende Abreden praktisch gar nicht vermeiden. Die Weko müsste deshalb strukturelle Massnahmen treffen, um den Zustand zu verändern.

174. UBS und CS sind als Issuer für Maestro-Karten tätig. Beide verfügen gemeinsam über die Stimmenmehrheit (ca. [...]%) an der Telekurs Holding und indirekt am Acquirer Telekurs. Sowohl UBS und CS als auch Telekurs sind Mitglieder des MAECC. Weiter sind zahlreiche andere Banken als Maestro-Issuer tätig. Diese sind nicht einzeln, sondern über ihren jeweiligen Verband im MAECC vertreten. Es handelt sich dabei um den Verband der Schweizer Kantonalbanken, die Regionalbankenholding und SVRB. Sie sind auch an Telekurs beteiligt. Darüber hinaus sind die Kantonal-, Regional- und Raiffeisenbanken mit [...] % auch an der Telekurs Holding beteiligt.

175. Im Weiteren bestehen neben den finanziellen auch personelle Verflechtungen. So sind die beteiligten Banken(-verbände) sowohl im Verwaltungsrat der Telekurs Holding als auch im Verwaltungsrat von Telekurs vertreten. Beispielsweise finden sich im Verwaltungsrat der Telekurs Holding und Telekurs Vertreter der Raiffeisen-, Regional- und Kantonalbanken.

176. Solche Verflechtungen müssten grundsätzlich bei Verhandlungen beispielsweise über die Einführung von Interchange Fees zu unauflösbaren Interessenkonflikten führen. Es ist deshalb naheliegend, dass solche finanzielle und personelle Verflechtungen gerade bei zweiseitigen Märkten ein grosses Potenzial für kollusives Verhalten im System bergen. Eine Abhilfe kann diesfalls lediglich mit strukturellen Massnahmen erfolgen.

D. ERGEBNIS

177. Es gibt Anhaltspunkte dafür, dass die Wettbewerbsabrede zwischen den Issuern erheblich sein könnte, sofern eine DMIF eingeführt würde. In einem solchen Fall wäre das Verhalten der Issuer nicht eindeutig durch Effizienzgründe zu rechtfertigen, wobei alles im Einzelnen im Rahmen einer Untersuchung zu prüfen wäre.

178. Weiter bestehen Anhaltspunkte, wonach Telekurs auf dem Acquiring-Markt eine marktbeherrschende Stellung hat. Die Einführung eines neuen Gebührenmodells durch Telekurs könnte möglicherweise als Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen qualifiziert werden.

179. Sodann stellt sich die Frage, ob zwischen den Issuern und den Acquirern nicht eine "Wettbewerbsbeschränkung durch Zustand" oder eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung besteht, welcher mit Entflechtungsmassnahmen in struktureller und personeller Hinsicht begegnet werden müsste.

180. Sollten die Parteien eine DMIF oder die internationale Fallback Interchange Fee für inländische Transaktionen einführen und Telekurs ihr Gebührenmodell anpassen, müsste die Eröffnung einer Untersuchung ins Auge gefasst werden. Das Sekretariat lädt die Parteien ein, ihm bis am 29. September 2006 mitzuteilen, ob auf die Einführung der geplanten DMIF verzichtet wird.

E. SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. beschliesst für den Fall, dass eine DMIF oder die internationale Fallback Interchange Fee für inländische Transaktionen eingeführt und das Gebührenmodell von Telekurs angepasst wird, die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und holt zur gegebenen Zeit hierzu das Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums ein;

2. lädt die Parteien und Telekurs ein, ihm bis am 29. September 2006 mitzuteilen, ob sie auf die Einführung der geplanten DMIF verzichten;

3. stellt den Parteien sowie Telekurs den vorliegenden Schlussbericht zu und setzt ihnen Frist bis am 15. August 2006, um dem Sekretariat mitzuteilen, ob der Schlussbericht Geschäftsgeheimnisse enthält, die vor der Veröffentlichung eliminiert werden müssen;

4. erlässt zu dieser Vorabklärung eine Pressemitteilung.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG

Beratung betreffend die Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG

1. Artikel 9 Absatz 4 KG sieht vor, dass die Meldepflicht ungeachtet von Artikel 9 Absatz 1 KG besteht, 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 marktbeherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

2. Am 6. März 2006 entschied die Wettbewerbskommission, dass die Emmi AG durch den Zusammenschluss mit der Aargauer Zentralmolkerei AG AZM auf den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG erlangt. Dieser Entscheid wurde nicht angefochten und ist somit in Rechtskraft erwachsen. Die Emmi AG unterliegt somit zusätzlich zur Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG.

3. Gegenstand des Beratungsgesuchs der Emmi AG ist die Frage der Meldepflicht der Emmi AG gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG hinsichtlich der sachlichen Benachbarkeit der Käsemärkte. Die Frage der räumlichen und sachlichen Benachbarkeit bei Zusammenschlüssen unter Beteiligung der Emmi AG im Ausland und die sachliche Benachbarkeit anderer Milchprodukte sowie von Produkten, die in einer Substitutionsbeziehung zu Milchprodukten stehen, ist höchstens am Rande Gegenstand des Beratungsgesuchs. Um eine widerspruchsfreie Gesetzesanwendung zu gewährleisten, ist eine ganzheitliche Betrachtung erforderlich, weshalb die nachfolgenden Ausführungen in gewissen Punkten im Sinne von obiter dicta über das Beratungsgesuch hinausgehen mögen.

4. 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 Volumina entgegenzutreten. Darüber hinaus soll die Weko gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorgehen können, wenn sie kleinere Wettbewerber übernehmen 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.). Eine De-minimis-Regel, wie sie im Beratungsgesuch angefragt wird, ist im Gesetz somit gerade nicht vorgesehen.

5. 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 (SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, S. 340 f.). Unter benachbarten Märkten dürfen Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft (SCHERRER, a.a.O., S. 340 f.). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, umfasst diese Definition nach Auffassung des Sekretariats der Wettbewerbskommission nicht alle möglichen Fälle von Benachbarkeit. Eine Benachbarkeit kann demnach insbesondere auch im Falle komplementärer Beziehungen vorliegen. In der Lehre ist umstritten, ob es sich um sachlich und/oder räumlich benachbarte Märkte handelt (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in SIWR, S. 258; VENTURI, Commentaire Romand, S. 522 ff.).

6. Die bisherige Praxis zu Artikel 9 Absatz 4 KG lässt sie wie folgt zusammenfassen:

a) Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telekom PTT (Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt (RPW 1997/2, S. 161 ff.).

- In Sachen Swisscom/UTA wurde für ein in einem Nachbarstaat im Telekommunikationsbereich tätiges Unternehmen die Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht (RPW 1998/3, S. 412 ff.).

- Die Wettbewerbskommission ist im Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet/WLAN AG für die drahtlose Technologie Wireless Local Area Networks von einem der Festnetztelefonie nachgelagerten Markt ausgegangen und hat eine Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht (RPW 2003/1, S. 204 ff.).

- Im Zusammenschluss Swisscom/Cinetrade wurde festgestellt, dass es sich bei den Inhalten, insbesondere den Filmverwertungsrechten, um einen dem Telefoniemarkt vorgelagerten Markt handelt (RPW 2005/2, S. 363 ff.).

b) Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass Edipresse marktbeherrschend im Bereich der überregionalen Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz ist (RPW 1998/1, S. 40 ff.).

- Bei verschiedenen Zusammenschlussvorhaben (La Tribune de Genève (Edipresse)/SDP, RPW 1999/2, S. 259 ff.; Presse Publications SR SA/Senger Media AG,

- RPW 2001/1, S. 128 f.; Edipresse Publications SA/ Centre d'Impression de la Broye SA, RPW 2002/2, S. 290 ff.; Edipresse/Corbaz, RPW 2003/1, S. 177 ff.; Edipresse/Ringier/Le Temps, RPW 2003/4, S. 794 ff.) wurde festgehalten, dass es sich bei lokalen Tageszeitungen wenn nicht um den gleichen, so doch um einen benachbarten Markt handle, woraus sich eine Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG ergibt.
7. Die bisherige Praxis ist ebenso wie die Lehre für die Beurteilung der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG der Emmi AG nur beschränkt hilfreich. Im Falle der Emmi AG stellt sich die Frage der Benachbarkeit unter anderem in Bezug auf Märkte, die keine (nahen) Substitutionsbeziehungen zu den Märkten aufweisen, auf denen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde. Vielmehr stellt sich die Frage, ob aufgrund von Faktoren wie gemeinsame Rohstoffbasis, Kuppelproduktion und der Bedeutung eines umfassenden Milchproduktesortiments beim Produkteabsatz auf eine Benachbarkeit im Sinne des Gesetzes zu schliessen ist.
8. Die Wettbewerbskommission hatte in der Vergangenheit mehrere Zusammenschlüsse betreffend die Märkte für Milchprodukte zu beurteilen (RPW 1999/1, S. 93 ff., RPW 2003/3, S. 529 ff., RPW 2003/4, S. 778 ff., RPW 2003/4, S. 786 ff., RPW 2006/2, S. 261 ff.). Die Frage, welche Märkte als vorgelagert, nachgelagert oder benachbart gelten, wird anhand der in diesen Fällen abgegrenzten Märkte erörtert.
9. Offensichtlich stellt die Milchproduktion einen vorgelagerten Markt zu den fraglichen relevanten Märkten dar. Als vorgelagerter Markt in Bezug auf den Buttermarkt ist die Industrierahmproduktion zu betrachten (siehe Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 266, Rz. 42 ff. und S. 269, Rz. 65). Als nachgelagerte Märkte sind der Vertrieb und der Detailhandel mit Milchprodukten zu verstehen.
10. Jogurt, Quark, Dessertprodukte, Eiscrème usw. sind keine (nahen) Substitute zu den Produkten, bei denen Emmi über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Es bestehen aber verschiedene Argumente dafür, diese Märkte als benachbarte Märkte zu betrachten: der gemeinsame Rohstoff Milch, die teilweise vorhandene Angebotsumstellungsflexibilität, die für den Molkereisektor typische Kuppelproduktion und das Sortimentskonzept beim Vertrieb von Milchprodukten (siehe Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 263, Rz. 28 und S. 272 f., Rz. 84).
11. Aufgrund der bestehenden Substitutionsbeziehungen zu Butter (vgl. RPW 2006/2, S. 267 ff., Rz. 50 ff.) dürfte der Markt für Margarine als benachbarter Markt zu betrachten sein.
12. Bei Magermilchpulver dürfte hingegen keine Benachbarkeit vorliegen, da dieses als reines Verwertungsprodukt grösstenteils über andere Kanäle als Konsummilch, Konsumrahm und Butter abgesetzt wird (Industrie, Export). Nicht ausgeschlossen ist hingegen, dass Vollmilchpulver als benachbarter Markt zu betrachten ist. Im Rahmen der vorliegenden Beratung kann dies allerdings offengelassen werden.
13. Käse unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht grundlegend von den Milchprodukten der so genannten "weissen Linie". Beispielsweise werden wichtige Käsesorten (Sortenkäse) im Gegensatz zu anderen Milchprodukten ausschliesslich aus silofreier Milch hergestellt. Dennoch sprechen Argumente dafür, die Käsemärkte grundsätzlich als benachbarte Märkte zu betrachten. So bestehen Interdependenzen zwischen der Butter- und der Käseproduktion, indem bei der Käseproduktion anfallender Rahm in der Butterproduktion Verwendung findet. Wie das Beispiel der Käserei Wick zeigt, ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass grössere Käseproduzenten als potenzielle Konkurrenten auf dem Buttermarkt in Frage kommen (siehe Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 281, Rz. 133). Nach Auffassung des Sekretariats sind diese Zusammenhänge genügend, um auf eine Benachbarkeit im Sinne des Gesetzes zu schliessen. Abgesehen davon könnte die Käseproduktion gegenüber der Butterproduktion auch als vorgelagerter Markt betrachtet werden, indem ein in der Käseproduktion anfallendes Kuppelprodukt als Input in der Butterproduktion eingesetzt wird.
14. Es fragt sich, welche Stufen in der Wertschöpfungskette der Käseherstellung als benachbarte (resp. vor- oder nachgelagerte) Märkte zu betrachten sind. Aufgrund der obigen Ausführungen ist die Käseproduktion als benachbarter oder vorgelagerter Markt zu betrachten. Es dürfte hingegen zu weit führen, die Affinage, die Konfektionierung und den Vertrieb (zur Definition und Beschreibung dieser Begriffe siehe Emmi/SDF, RPW 2003/3, S. 536 f., Rz. 43 ff.), sofern dieser spezifisch auf Käse ausgerichtet ist (insbesondere Käseexport), ebenfalls als benachbarte Märkte zu betrachten, da kein naher Bezug zu den Märkten für Konsummilch, Konsumrahm und Butter ersichtlich ist.
15. Ebenfalls zu klären ist die Frage der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG bei Fusionen respektive Akquisitionen im Ausland. Analog zu Artikel 9 Absatz 1 KG wird das Auswirkungsprinzip auch in Artikel 9 Absatz 4 KG konkretisiert. Sind somit die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 4 KG erreicht, entfällt grundsätzlich eine zusätzliche Prüfung der Auswirkungen auf den schweizerischen Markt. Ein Zusammenschluss fällt somit unter die Meldepflicht von Artikel 9 Absatz 4 KG, ohne dass Auswirkungen auf den schweizerischen Markt im Einzelnen zu prüfen sind. Grundsätzlich wird angenommen, dass das Auswirkungsprinzip erfüllt ist, wenn eine gewisse Spürbarkeit im Sinne einer Möglichkeit der Wahrnehmung der Beschränkung vorliegt (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 268). Dabei würde es zu weit gehen, wenn tatsächliche Auswirkungen erforderlich wären. Vielmehr müssen potenzielle Auswirkungen genügen, da ansonsten die Anwendbarkeit auf Gefährdungssachverhalte beziehungsweise auf Sachverhalte, die bloss geeignet sind, die Wettbewerbsverhältnisse negativ zu beeinflussen, verhindert wäre. Einschränkend gilt festzuhalten, dass solche potenziellen Auswirkungen nicht in jedem Falle geben sind und dass schon bei der Beurteilung der Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG Fälle auszusondern sind, in denen selbst potenzielle Auswirkungen ausgeschlossen werden können.

16. Im Falle Swisscom/UTA wurde die Benachbarkeit im Falle eines in einem Nachbarstaat ansässigen Telekommunikationsunternehmens bejaht. Es ist nicht zwingend, dass sich die räumliche Benachbarkeit¹ (mit Ausnahme von benachbarten regionalen Märkten innerhalb der Schweiz) auf Zusammenschlüsse in Nachbarstaaten beschränkt. Vielmehr sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen, was wie bei der Frage der sachlichen Benachbarkeit bereits bei der Frage der Meldepflicht eine rudimentäre Analyse der Wettbewerbswirkungen eines Zusammenschlusses bedingt. Hierzu können Kriterien wie Produktbeschaffenheit, Transportkosten (Verderblichkeit bei Milchprodukten), staatliche Importschranken usw. berücksichtigt werden. Je nach Produkt ist es somit denkbar, dass entweder alle Regionen der Welt als räumlich benachbart gelten oder dass gar keine räumlich benachbarten Märkte existieren. Es liegt auf der Hand, dass die meisten Milchprodukte nicht über grosse Distanzen vertrieben werden und deshalb in einem ersten Schritt eine Beschränkung auf die Nachbarstaaten der Schweiz angebracht erscheint.

17. Es ist zu berücksichtigen, dass bei Konsummilch, Konsumrahm und Butter - unabhängig von der geografischen Nähe des Auslandmarktes - dem Import in den kommenden Jahren aufgrund der prohibitiv hohen Zölle keine Bedeutung zukommen wird. Zumindest bis in Jahr 2012 ist aufgrund der im Zollgesetz

festgesetzten Übergangsfristen fraglich, ob der passive Veredelungsverkehr eine disziplinierende Wirkung entfaltet. Es fragt sich deshalb, ob im Falle von extraterritorialen Zusammenschlüssen mit Beteiligung der Emmi AG in diesen drei sachlichen Märkten überhaupt spürbare Auswirkungen auf den Inlandmarkt ausgehen können. Diese Frage braucht im Rahmen der vorliegenden Beratung ohnehin nicht abschliessend geklärt zu werden.

18. Es stellt sich die Frage, ob sich die Benachbarkeit gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG auf Fälle beschränkt, in denen es sich in der räumlichen *oder* sachlichen Dimension um denselben Markt *und* in der jeweils anderen Dimension um einen benachbarten (resp. vor- oder nachgelagerten) Markt handelt. Nach Auffassung des Sekretariats sind grundsätzlich auch solche Märkte als benachbart zu betrachten, die zum Markt, auf welchem eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, sowohl sachlich als auch räumlich benachbart sind. Massgebend ist, ob ein Markt in seiner die räumliche und sachliche Dimension umfassenden Gesamtheit benachbart ist. Potenzielle Auswirkungen sind grundsätzlich auch auf Märkten, die sowohl räumlich als auch sachlich benachbart sind, nicht auszuschliessen, weshalb sich in einem solchen Fall eine Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 4 KG ergeben kann.

¹Unter der räumlichen Benachbarkeit ist nicht nur die Konstellation zu verstehen, dass das auf dem sachlichen Markt X in der Schweiz marktbeherrschende Unternehmen A eine Akquisition auf dem sachlichen Markt X z.B. in Österreich tätigen will, sondern insbesondere auch, dass Unternehmen A eine Akquisition auf dem sachlichen Markt Y tätigen will, welcher räumlich europa- oder weltweit abzugrenzen ist.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG und Sanktion gemäss Artikel 49a Abs. 1 KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart et sanction selon l'article 49a al. 1 LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart e sanzione giusta l'articolo 49a cpv. 1 LCart

Verfügung vom 18. September 2006 in Sachen Verwaltungssanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 Kartellgesetz gegen Flughafen Zürich AG (Unique) wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Artikel 7 KG und Verstosses gegen Artikel 49a KG

Am 1. Dezember 2003 hat die Weko gegen Unique, die Betreiberin des Flughafens Zürich, eine Untersuchung wegen allfälligen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet. Weil Unique die gleichentags verfügten vorsorglichen Massnahmen nicht befolgt hatte, wurde sie von der Weko bereits am 5. Dezember 2005 zur Bezahlung eines Sanktionsbetrages von CHF 248'000.- wegen Verstosses gegen eine Verfügung (Art. 50 KG) verpflichtet (vgl. RPW 2006/1, S. 141 ff.). Im vorliegenden Verfahren (Untersuchung) war zu klären, ob Unique eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.

Anlass für die Intervention der Wettbewerbsbehörden war die Reorganisation der Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafenareal (vgl. dazu RPW 2004/1, S. 102 ff. und RPW 2004/3, S. 859 ff.). Unique hatte damals den beiden Anbietern von Valet Parking, der Sprenger Autobahn AG (Sprenger) und der Alternative Parking AG (AP), die Verträge gekündigt und ihnen die notwendigen Bewilligungen nicht mehr erteilt. Sprenger und AP nahmen am Flughafen Fahrzeuge von Passagieren in Empfang und parkierten sie ausserhalb des Flughafenareals zu einem günstigeren Preis ("off airport-Valet Parking"). Unique wollte dies verhindern, um die eigenen Parkhäuser besser auszulasten.

Die nun abgeschlossene Untersuchung hat bestätigt, dass Unique ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Flughafen-Parking missbraucht hat (Art. 7 KG). Aus diesem Grund hat die Weko Unique am 18. September 2006 erneut mit einem Sanktionsbetrag von CHF 101'000.- gebüsst. Dabei gelangte erstmals der mit der Kartellgesetz-Revision 2003 einge-

führte neue Artikel 49a Absatz 1 KG zur Anwendung (sog. "Direktsanktionen"). Bei der Bemessung dieser Sanktion wurde berücksichtigt, dass sich Unique im Schlussstadium der Untersuchung kooperativ zeigte und sich im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung verpflichtete, jeweils mindestens einen Anbieter von "off airport-Valet Parking" am Flughafen zuzulassen. Sprenger kann deshalb auch zukünftig sein Valet Parking am Flughafen anbieten, während AP ihren Betrieb in der Zwischenzeit im Zusammenhang mit einem Aktienverkauf freiwillig eingestellt hat.

Le 1^{er} décembre 2003, la Comco a ouvert une enquête contre Unique, responsable de la direction de l'exploitation de l'aéroport de Zurich, pour un présumé abus d'une position dominante. Dans la mesure où elle ne s'est pas conformée aux mesures provisionnelles prononcées le même jour, elle a été condamnée déjà le 5 décembre 2005 au paiement d'une amende de CHF 248'000.- pour violation de cette décision (art. 50 LCart; DPC 2006/1, p. 141 ss). L'enquête qui a été ouverte devait démontrer si Unique avait abusé d'une position dominante.

La raison de l'intervention de la Comco a été la réorganisation des services de parking dans l'aire de l'aéroport (DPC 2004/1, p. 102 ss et RPW 2004/3, p. 859 ss). Unique avait alors résilié le contrat avec Sprenger Autobahn AG (Sprenger) et avec Alternative Parking AG (AP) et ne leur avait plus accordé les autorisations nécessaires. Sprenger et AP venaient chercher les voitures des passagers à l'aéroport et les parquaient à l'extérieur de l'aire de l'aéroport à un prix plus avantageux ("off airport-Valet Parking"). Unique voulait empêcher ce système afin de mieux utiliser ses propres parkings.

L'enquête qui a été menée à sa fin a montré que Unique a abusé de sa position dominante dans le domaine du parking à l'aéroport (art. 7 LCart). Pour ce motif, la Comco a à nouveau condamné Unique, le 18 septembre 2006, au paiement d'une amende de CHF 101'000.-. Il s'agit de la première fois que l'article 49a alinéa 1 LCart ("sanctions directes"), introduit par la modification de la loi sur les cartels de 2003, est appliqué. Il a été tenu compte, dans la fixation de cette sanction, du fait que Unique s'est montrée coopérative dans la phase finale de l'enquête. Elle s'est notamment engagée à autoriser au moins un fournis-

seur de "off airport-Valet Parking" à l'aéroport. Sprenger pourra donc, aussi dans le futur, offrir ses services de Valet Parking à l'aéroport, alors que AP a, dans l'intervalle, décidé de plein gré de renoncer à cette activité en relation avec la vente d'actions.

Il 1° dicembre 2003 la Comco aveva aperto un'inchiesta contro Unique, la società che gestisce l'aeroporto di Zurigo per un presunto abuso di una posizione dominante. Dato che Unique non si era attenuta alle misure cautelari ordinate lo stesso giorno, è stata costretta al pagamento di una multa di CHF 248'000.- già il 5 dicembre 2005 per aver violato questa decisione (art. 50 LCart; DPC 2006/1, p. 141 segg.). L'inchiesta doveva chiarire se Unique avesse abusato di una posizione dominante.

Motivo dell'intervento della Comco era stata la riorganizzazione dei servizi di parcheggio nell'area dell'aeroporto (DPC 2004/1, p. 102 segg. e DPC 2004/3 p. 859 segg.). Allora Unique aveva disdetto il contratto con Sprenger Autobahn AG (Sprenger) e con Alternative Parking AG (AP) e non aveva più accordato loro le necessarie autorizzazioni. Sprenger e AP ritiravano le vetture dei passeggeri all'aeroporto e le

parcheggiavano all'esterno dell'area dell'aeroporto ad un prezzo migliore ("off airport-Valet Parking"). Unique voleva impedire questo sistema al fine di meglio utilizzare i propri parcheggi.

L'inchiesta ormai terminata ha ora mostrato che Unique ha abusato della sua posizione dominante nel settore dei parcheggi all'aeroporto (art. 7 LCart). Per questo motivo, il 18 settembre 2006, la Comco ha nuovamente multato Unique con una somma di CHF 101'000.-. Si tratta della prima volta che l'articolo 49a capolinea 1 LCart ("sanzioni dirette"), introdotto dalla revisione della Legge sui cartelli del 2003, viene applicato. Nel fissare questa sanzione si è tenuto conto del fatto che, nella fase finale dell'inchiesta, Unique si è mostrata cooperativa. Essa si è infatti impegnata in particolare ad autorizzare almeno un fornitore di "off airport-Valet Parking" all'aeroporto. Dunque, Sprenger potrà anche in futuro offrire i suoi servizi di Valet Parking all'aeroporto, mentre AP ha nel frattempo deciso di propria volontà di rinunciare a questa attività in relazione alla vendita di azioni.

INHALTSVERZEICHNIS

A SACHVERHALT	627
B ERWÄGUNGEN	631
B.1. Einleitung	631
B.2. Geltungsbereich und Verfügungsadressaten	631
B.3. Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)	632
B.3.1 Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG	632
B.3.2 Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG	634
B.3.3 Zwischenergebnis	636
B.4. Anwendbares Verfahrensrecht	636
B.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	637
B.5.1 Marktbeherrschende Stellung	637
a) Marktbeherrschung	637
b) Der relevante Markt	637
c) Marktstellung	637
d) Ergebnis	637
B.5.2 Unzulässige Verhaltensweise ("Missbrauch")	640
a) Vorbemerkungen	640
b) Besondere Stellung von Unique	641
c) Kündigung der bestehenden Vertragsverhältnisse	641
d) Verfügung vorsorglicher Massnahmen durch die Weko	644
e) Angebote von Unique an AP und Sprenger	644

f) Zwischenergebnis	656
g) Kein Vorliegen sachlicher Gründe	656
B.5.3 Ergebnis	658
B.6. Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen	658
B.6.1 Sanktionierung nach Artikel 49a Absatz 1 KG	658
a) Allgemeines	658
b) Rückwirkungsverbot	659
c) Übergangsbestimmung	659
d) Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG	660
e) Vorwerfbarkeit	660
B.6.2 Ergebnis	661
B.7. Bemessung der Verwaltungs-sanktion	661
B.7.1 Sanktionsbemessung	661
a) Einleitung und gesetzliche Grundlagen	661
b) Maximalsanktion	662
c) Konkrete Sanktionsbemessung	662
B.7.2 Zusammenfassung	666
B.8. Ergebnis	666
C KOSTEN	666
D DISPOSITIV	667

A SACHVERHALT

1. Im vorliegenden Verfahren geht es um die von der Flughafen Zürich AG (Unique) per Mitte 2003 durchgeführte Neuorganisation des Valet Parkings beziehungsweise allgemeiner um Parking-Dienstleistungen, die am Flughafen Zürich Kloten erbracht werden.

2. Die **Flughafen Zürich AG** (im Folgenden: Unique)¹, eine Aktiengesellschaft im Sinne von Artikel 762 OR mit Sitz in Kloten, ist Betreiberin und Eigentümerin des interkontinentalen Flughafens Zürich. Sie ist hauptsächlich tätig in den Bereichen Planung, Projektierung, Bau und Betrieb von Verkehrsinfrastrukturen sowie deren kommerziellen Nutzung und Erbringung von damit verwandten Dienstleistungen. Zum Kerngeschäft gehören alle Arten von Immobiliendienstleistungen, insbesondere der Betrieb des interkontinentalen Flughafens Zürich nach Massgabe der vom Bund erteilten Bau- und Betriebskonzession und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen.

3. Betroffen von der Neuorganisation des Valet Parkings sind die beiden bisherigen Anbieter von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen auf dem Flughafen Zürich Kloten: Die **Sprenger Autobahnhof AG** (im Folgenden: Sprenger) mit Sitz in Kloten bezweckt neben der Führung eines Garagebetriebes insbesondere die Garagierung von Kundenfahrzeugen. Die **Alternative Parking AG** (im Folgenden: AP) mit Sitz ebenfalls in Kloten bezweckt insbesondere das Abholen von Kundenfahrzeugen und deren Bereitstellung bei der Rückkehr des Kunden am Flughafen.

4. Im August 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) Kenntnis von der durch Unique durchgeführten Neuorganisation des Valet Parkings beziehungsweise der (Valet) Parking-Dienstleistungen, die am Flughafen Zürich Kloten erbracht werden. Davon betroffen sind auch die beiden Anbieter von "off airport"-Valet Parking², welche Kundenautos am Flughafen in Empfang genommen und ausserhalb des Flughafenareals parkiert haben: Sprenger und AP³. Ihnen hat Unique die entsprechende Bewilligung nicht mehr erteilt und das Flughafenareal zur Erbringung ihrer Dienstleistung nicht mehr zur Verfügung gestellt. Am 17. September 2003 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG⁴ gegen Unique.

5. Zur Ausübung ihres Gewerbes mieteten Sprenger und AP von der Betreiberin des Flughafens (FIG bzw. Unique) seit den 60er-Jahren (Sprenger) beziehungsweise seit den 90er-Jahren (AP) diverse Räumlichkeiten und Lokalitäten, so insbesondere Büros, Schalter sowie mehrere so genannte Umschlag-Parkplätze in den Parkhäusern beziehungsweise auf der Vorfahrt des Flughafens. Die Miete der von Sprenger beziehungsweise AP benötigten Räumlichkeiten wurde im gleichen Konzessionsvertrag geregelt, in welchem Unique die erforderliche Bewilligung zur Ausübung der gewerblichen Tätigkeit auf dem Gebiet des Flughafens erteilte⁵.

6. Der "off airport"-Valet Parking-Service von Sprenger und AP sieht vor, dass der Kunde sein Auto am Flughafen auf einen der von Sprenger beziehungsweise AP gemieteten Umschlag-Parkplätze abstellt, am Schalter von Sprenger beziehungsweise AP den Schlüssel abgibt und sagt, wann er das Auto wieder abholen kommt. Ein Mitarbeiter von Sprenger beziehungsweise AP parkiert das Auto **ausserhalb** des Flughafenareals ("off airport") und bringt es zum gewünschten Zeitpunkt zurück auf einen Umschlag-Parkplatz im Flughafenareal⁶. Während Unique verschiedene Parkhaustarife kennt, welche je nach Nachfrage, das heisst Bequemlichkeit für den Kunden (insb. je nach Nähe zu den Abflugterminals) verschieden hoch sind, boten Sprenger beziehungsweise AP ihren Valet Parking-Service an bevorzugter Lage (sehr nahe bei den Terminals) zu Parking-Tarifen an, die ab einer gewissen Dauer vorteilhafter waren als diejenigen von Unique.

7. Am 2. Februar 2002 setzte Unique Sprenger und AP davon in Kenntnis, dass infolge der Eröffnung des Parkhauses 3 ab Mitte 2003 deutlich mehr Parkplätze zur Verfügung stehen und es daher erforderlich sei, das Valet Parking auf diesen Zeitpunkt hin neu zu organisieren und auszuschreiben. Am 30. August 2002 schrieb Unique das Valet Parking neu aus, worauf Sprenger am 9. Oktober 2002 eine Bewerbung einreichte. AP verzichtete auf eine Bewerbung, da sie nach den Vorgaben von Unique⁷ nur sehr tiefe Umsätze erwartete. Unique teilte Sprenger Anfang Dezember 2002 mit, dass er den Zuschlag nicht erhalten habe. Am 20. Dezember 2002 kündigte Unique Sprenger und AP die Mietverträge per 30. Juni 2003 unter anderem mit der Begründung "Aufhebung des günstigen Valet Parkings ...". Unique argumentierte, rechtliche Grundlage des Parking-Services sei einerseits der Mietvertrag, andererseits der Konzessionsvertrag vom 28. Dezember 1990⁸. Die Konzession sei von Anfang an befristet gewesen und mehrfach verlängert worden, ohne dass ein Anspruch auf Verlängerung bestanden habe. Nach Ablauf der Konzessionen verfügten Sprenger und AP per 1. Juli 2003 auch nicht mehr über die erforderliche Bewilligung zur Weiterführung des Parking-Services. In seinem Beschluss vom 5. Mai

¹ Im Jahre 2000 löste Unique die damalige "Flughafen Immobilien Gesellschaft (FIG)" als Betreiberin des Flughafens ab (vgl. das Zürcher Flughafengesetz vom 12.7.1999).

² Vgl. zu diesem Begriff unten Rz. 1.

³ Vgl. dazu ausführlicher unten Rz. 102 ff.

⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵ Vgl. dazu Art. 128 ff. des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich vom 31.5.2001, genehmigt vom BAZL.

⁶ Gegen Aufpreis bieten Sprenger und AP auch andere Dienstleistungen an (z.B. Autowäsche, Benzin auftanken, Öl- bzw. Pneu-Service, Abgastest, Überführen des Autos in die jeweilige Vertretung zwecks Reparaturen/Service etc.). Gemessen am Gesamtumsatz sind diese Dienstleistungen von untergeordneter Bedeutung.

⁷ Unique verlangte z.B. explizit, dass alle Fahrzeuge auf den Parkplätzen von Unique abgestellt werden müssen und der Preis für das Valet Parking "über den Tarifen für öffentliches Parking (PHA/PHB)" liegen muss (vgl. Präsentation von Unique).

⁸ In Kraft seit dem 1.1.1991.

2003 erachtete die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Bülach die Kündigung des Mietvertrages durch Unique gegenüber Sprenger⁹ zwar als treuwidrig, weshalb sie ungültig sei, sie sah jedoch von einer rechtlichen Qualifikation der Gewerbebewilligung ab.

8. Den Zuschlag für das "neue" Valet Parking hat die Europcar AMAG Services AG (im Folgenden: Europcar) erhalten für ein Projekt, welches vorsieht, dass die Kunden ihr Auto auf der Terminal-Vorfahrt einem Mitarbeiter abgeben, der das Auto dann *im Unique-Parkhaus* ("on airport") parkiert. Da hier der Kunde im Vergleich zum "normalen" Parkieren im Parkhaus eine Zusatzdienstleistung erhält, hat er neben den üblichen Park-Gebühren, die ein Unique-Parkplatz im Parkhaus kostet, zusätzlich eine pauschale Handlingfee zu bezahlen. Die von AP und Sprenger seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten angebotene Dienstleistung der günstigeren Parkierung der Fahrzeuge ausserhalb des Flughafenareals ("off airport") bietet Europcar nicht an.

9. Den bisherigen Betreibern AP und Sprenger hat Unique die Bewilligung nicht erneuert, weshalb per 1. Januar 2004 Flugpassagiere ihr Auto nur noch in den Parkhäusern von Unique zu Unique-Tarifen hätten parkieren können - und zwar entweder ohne oder mit Inanspruchnahme der entgeltlichen Zusatz-Dienstleistungen von Europcar.

10. Infolge der Kündigung der Verträge durch Unique musste AP per Mitte 2003 das Flughafenareal verlassen und bietet seither einen Park-and-ride-Service von ausserhalb des Flughafens an: Die Kunden parkieren ihr Auto auf einem von AP gemieteten Parkplatz auf dem Balsberg ("Hardacker", Gemeinde Opfikon) und fahren mit einem von AP gemieteten Shuttle-Bus zum Flughafen. Unique versuchte ursprünglich auch dieses Projekt zu stoppen, indem sie der Shuttle-Bus-Betreiberin androhte, generell die (für den Hotelbus-Service erteilten) Vorfahrtbewilligungen zu entziehen, falls sie weiterhin mit AP zusammenarbeite. Infolge dieser Problematik betreibt AP nun selber mit einem Bus einen Pendelservice zwischen dem off airport-Parkplatz und der Flughafenvorfahrt. Die dafür notwendige Personenbeförderungsbewilligung hat AP vom kantonalen Amt für Verkehr jeweils nur provisorisch und befristet maximal auf die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Weko) erhalten.

11. Nach dem Entscheid der Schlichtungsbehörde in Mietsachen¹⁰ erhielt Sprenger von Unique eine "Fristerstreckung" von einem halben Jahr, welche vorsah, dass er seinen Valet Parking-Dienst noch bis am 31. Dezember 2003 ausüben durfte.

12. Nach der Eröffnung der Vorabklärung im September 2003¹³ hat die Weko am 1. Dezember 2003 vorsorgliche Massnahmen gegen Unique verfügt (im Folgenden: Massnahmenverfügung). Einer allfälligen Beschwerde von Unique wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. In den Ziffern 1-3 des Dispositivs wurde Unique verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Weko den beiden bisherigen Anbietern

von "off airport"-Parking (Sprenger und AP) Flughafeneinrichtungen (insb. Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbebewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen. Zu diesem Zweck hatte Unique Sprenger und AP bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Anstelle eines solchen Angebots hätte Unique dem Sekretariat der Weko innerhalb derselben Frist auch eine mit Sprenger beziehungsweise AP abgeschlossene Vereinbarung unterbreiten können.

13. Ebenfalls am 1. Dezember 2003 eröffnete die Weko die vorliegende *Untersuchung* gegen Unique.

14. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2003 machte Unique unter Hinweis auf Ziffer 2 der Massnahmenverfügung Sprenger und AP je ein Angebot (im Folgenden "1. Angebot")¹¹. Sowohl Sprenger als auch AP lehnten dieses 1. Angebot von Unique unverzüglich und mit Begründung ab¹². Das Sekretariat wies Unique darauf hin, dass die beiden 1. Angebote an Sprenger und AP den Anforderungen der Massnahmenverfügung nicht genügen dürften¹³.

15. Am 15. Dezember 2003 reichte Unique gegen die Massnahmenverfügung der Weko eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (im Folgenden: REKO/WEF) ein mit den Anträgen, die Dispositiv-Ziffern 1-4 der Massnahmenverfügung seien aufzuheben, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen und die Untersuchung sei abzuschreiben.

16. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 an das Sekretariat begründete Unique die Ausgestaltung der 1. Angebote an Sprenger und AP und orientierte über die gleichentags an Sprenger und AP verschickten neuen Angebote ("2. Angebote")¹⁴. AP und Sprenger lehnten auch das 2. Angebot von Unique mit Begründung ab¹⁵.

17. Die folgende Abbildung zeigt die Check-in 1, 2 und 3 sowie die ehemaligen und die aktuellen Standorte von *Sprenger und AP* auf:

⁹ AP hat die Kündigung nicht angefochten.

¹⁰ Vgl. oben Rz. 7.

¹¹ Sprenger hätte für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter und Umschlagparkplätze im Parkhaus 6 zur Miete erhalten (dazu unten Rz. 141 ff.). AP wurde angeboten, während der Dauer des Verfahrens für den Park-and-ride-Service von ausserhalb des Flughafens künftig mit dem Kleinbus die innere Vorfahrt auf der Abflugebene zu benutzen (dazu unten Rz. 127 ff.).

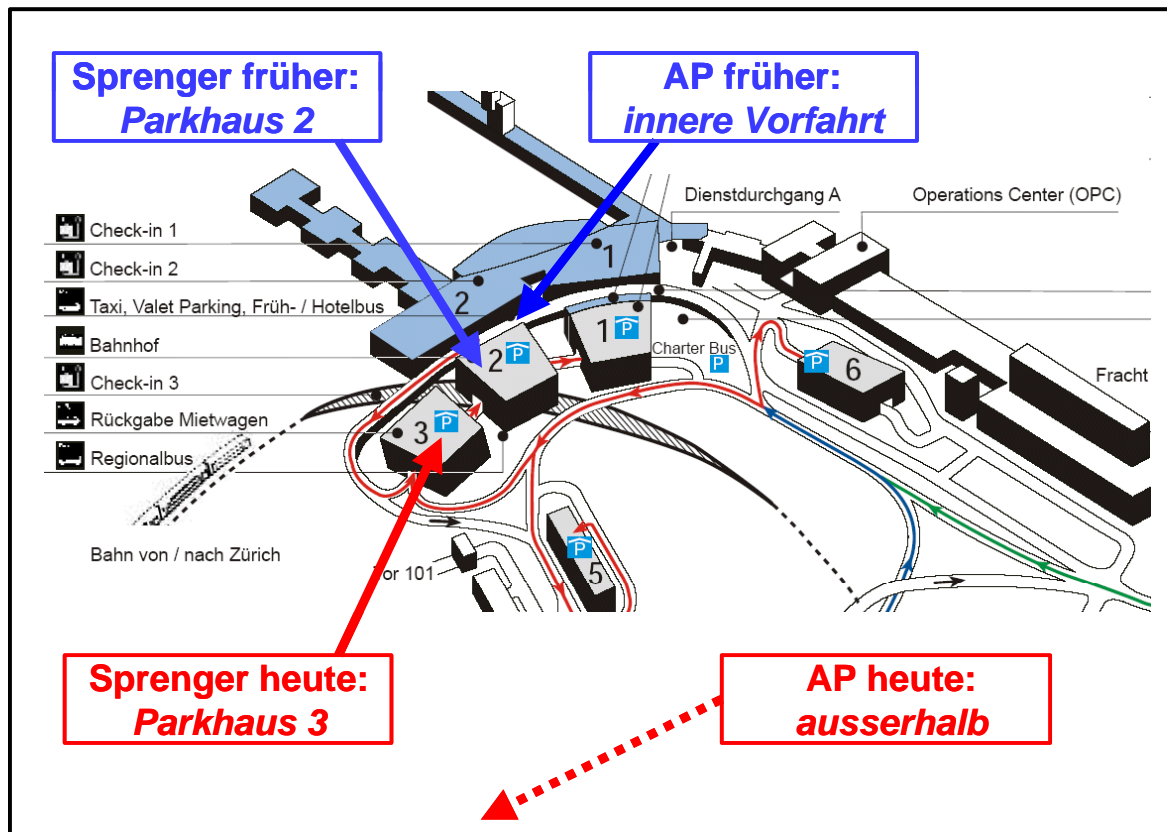
¹² Vgl. zu den Angeboten unten Rz. 125 ff.

¹³ Vgl. dazu unten Rz. 14 und Rz. 152.

¹⁴ Unique offerierte *Sprenger* als 2. Angebot Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (2. Geschoss) mit dem Hinweis, dass im Parkhaus 3 zurzeit keine verfügbaren Schalterräume bestehen (dazu unten Rz. 164 ff.). *AP* wurden von Unique als 2. Angebot 20 Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0, und ein Schalter/Büro ebenfalls im Geschoss 2 angeboten (dazu unten Rz. 141 ff.).

¹⁵ Vgl. zum Ganzen unten Rz. 127 ff.

Abbildung: Zufahrt Flughafen Zürich



Quelle: Homepage Unique (Flughafen Zürich AG)¹⁶

18. Am 8. Januar 2004 liess Unique die Barriere und somit die Zufahrt zu den Umschlagparkplätzen von Sprenger im Parkhaus 2 schliessen. Eine Hinweistafel wies auf den neuen Standort von Sprenger hin, und ein Security-Angestellter von Unique leitete die Kunden von Sprenger während zwei Wochen ins Parkhaus 3 um. Sprenger organisierte zunächst Angestellte, welche die Kunden für die Schlüsselabnahme im Parkhaus 3 empfangen. In den folgenden Wintermonaten musste Sprenger die Geschäfte ohne Büro und Schalter abwickeln, im Frühjahr 2004 konnte er einen Untermietvertrag mit Budget Rent-a-Car abschliessen. Bis heute bietet Sprenger seine Valet Parking-Dienstleistungen von diesem neuen Standort aus an.

19. Das Gesuch von Unique um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wurde von der REKO/WEF am 21. Januar 2004 abgewiesen. Mit *Beschwerdeentscheid* vom 14. Juni 2004 wies die REKO/WEF auch die Beschwerde von Unique vom 15. Dezember 2003 gegen die Massnahmenverfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 vollumfänglich ab¹⁷. Beide Entscheide der REKO/WEF sind in Rechtskraft erwachsen.

20. In der Folge nahm das Sekretariat im Sommer 2004 Gespräche mit Unique bezüglich Vereinbarung einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Artikel 29 KG auf, um das Verfahren (Untersuchung) zu einem raschen Abschluss zu bringen. Am 14. September 2004 liess das Sekretariat Unique einen Entwurf

einer einvernehmlichen Regelung zukommen, welche inhaltlich im Wesentlichen dem Dispositiv der rechtskräftigen Massnahmenverfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 entspricht. Unique liess das Sekretariat wissen, dass Unique die einvernehmliche Regelung "nicht grundsätzlich ablehnt", dass aber gewisse Vorbedingungen (Modalsplit etc.) erfüllt sein müssten. Unique hielt daran fest, mit dem Sekretariat zwar "die mögliche Ausgestaltung einer einvernehmlichen Regelung zu erörtern", ohne jedoch näher auf den Entwurf der einvernehmlichen Regelung des Sekretariats einzugehen oder aber selber konkrete Formulierungsvorschläge zu machen. Eine einvernehmliche Regelung zwischen Unique und dem Sekretariat ist in der Folge vorerst nicht zustande gekommen.

21. Am 3. November 2004 führten Vertreter des Sekretariats in Anwesenheit aller beteiligten Parteien in Begleitung ihrer Anwälte einen Augenschein am Flughafen Zürich-Kloten und in der näheren Umgebung durch. Dabei konnten sie sich vor Ort darüber informieren, wo Sprenger und AP ihre Standorte bis ins Jahr 2003 hatten, wie die von Unique vorgeschlagenen 1. und 2. Angebote ausgestaltet waren und von wo aus Sprenger und AP ihr Geschäft heute betreiben.

¹⁶ <<http://www.flughafen-zuerich.ch/dokumente/ZRHZufahrtDE.pdf>> (besucht am 14.8.06).

¹⁷ RPW 2003/4, S. 859 ff.

22. Am 11. November 2004 eröffneten die Wettbewerbsbehörden ein **Sanktionsverfahren nach Artikel 50 KG** gegen Unique wegen eines möglichen Verstosses gegen die Massnahmenverfügung der Weko vom 1. Dezember 2003.

23. Im Rahmen des Sanktionsverfahrens fand am 30. November 2004 in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Einvernahme des von Unique benannten verantwortlichen Geschäftsleitungsmitgliedes statt. Die Organe von Sprenger und AP wurden Ende Januar 2005 vom Sekretariat zur Sache befragt. Am 3. Oktober 2005 fand eine Anhörung der Verfahrensbeteiligten vor der Weko statt. Die Parteien hatten sodann Gelegenheit, zum Entwurf der Sanktionsverfügung des Sekretariats Stellung zu nehmen.

24. Die Angebote zur Miete von Flughafeninfrastruktur, die Unique Sprenger und AP aufgrund der Massnahmenverfügung gemacht hatte, genügten den von der Weko angeordneten Massnahmen nicht. Wegen Verstosses gegen die Massnahmenverfügung gemäss Artikel 50 KG hat die Weko Unique deshalb am 5. Dezember 2005 zur **Bezahlung eines Sanktionsbetrages** von CHF 248'000.- verpflichtet. Gegen diesen Entscheid hat Unique am 3. Februar 2006 Beschwerde bei der REKO/WEF eingereicht.

25. Inzwischen spitzte sich im Frühjahr 2006 die Situation für AP zu, weil die Vermieterin des Parkplatzes auf dem Balsberg ([...] AG) AP den Mietvertrag zunächst per Ende April 2006 und später per Ende Juni 2006 gekündigt hat. Da Unique AP weiterhin keine Umschlagplätze auf der inneren Vorfahrt zur Verfügung stellte und es unwahrscheinlich war, dass AP einen anderen Umschlagparkplatz gefunden hätte, drohte erneut die Einstellung der Geschäftstätigkeit der AP per Ende Juni 2006.

26. Erst nach dem Einreichen der Beschwerde gegen die Sanktionsverfügung der Weko¹⁸ hat Unique im Februar bzw. März 2006 wieder Gespräche mit Sprenger und AP über die Lösung der bestehenden Probleme gesucht. Unique konnte in der Folge mit beiden Parteien eine vertragliche Lösung vereinbaren¹⁹:

- Der Vertrag von Unique und AP vom 17. März 2006 sieht im Wesentlichen vor, dass der Hauptaktionär von AP Unique die Gesamtheit der Aktien der AP übertragen und dass Unique danach die Auflösung von AP einleiten wird.
- Mit Sprenger einigte sich Unique am 15. Mai 2006 im Wesentlichen auf Folgendes: Unique erteilt Sprenger eine "Konzession zum Betrieb von Parkingdienstleistungen ähnlich einem Valet Parking unter Verwendung von off airport-Parkplätzen". Die Konzession dauert bis zum 30. Juni 2010. Eine Erneuerung der Konzession für eine siebenjährige Periode wird grundsätzlich gewährt. Unique verpflichtet sich zudem, Sprenger am heutigen Betriebsstandort eigene Büroräumlichkeiten zur Verfügung zu stellen (Erstellung eines zusätzlichen Bürocontainers) und Sprenger in das bestehende Beschriftungs- und Wegweisungskonzept des Flughafens einzubinden.

27. Am 20. Juni 2006 haben sodann Gespräche zwischen Unique und dem Sekretariat stattgefunden, welche schliesslich zu einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG führten. Am 26. beziehungsweise 27. Juni 2006 unterzeichneten Unique und das Sekretariat die einvernehmliche Regelung mit folgendem Wortlaut:

"EINVERNEHMLICHE REGELUNG

Vorbemerkungen:

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren zu vereinfachen, zu verkürzen und - unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Weko - zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. Die einvernehmliche Regelung ist unabhängig vom Sanktionsverfahren.

b) Das Sekretariat nimmt zur Kenntnis, dass sich Unique sowohl mit AP als auch mit Sprenger über das weitere Vorgehen vertraglich geeinigt hat. Die entsprechenden beiden Verträge vom 17. März 2006 (Unique und AP) sowie vom 15. Mai 2006 (Unique und Sprenger) liegen dieser einvernehmlichen Regelung bei.

c) Das Sekretariat nimmt zur Kenntnis, dass Unique zukünftig mindestens einen Anbieter im Bereich "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen zulässt, der in seiner Geschäftstätigkeit (z.B. in der Preisgestaltung etc.) von Unique unabhängig ist. Diesem/diesen Anbieter/n stellt Unique die notwendige Infrastruktur (insb. Umschlagparkplätze und Büro/Schalter in der Nähe der Check-in), die Bewilligungen (Konzession etc.) und weitere "Leistungen" (z.B. den Anteil am Parkplatzkontingent, Aufnahme in die Liste der am Flughafen vertretenen Dienstleister, Einbindung ins Beschriftungs- und Wegweisungskonzept des Flughafens, Information der Kundschaft etc.) zur Verfügung.

d) Der Wille und die Bereitschaft von Unique zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 80'000.- bis 150'000.- zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im freien Ermessen der Weko. Sie erfolgt definitiv in der Verfügung der Weko, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

¹⁸ Vgl. oben Rz. 24.

¹⁹ Die beiden Verträge mit AP und Sprenger standen jeweils unter dem Vorbehalt, dass die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und Unique von der Weko genehmigt wird.

e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und - bei Vorliegen eines Verstosses - eine Sanktion gestützt auf das KG und die SVKG durch die Weko festgelegt.

f) Zwecks Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens werden dem Antrag des Sekretariates in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die Verhältnisse so zugrunde gelegt, wie sie im vorsorglichen Massnahmeverfahren in der Verfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 und im Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 14. Juni 2004 erwogen und festgelegt wurden. Dies gilt insbesondere für die Verneinung des Vorliegens von vorbehaltenen Vorschriften, die Marktabgrenzung, die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und deren Missbrauchs durch Unique. Der Bemessung der Sanktionshöhe werden die Erwägungen des Sanktionsverfahrens - unter besonderer Berücksichtigung des oben in Buchstabe d erwähnten kooperativen, sanktionsmindernden Verhaltens von Unique - zugrunde gelegt.

g) Unique hält hinsichtlich des relevanten Sachverhalts und der rechtlichen Würdigung an ihren bisherigen Ausführungen fest, verzichtet aber im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die Weko und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Buchstabe d) im Sinne von Buchstabe a) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.

h) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Verfahrens (Vorabklärung, vorsorgliche Massnahmen und Untersuchung) zulasten von Unique.

Vereinbarungen:

1. Unique verpflichtet sich, auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für die Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere auf dem nahe bei den Check-in-Schaltern gelegenen Flughafenareal - auch bei einer allfälligen Auflösung des Vertrages mit Sprenger gemäss Anhang 2 - mindestens mit einem Anbieter einen Vertrag zur Miete der notwendigen Infrastruktur (insb. Umschlagparkplätze und Büro/Schalter in der Nähe der Check-in) abzuschliessen, diesem die in die Zuständigkeit von Unique fallenden, notwendigen Bewilligungen (Konzessionen etc.) zu erteilen und sämtliche weiteren notwendigen Vorkehrungen zu treffen, welche für die Erbringung der genannten Dienstleistungen notwendig sind (z.B. Zurverfügungstellung des notwendigen Teils des Parkplatzkontingents etc.). Diese/r Anbieter muss/müssen in seiner/ihrer Geschäftstätigkeit (z.B. in der Preisgestaltung etc.) von Unique unabhängig sein.

2. Unique verpflichtet sich, die in den Anhängen 1 und 2 aufgeführten Verträge mit AP (Vertrag von Unique und AP vom 17.3.2006) und Sprenger (Vertrag von Unique und Sprenger vom

15.5.2006) zu erfüllen. Diese beiden Verträge bilden integrierenden Bestandteil der vorliegenden Vereinbarung.

3. Ein Widerruf oder eine Änderung gestützt auf Art. 30 Abs. 3 KG bleibt vorbehalten."

28. Gestützt auf die vorliegenden Beweismittel hat das Sekretariat einen Antrag an die Weko ausgearbeitet. Dieser Antrag des Sekretariats vom 22. August 2006 wurde Unique, AP und Sprenger mit der Aufforderung zugestellt, sich dazu schriftlich zu äussern (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Den Parteien wurde gleichzeitig ein aktuelles Aktenverzeichnis zugestellt und erneut Gelegenheit gegeben, Akteneinsicht zu nehmen.

29. Sprenger teilte dem Sekretariat mit Schreiben vom 8. September 2006 mit, dass auf die bisherigen Eingaben verwiesen und auf eine weitere Stellungnahme zum Verfügungsentwurf verzichtet wird; AP erklärte sich gleichentags mit dem Antrag des Sekretariats einverstanden.

30. Unique betonte in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf noch einmal, dass sie hinsichtlich des relevanten Sachverhalts und der rechtlichen Würdigung an ihren bisherigen Ausführungen festhalte. Insbesondere hält Unique den Sachverhalt im Antrag für "unvollständig, teilweise unzutreffend und einseitig zu ihren Ungunsten formuliert". Unzutreffend sei auch die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung, die Qualifikation ihres Verhalten als Missbrauch dieser Stellung sowie die rechtliche Qualifikation der konzessionsrechtlichen Voraussetzungen und die Ablehnung derselben als legitimate business reasons. Insgesamt weiche der Antrag in einem Ausmass von den Vorstellungen von Unique ab, das eine detaillierte Stellungnahme angesichts der einvernehmlichen Regelung "als obsolet erscheinen" lasse. Dieser einvernehmlichen Regelung habe Unique "aus pragmatischen Gründen zugestimmt", darin sei kein Schuldgeständnis zu erblicken.

B ERWÄGUNGEN

B.1. Einleitung

31. Im vorliegenden Verfahren ist zu klären, ob Unique durch ihr Verhalten eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat (Art. 7 KG). Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob eine direkte Sanktion zu verhängen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

B.2. Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

32. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). **Unique** ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

33. Von der kartellrechtlichen Frage, welche Einheiten als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qua-

lizieren sind, ist die verfahrensrechtliche Frage zu unterscheiden, ob diese Verfügung noch weitere Adressaten aufweist. Als sekundäre Adressaten werden diejenigen Rechtssubjekte bezeichnet, welche entweder Anordnungsobjekt sind oder indirekt in ihrer materiellrechtlich geregelten Rechtstellung betroffen werden²⁰. *Sprenger* und *AP*, welche bereits in der Vorabklärung (inkl. vorsorgliche Massnahmen) und im Sanktionsverfahren als Verfahrensbeteiligte galten, sind auch in der vorliegenden Untersuchung als beteiligungsberechtigte Dritte mit Parteistellung im Sinne von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG anzusehen.

34. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt nach Artikel 7 KG (Rz. 69 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar²¹. Wird nachstehend 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 vorliegt²².

35. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zum Durchführen von Untersuchungen und zum Erlass von Verwaltungsanktionen ist gegeben (Art. 2, 18, 27, 53 KG).

B.3. Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG)

36. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen²³.

37. Artikel 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften (vgl. die Marginalie). Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)²⁴ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).

38. Bei der Rechtsanwendung haben die Wettbewerbsbehörden nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften Wettbewerb ausschalten wollte. Hingegen ist es nicht Sache der Behörden zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme gegeben sind²⁵.

39. Unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen sich auf den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 b KG berufen, haben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften zu prüfen. Im Folgenden wird zunächst untersucht, ob Unique zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. b), und sodann, ob eine staatliche Markt- oder Preisordnung vorliegt (Art. 3 Abs. 1 Bst. a).

B.3.1 Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG

40. Einen Anwendungsvorbehalt begründen Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone anstelle einer staatlichen Markt- oder Preisordnung²⁶ auch weniger weit reichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts *mit besonderen Rechten ausstatten*²⁷. Die Botschaft weist jedoch darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Soweit sich Unternehmen ausserhalb des Ausnahmebereichs bewegen, haben sie sich entsprechend nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten²⁸.

²⁰ Vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 258, Rz. 538.

²¹ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBI 1995 I 468 ff., zit. nach dem Sonderdruck, S. 80 f.; RPW 2001/2, S. 268, Rz. 78; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, 573, 792; EVELYNE CLERC, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence Tercier/Bovet (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 4 al. 2 N 90; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 2 N 14 und Art. 4 N 16.

²² Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 251.

²³ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m.w.Nw. und die REKO/WEF, in: RPW 2003/4, 859 ff., Ziff. 4.2. Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Fribourg 1994, 185 und 264 f.; BORER (zit. in Fn. 21), Art. 3 N 3 ff., und BENOIT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence (Tercier/Bovet [éd.]), Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 3 al. 1 N 35.

²⁴ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 878, Ziff. 3.3.; vgl. dazu MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, ^{ZÄCH} (Hrsg.), Zürich 1996, S. 8, und die Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 70 ff.

²⁵ ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 281; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/UCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 3 N 13 f.; vgl. aber auch BORER (zit. in Fn. 21), Art. 3 N 4 f.

²⁶ Vgl. unten Rz. 49 ff.

²⁷ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 873 ff., Ziff. 3.2.

²⁸ Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 73, und REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff., Ziff. 3.2.4.

41. Unique machte im Massnahmeverfahren geltend, der Betrieb des Flughafens inklusive Parkplatzbewirtschaftung unterstehe zahlreichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die sich direkt oder indirekt auf sämtliche Wettbewerbsparameter wie zum Beispiel Marktzutritt, Preisfestsetzung und produzierte Mengen auswirkten²⁹. Weil das Luftfahrtgesetz und die darauf gestützte Betriebskonzession es Unique freistellten zu entscheiden, ob sie eine Dienstleistung selber erbringen oder auf Dritte übertragen wolle, greife der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG. Der Entscheid über die Zulassung Dritter und damit der Entscheid über deren Marktzutritt und -austritt obliege deshalb allein Unique, weshalb sie dabei keinen kartellgesetzlichen Restriktionen unterliege.

42. Vorab gilt es zu bedenken, dass es sich bei einer Konzession nicht um eine generell-abstrakte Norm handelt, sondern um eine individuell-konkrete Verfügung, weshalb im vorliegenden Fall für die vom UVEK verfügte Bau- und Betriebskonzession zweifelhaft ist, ob überhaupt das Tatbestandsmerkmal der "Rechtsvorschrift" im Sinne von Artikel 3 KG (Titel und Abs. 1 Ingress) erfüllt ist. Als Rechtsvorschriften gelten nach der Mehrheit der Literatur an sich generell-abstrakte Bestimmungen³⁰, welche dem Bundesrecht, dem kantonalen oder kommunalen Recht entstammen können³¹. Wie die REKO/WEF feststellt, beruht eine Konzession auf der Kombination vertraglicher und Verfügungsmässiger Elemente, weshalb es sich bei einer Konzession nicht um eine generell-abstrakte Bestimmung und folglich auch nicht um eine Rechtsvorschrift im Sinne der genannten Lehrmeinungen handeln kann³².

43. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hingegen kann eine Konzession grundsätzlich auch als Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG betrachtet werden, wenn sich der Verwaltungsakt auf eine klare gesetzliche Grundlage stützt, die den Ausschluss des Wettbewerbs verlangt beziehungsweise wenn der Verwaltungsakt die gesetzlichen Regeln konkretisiert³³.

44. Die **Betriebskonzession** berechtigt und verpflichtet Unique, einen Flughafen für den nationalen, internationalen und interkontinentalen Verkehr zu betreiben und die dafür erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu stellen. Parkingdienstleistungen werden in der Betriebskonzession nicht erwähnt. Zwar handelt es sich bei den Parkhäusern auf dem Flughafenareal tatsächlich um Flughafeneinrichtungen; aus Erwägung II.2.3 der Betriebskonzession folgt jedoch nicht, dass Unique jede Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Betrieb des Flughafens Zürich, also insbesondere auch die auf den Flughafenbetrieb ausgerichtete Parkplatzbewirtschaftung, exklusiv allein ausüben darf. Erwägung II.2.3.c der Konzession hält sogar explizit fest, dass die "kommerziellen Tätigkeiten auf der Luftseite des Flughafens (Airside), so zum Beispiel Zollfreihandel und Gastronomie, ... nach Ansicht des UVEK nicht unter die flughafenspezifischen Tätigkeiten [fallen], die nur dann ordentlich abgewickelt werden können, wenn deren Zulassung durch die Konzessionärin dem öffentlichen Recht unterliegt. Vielmehr

können die entsprechenden Tätigkeiten ohne weiteres durch privatrechtliche Verträge mit interessierten Dritten ermöglicht werden". Diese Erwägungen des UVEK gelten umso mehr auch für gewerbliche Tätigkeiten auf der Landseite des Flughafens, welche mit dem Flugbetrieb direkt nichts zu tun haben, wie insbesondere das Vermieten von Flughafeneinrichtungen für das Anbieten von "off airport"-Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere. Unique ist als Flughafenbetreiberin nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, "umfangreiche Investitionen in die landseitige Erschliessung" vorzunehmen. Als "Gegenleistung" für diese Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur und die Sicherstellung, dass die von ihr zugelassenen Dritten die für den Flughafenbetrieb notwendigen Dienstleistungen anbieten, erhält Unique jedoch nicht etwa ein absolutes Exklusivrecht (insb. auch nicht für die Parkplatzbewirtschaftung), sondern ein entsprechendes Entgelt von diesen Dritten (z.B. Mietzinsen für die Infrastruktur sowie periodische Gebühren für die Erteilung der Gewerbebewilligungen).

45. Auch aus den mit der **Baukonzession** von 1999 verbundenen Auflagen zur Begrenzung des landseitigen Flughafenverkehrs (Abstufung der Parkinggebühren zur Steigerung der Attraktivität des Langzeitgegenüber dem Kurzzeitparkieren, Begrenzung der Immissionen aus dem Motorfahrzeugverkehr in einem erwünschten Zielbereich) kann nicht geschlossen werden, dass diese Auflagen Unique im Bereich von Parkingdienstleistungen eine besondere Rechtsstellung oder ein ausschliessliches Recht zur wirtschaftlichen Betätigung übertragen.

46. Ebenfalls unbeachtlich ist schliesslich das vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) genehmigte **Betriebsreglement**. Aus dem Umstand, dass die Flugplatzbetreiberin gesetzlich verpflichtet ist, ein Betriebsreglement zu erlassen und dieses dem BAZL zur Genehmigung vorzulegen (Art. 36c LFG), kann nicht geschlossen werden, dass sich Unique mittels dieses Reglements quasi in eigener Regie von der Unterstellung unter das Kartellgesetz befreien kann. Auch im Betriebsreglement ist somit keine öffentlich-

²⁹ Unique verwies konkret auf das Bundesgesetz vom 21.12.1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0), das Bundesgesetz vom 7.10.1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01), die Luftreinhalte-Verordnung vom 16.12.1985 (LRV; SR 814.318.142.1) und den Massnahmenplan Lufthygiene vom 19.6.1996 des Regierungsrates des Kantons Zürich (inkl. Ergänzung vom 30.4.2002), ferner auf ihre Betriebskonzession vom 31.5.2001, das Betriebsreglement vom 31.5.2001 und die Baukonzession vom 5.11.1999 (zit. in Fn. 44.).

³⁰ CARRON (zit. in Fn. 23), Art. 3 al. 1 N 20; RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Diss. Basel 2000, S. 171 ff., S. 209.

³¹ JUDITH BISCHOF, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Diss. Zürich 2002, S. 160 m.w.Hw.

³² REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff., Ziff. 3.2.4; TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 30 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 2593; BGE 127 II 69 E. 5a; 109 II 76 E. 2.

³³ BGE vom 17.6.2003 (2A.520/2002) E. 5.4.7, publ. in: RPW 2003/4, S. 925, m.Hw. auf CARRON (zit. in Fn. 23), Art. 3 al. 1 N 33. Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff., Ziff. 3.2.4.

rechtliche Vorschrift zu erblicken, die Wettbewerb im Bereich der Parkingdienstleistungen ausschliessen würde.

47. Letztlich kann somit die Frage offenbleiben, ob die Anordnungen (oder gar "nur" die Erwägungen) in individuell-konkreten Konzessionen wie der Betriebs- oder der Baukonzession überhaupt vorbehaltene Vorschriften im Sinne des Kartellgesetzes darstellen: Weder bei den Anordnungen und Erwägungen der Konzessionen noch bei den diesen zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen handelt es sich - wie gezeigt - um Vorschriften, welche auf einem Markt für bestimmte Leistungen (i.c. Parking-Dienstleistungen am Flughafen) "Wettbewerb nicht zulassen" und zu diesem Zweck Unique "zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten".

48. Es bestehen somit keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen³⁴.

B.3.2 Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG

49. Eine *staatliche Markt- oder Preisordnung* im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt werden (z.B. Produktions- oder Handelskontingentierung)³⁵. Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz, soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip dadurch tatsächlich ausgeschlossen wird³⁶.

50. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren³⁷.

51. Unique hatte bereits im Massnahmeverfahren geltend gemacht, aus der Baukonzession beziehungsweise dem auf das Umweltschutzgesetz und die Luftreinhalte-Verordnung abgestützten Massnahmenplan "Lufthygiene" ergebe sich, dass Unique mit Blick auf die Erhöhung des Anteils des öffentlichen Verkehrs (Modalsplit-Zielvorgaben) die Parkgebühren erhöhen müsse. Da Unique in der Preisgestaltung nicht frei sei, bestehe - so ihre Argumentation - eine staatliche Preisordnung.

52. Eine Norm in einem Gesetz oder einer Verordnung, welche von Unique im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 *Buchstabe a* KG verlangen würde, den bis Mitte 2003 herrschenden Wettbewerb im Bereich der Parking-Dienstleistungen zu untersagen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist das Vorgehen von Unique - wie im Folgenden dargelegt wird³⁸ - geschäftlich motiviert.

53. Die von Unique bereits im Massnahmeverfahren genannten Bestimmungen des LFG, USG und der LRV enthalten keinerlei Vorschriften, nach welchen Wettbewerb im Bereich des Parkierens von Fahrzeugen und diesbezüglicher Dienstleistungen generell oder in der Region des Flughafens Zürich ausgeschlossen sein soll. Diese Erlasse beschränken weder den Marktzutritt, noch regulieren sie die Preise oder die Mengen.

54. Wie bereits die Weko und die REKO/WEF im Massnahmeverfahren festgestellt haben, ist eine gesetzgeberische Absicht, diesen Bereich des Parkingangebots für Motorfahrzeuge und diesbezüglicher Dienstleistungen der Wirtschaft angesichts eines Versagens der Marktkräfte vom Wettbewerb ganz oder teilweise auszuschliessen, nicht ersichtlich. Insbesondere kann daraus, dass Artikel 36a Absatz 3 LFG es Unique überlässt, den Flughafen zu betreiben und zu entscheiden, ob sie eine Dienstleistung selber erbringt oder an Dritte überträgt, nicht gefolgert werden, dass damit im genannten Bereich kein Spielraum für Wettbewerb bleibt³⁹.

55. Der zürcherische Massnahmenplan Lufthygiene⁴⁰ stellt - wie die REKO/WEF dargelegt hat⁴¹ - keine generell-abstrakte, die Privaten verpflichtende Regelung dar. Obwohl der Massnahmenplan von 1996 und die Ergänzung von 2002 die Erhöhung der Parkgebühren verschiedentlich erwähnen, besteht keine diesbezügliche öffentlich-rechtliche Vorschrift oder Ermächtigung. Der Massnahmenplan ist einerseits ein politisches Programm, andererseits ein behördenverbindliches verwaltungsinternes Koordinationsinstrument, weshalb in ihm keine Rechtsvorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG erblickt werden kann. Die REKO/WEF hat aufgezeigt, dass im Massnahmenplan selbst dann keine staatliche Preisordnung zu sehen wäre, wenn man ihm die geforderte Gesetzesqualität einräumen wollte⁴². Eine staatliche Preisordnung würde einen staatlich festgelegten oder

³⁴ So auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff., Ziff. 3.2.4.

³⁵ Dazu und zum Folgenden Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 72 f.; STOFFEL (zit. in Fn. 23), 272 ff.; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 3 N 6 und 8; ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 284 m.Hw.; CARRON (zit. in Fn. 23), Art. 3 al. 1 N 29, und REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 874, Ziff. 3.2. Als Beispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs wird die Landwirtschaft genannt.

³⁶ So REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875, Ziff. 3.2.2; vgl. auch STOFFEL (zit. in Fn. 23), 279 f.

³⁷ Vgl. - den Entscheid der Weko bestätigend - BGE 2A.520/2002, in: RPW 2003/4, S. 925 ff. (Entreprises Electriques Fribourgeoises EEF vs. Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros) betreffend kantonale Preisordnungen bzw. Monopole.

³⁸ Vgl. unten Rz. 97 ff., Rz. 102 ff., sowie REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 890 f., Ziff. 4.5.6.

³⁹ So REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875 f., Ziff. 3.2.3. m.Hw. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE vom 5.9.2003, 2A.142/2003, E. 4.1, publiziert in: RPW 2003/4, S. 912 ff. m.w.Hw.).

⁴⁰ Der vollständige Massnahmenplan Lufthygiene des Kantons Zürich besteht aus folgenden Unterlagen: Luft-Programm, Änderung Luft-Programm 1996 vom 12.11.1997, Erfolgskontrollbericht 1998/Änderung Luft-Programm 1996 vom 28.4.1999 und Luft-Programm Ergänzung 2002 (vgl. <<http://www.luft.zh.ch>>).

⁴¹ Dazu und zum Folgenden eingehend REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875 f., Ziff. 3.2.3.

⁴² REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875 f., Ziff. 3.2.3.

einen staatlich genehmigten Tarif voraussetzen, was vorliegend nicht gegeben ist. Könnte man das allgemein formulierte Anliegen "Erhöhung der Parktarife" als staatliche Preisordnung betrachten, so hätte dies höchstens Konsequenzen für eine kartellrechtliche Überprüfung von Preismissbräuchen, nicht auch für die Frage einer allfälligen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen.

56. Selbst wenn im Übrigen Konzessionen generell als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG anerkannt werden könnten⁴³, würden die in casu in Frage stehenden Konzessionen keine staatlichen Markt- oder Preisordnung begründen: Zwar verfügte das UVEK in seiner *Baukonzession* (Auflage Nr. 2.5), dass das Modalsplit-Konzept vom Juli 1998, welches einen Anteil von 42% des öffentlichen Verkehrs am Gesamtverkehr vorsieht, umzusetzen sei⁴⁴. Entsprechend würde auch ein allfälliger staatlicher Zwang für die Flughafenutzer zur prioritären Nutzung der (teureren) Parkflächen in den Parkhäusern von Unique eine gesetzliche Regelung voraussetzen, welche zurzeit weder besteht noch geplant ist. Zudem ist zweifelhaft, ob eine solche einseitige Regelung verhältnismässig wäre, solange nur der am Flughafen parkierende Individualverkehr und nicht generell der Individualverkehr im Bereich des Flughafens entsprechend reglementiert würde: Denn laut der Baukonzession des UVEK werden "60% des Verkehrsaufkommens [...] durch den Bring- und Holverkehr verursacht, 20% durch Zuschauer/Kunden" und nur "15% durch die selbstfahrenden Flugpassagiere"⁴⁵. Aus diesem Grund hält das UVEK fest, dass die Strategie der künftigen Parkplatzbewirtschaftung darauf abzielt, "dass bei den Flugpassagieren die Selbstfahrer (Langzeitparkierer) gegenüber dem Bring- und Holverkehr (Kurzzeitparkierer) bevorzugt werden"⁴⁶. Die im vorliegenden Verfahren relevanten Parking-Dienstleistungen von Sprenger und AP sind nur auf die zu bevorzugenden Langzeitparkierer ausgerichtet.

57. Auch wenn das UVEK in den Erwägungen der Konzession festhält, dass die Parkgebühren generell erhöht werden sollen⁴⁷, stellt dies keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG dar. Denn selbst wenn bereits bloss Erwägungen einer Verfügung die Anwendung des Kartellgesetzes verhindern könnten⁴⁸, würden die genannten Erwägungen und Auflagen der Baukonzession keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG begründen, weil sie zu unbestimmt sind, um die Anwendung des Kartellgesetzes auszuschliessen, zumal Unique in der Tarifgestaltung weiterhin weit gehend frei ist⁴⁹.

58. In den Auflagen der Baukonzession wird zwar effektiv bestimmt, dass das Modalsplit-Konzept vom Juli 1998 umzusetzen sei, wobei zu diesem Zweck laut Erwägungen neben der Optimierung der Tarifstruktur auch "die Parkgebühren generell erhöht" werden sollen⁵⁰. Mit den Gebührenerhöhungen vom August 2000 (für Kurz- und Langzeit) und vom Juli 2002 (für Kurzzeit) hat Unique im Sinne dieser Erwägungen gehandelt. Die Erwägungen in der Konzession sehen jedoch weder explizit noch implizit vor, dass die Par-

king-Gebühren aller Parking-Dienstleistungs-Anbieter auf dasselbe Niveau angehoben werden müssten. Der von Unique im Massnahmeverfahren implizit beklagte angebliche Widerspruch zwischen umweltpolitischen Zielen der Konzessionsbehörden und wettbewerbspolitischen Zielen der Kartellbehörden existiert nicht. Vielmehr lassen der gesetzliche Rahmen und die dadurch geschützten öffentlichen Interessen Raum für die Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen⁵¹.

59. An dieser Stelle kann letztlich offenbleiben, ob eine erneute Erhöhung der Parking-Tarife auf effiziente Weise den vom UVEK gewünschten Effekt (weniger Privatverkehr an den Flughafen) bewirken könnte⁵²: Einerseits haben schon die Passagierbefragungen in den Jahren 1999 und 2003 aufgezeigt, dass bereits eine Mehrheit von 60% der Flugpassagiere den öffentlichen Verkehr benützt⁵³, womit das Modalsplit-Ziel von 42% in diesem Bereich bereits mehr als erfüllt wäre⁵⁴. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nur 38% der Personen, die landseitig zum Flughafen fahren, Flugpassagiere sind⁵⁵. Doch auch der so genannte bimodale Modalsplit des gesamten landseitigen Verkehrs zum Flughafen (inkl. Flughafenangestellte etc.) verbesserte sich in den letzten Jahren stetig und erreichte im Jahre 2003 43,2%. Wie die Passagierbefragungen von Unique aufzeigen, hat die Anzahl der Passagiere in der Kategorie "Auto (Selbstfahrer)" in den letzten Jahren abgenommen (stark, d.h.

⁴³Vgl. dazu oben Rz. 42 ff.

⁴⁴ Entscheid des UVEK vom 5.11.1999 zur 5. Bauetappe für den Flughafen Zürich-Kloten (Baukonzession für das Projekt Dock Midfield).

⁴⁵ Erw. 4.3.1.2 der Baukonzession (zit. in Fn. 44).

⁴⁶ Erw. 4.3.1.2 der Baukonzession (zit. in Fn. 44).

⁴⁷ Erw. 4.3.1.2 der Baukonzession (zit. in Fn. 44).

⁴⁸ Dazu oben Rz. 42.

⁴⁹ Unique hat denn auch per 1.8.2000 und per 1.7.2002 selbstständig die Parking-Tarife erhöht; weder die Tarifgestaltung noch die Tarifierhöhung unterliegen einer behördlichen Genehmigungspflicht. Vgl. zum Ganzen ZACH (zit. in Fn. 21), Rz 285.

⁵⁰ Erw. 4.3.1.2 der Baukonzession (zit. in Fn. 44).

⁵¹ Vgl. oben Rz. 36 und die Nw. in Fn. 23.

⁵² Schon im Jahre 1999 - d.h. noch vor der letzten Gebührenerhöhung - qualifizierte das UVEK die Parking-Gebühren als "verhältnismässig hoch" (Erw. 4.3.1.2 der Baukonzession [zit. in Fn. 44]).

⁵³ Im Herbst 1994 betrug der Modalsplit des öffentlichen Verkehrs bei Lokalpassagieren noch 41%, 1999 51%, 2000 54% und 2003 60% (vgl. Flughafen Zürich: Erhebung zum landseitigen Verkehr und Motivforschung zur Verkehrsmittelwahl, Grunderhebung 1999, Passagierbefragung 2000 und Grunderhebung 2003, Ergebnisberichte).

⁵⁴ Während für den hier nicht interessierenden Bereich des Personals (im Herbst 2003 ein Modalsplit von bloss 29% öffentlichem Verkehr) weiterhin ein Steigerungspotenzial besteht (vgl. Grunderhebung 2003, Ergebnisbericht (zit. in Fn. 53), S. VI.

⁵⁵ 26,4% sind Flughafenangestellte, 12,5% Begleiter/Abholer, hinzu kommen Laden-/Restaurantbesucher, Terrassenbesucher, Vorabend-Check-in etc.; vgl. Grunderhebung 2003, Ergebnisbericht (zit. in Fn. 53), S. V und 17.

um 156% zugenommen haben hingegen die Fahrten der Laden-/Restaurantbesucher⁵⁶. Zwar geben 43% der Passagiere, welche trotz verfügbaren Personenwagens mit öffentlichen Verkehrsmitteln anreisen, die "hohen Parkgebühren" als Hauptmotiv an⁵⁷. Daneben gibt es aber auch zahlreiche andere Gründe, welche für den öffentlichen Verkehr sprechen⁵⁸. Selbst wenn sich durch eine weitere Erhöhung der Parkingtarife zusätzliche Passagiere vom Selbstfahren/Langzeit-Parkieren abschrecken liessen, bliebe offen, ob sie mehrheitlich auf umweltfreundlichere öffentliche Verkehrsmittel (Bahn, Bus) oder aber im Gegenteil auf noch umweltbelastendere Transportmittel wie insbesondere "Kiss-and-ride"⁵⁹ umsteigen würden, welche zusätzlichen Verkehr am und um den Flughafen verursachen⁶⁰.

60. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass auch Vorschriften zum Schutz der Umwelt unter Beachtung des Gleichbehandlungsprinzips umzusetzen sind: Die einseitige "lenkende" Mehrbelastung der parkierenden Flugpassagiere - welche bloss einen kleinen Teil des Individualverkehrs an den Flughafen ausmachen - unter gleichzeitiger Verschonung der grossen Mehrheit all derjenigen Passagiere, die ebenso per Auto an den Flughafen gelangen, aber ohne zu parkieren (insb. Kiss-and-ride, Taxis, Mietautos etc.), aber auch der sonstigen Flughafenbesucher (Laden/Restaurantbesucher, Terrassenbesucher etc.), führt zu einer Ungleichbehandlung, welche sachlich nicht gerechtfertigt ist: Vermieden werden sollen - wenn schon - durch das Autofahren (an den Flughafen) verursachte umweltschädliche Emissionen und nicht etwa das Parkieren an sich⁶¹.

61. Auch unter denjenigen gesetzlichen Bestimmungen des Luftfahrt- und Umweltschutzrechts, auf welche sich die genannten Konzessionen stützen, sind keine Normen ersichtlich, welche für das Parking-Dienstleistungsangebot am Flughafen Zürich eine das Kartellgesetz derogierende staatliche Preisordnung begründen würden⁶². Weder die Konzessionen noch irgendeine gesetzliche Vorschrift untersagen Unique implizit oder explizit, im Bereich der Parking-Dienstleistungen einen oder mehrere - auch günstigere - Konkurrenten zuzulassen.

62. Somit kann sich Unique auch nicht auf den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG berufen.

B.3.3 Zwischenergebnis

63. Unter Berücksichtigung dieser Argumente und auch der Erwägungen der Weko sowie der REKO/WEF⁶³ im Massnahmeverfahren ist zusammenfassend festzuhalten, dass im Bereich des Parkierens von Personenwagen am Flughafen und der zugehörigen Dienstleistungen Wettbewerb möglich ist. Weder existieren öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG, welche den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung in wettbewerbsausschliessender Weise regulieren würden, noch Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b, welche Unique zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten würden. Somit untersteht das vorliegend relevan-

te Verhalten von Unique der Anwendung des Kartellgesetzes⁶⁴.

B.4. Anwendbares Verfahrensrecht

64. Artikel 57 KG sieht für Strafverfahren nach Artikel 54 ff. KG explizit die Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)⁶⁵ vor. Artikel 53 KG, der das Verfahren für die hier interessierenden **Verwaltungssanktionen** nach Artikel 49a ff. KG regelt, enthält diesen Verweis auf das Verwaltungsstrafrecht nicht. Aufgrund der Gesetzessystematik und des Wortlauts sind deshalb e contrario auf Sanktionsverfahren nach Artikel 49a ff. KG gemäss Artikel 39 KG grundsätzlich die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁶⁶ anwendbar⁶⁷. Auch die Botschaft zum Kartellgesetz hält explizit fest, dass "Verstösse vom Sekretariat [...] nach den Bestimmungen des VwVG untersucht" werden⁶⁸. Zudem sprechen die in Artikel 53 Absatz 2 KG aufgeführten Rechtsmittel (Beschwerde an REKO/WEF, Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht), welche sich nicht mit

⁵⁶ Vgl. Grunderhebung 2003, Ergebnisbericht (zit. in Fn. 53), S. 18, und Antworten von Unique.

⁵⁷ Vgl. Grunderhebung 2003, Ergebnisbericht (zit. in Fn. 53), S. 51 ff.

⁵⁸ Insb. Verdichtung des Fahrplans, Qualitäts- und Netzverbesserungen wie z.B. spezielle Busverbindungen an den Flughafen am frühen Morgen, Einführung bzw. Ausbau von (Vorabend-)Check-in am Bahnhof mit Bordkarte und "Fly Rail Baggage" etc.

⁵⁹ D.h. an den Flughafen "Bringen-und-abholen-Lassen" durch Verwandte/Bekannte, was anstatt zwei sogar vier Fahrten verursacht.

⁶⁰ Wie bereits erwähnt, gibt es laut Baukonzession (zit. in Fn. 44) des UVEK schon heute *vier Mal* mehr Bring- und Holverkehr als selbstfahrende Passagiere.

⁶¹ Die Prüfung der Frage, ob die Verteuerung des Individualverkehrs zum Flughafen als Lenkungsabgabe unter Wahrung des Gleichbehandlungsprinzips etwa dadurch umgesetzt werden könnte, dass für jedes Fahrzeug, das auf das Flughafenareal fährt, eine Strassenbenutzungsgebühr ("Road-Pricing") zu entrichten wäre (vgl. die Projekte z.B. in den Städten London, Oslo, Bologna, Mailand und Stockholm), obliegt nicht den Wettbewerbsbehörden.

⁶² Vgl. auch ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 285.

⁶³ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 875 ff., Ziff. 3.2.3., 3.2.4., 3.3. und 3.4.

⁶⁴ Sofern Unique die Ansicht vertreten sollte, ihr Verhalten sei notwendig, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen, müsste Unique gemäss Art. 8 KG versuchen, für die Verdrängung von Parking-Dienstleistungsanbietern eine ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat zu erwirken (so auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 878, Ziff. 3.4.).

⁶⁵ Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).

⁶⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

⁶⁷ So etwa LAURENT MOREILLON, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, TERCIER/BOVET (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 53 N 4 ff.; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Freiburg 2002, 93; PHILIPP ZURKINDEN, *Sanktionen*, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, Band VI/2 (Kartellrecht), von BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel/ Genf/München 2000, 515 ff., 526, und ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 1141 m.w.Hw.; *differenzierend* PATRIK DUCREY, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 53 N 1 ff.; *a.A.* MARCEL DIETRICH, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 39 N 27.

⁶⁸ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 155.

denjenigen des VStrR (Einsprache, Strafverfügung, gerichtliche Beurteilung durch kantonales Gericht, Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht) decken, für eine Anwendung des VwVG⁶⁹. Schliesslich wendet die Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden auf Sanktionsverfahren das VwVG an⁷⁰.

65. Von einzelnen Autoren werden demgegenüber für die Anwendung des VStrR rechtsstaatliche Gesichtspunkte ins Feld geführt, weil nicht einzusehen sei, weshalb die Verfahrensrechte (insb. bei den einzelnen Untersuchungshandlungen und bei Zwangsmassnahmen) einer natürlichen Person bei den Strafsanktionen wesentlich besser ausgebaut sein sollen als diejenigen von juristischen Personen bei Verwaltungsanktionen⁷¹. Als Kompromiss wird vorgeschlagen, bei einer grundsätzlichen Anwendung des VwVG zumindest teilweise auch das VStrR zu beachten (insb. Verfahrensgarantien der betroffenen Unternehmen).

66. Dazu ist festzuhalten, dass es bezüglich Verfahrensgarantien im Ergebnis kaum nennenswerte Unterschiede zwischen VwVG und VStrR gibt⁷². Zudem schliesst die grundsätzliche Anwendbarkeit des VwVG nicht aus, dass allfällige im VStrR enthaltene, über das VwVG hinausgehende Garantien zum Schutze des beschuldigten Unternehmens auch im Verfahren zur Ausfällung von KG-Verwaltungsanktionen sinngemäss zur Anwendung gelangen können⁷³.

67. Aus diesen Gründen wurden im vorliegenden Verfahren neben dem VwVG ergänzend auch allfällige weitergehende fundamentale Grund- und Verfahrensrechte beachtet, welche sich aus dem VStrR (und der EMRK) zum Schutz der Parteien ergeben, soweit ihre Anwendung auf juristische Personen im Kartellsanktionsverfahren indiziert erscheint und im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Aufgabenteilung zwischen der Weko und dem Sekretariat sachgerecht ist⁷⁴.

B.5. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

68. 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.5.1 Marktbeherrschende Stellung

69. 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).

70. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind auch die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen⁷⁵.

a) Marktbeherrschung

71. Die Beurteilung der Marktbeherrschung setzt die Bestimmung des relevanten Marktes voraus⁷⁶. Zur Bestimmung des relevanten Marktes wird geprüft, ob

die angeblich benachteiligten Abnehmer des Unternehmens, dessen marktbeherrschende Stellung in Frage steht, sachlich und räumlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten haben, ob sich also die angeblich behinderten Konkurrenten in zumutbarer Weise der Behinderung entziehen können oder nicht.

72. Unique wird sich von anderen Marktteilnehmern dann nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie 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) Der relevante Markt

aa) Sachlich relevanter Markt

73. 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 VKU⁷⁷ analog)⁷⁸. Entscheidend ist die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite, wobei als Marktgegenseite sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotsseite in Betracht kommt⁷⁹.

74. In der Verfügung der vorsorglichen Massnahmen der Weko wurde von einem sachlich relevanten Markt für die "Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für das *off airport*-Parking für Flugpassagiere"⁸⁰ ausgegangen; in ihrem Beschwerdeentscheid hat die REKO/WEF diese Marktabgrenzung der Weko explizit bestätigt. In Anbetracht der Vereinfachung und Verkürzung des vorliegenden Verfahrens infolge der ein-

⁶⁹ Vgl. DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 53 N 2 und 5.

⁷⁰ So die Verfügungen der Weko i.S. "Curti & Co. AG" (RPW 1998/4, S. 614 f. Rz. 12), "BKW-AEK/Comtop" (RPW 1997/2, 239 Rz. 14) und "Sanktionsverfahren Unique" (RPW 2006/1, S. 141 ff.) sowie der Entscheid der REKO/WEF i.S. "BKW-AEK" (RPW 1998/3, S. 460 ff., insb. 468).

⁷¹ Dazu und zum Folgenden DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 53 N 3 ff. und 6 ff.

⁷² So etwa PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz - Handkommentar, Zürich 2004, Art. 53 N 2, und MOREILLON (zit. in Fn. 67), Art. 53 N 3 ff., der sogar das Verfahren nach VwVG als für die Betroffenen vorteilhafter erachtet.

⁷³ So BILGER (zit. in Fn. 67), 93; i.d.S. auch BORER (zit. in Fn. 21), Art. 53 N 1 f.

⁷⁴ Vgl. zu den einzelnen Verfahrensrechten MOREILLON (zit. in Fn. 67), Art. 53 N 4 ff.

⁷⁵ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2003), BBI 2002, S. 2022 ff., insb. 2045.

⁷⁶ Dazu und zum Folgenden statt vieler ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 529 m.w.Hw.

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

⁷⁸ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 880 ff., Ziff. 4.3., sowie ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 538.

⁷⁹ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 880 ff., Ziff. 4.3., und BORER (zit. in Fn. 21), Art. 4 N 18 und Art. 5 N 10.

⁸⁰ Vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 881, Ziff. 4.3.1., und Massnahmenverfügung der Weko, Rz. 42.

vernehmlichen Regelung⁸¹ wird dem vorliegenden Verfahren soweit möglich diese Marktabgrenzung zugrunde gelegt.

75. Als typische Eigenschaften des relevanten Marktes können vorliegend das Vermieten von Standplätzen, (Umschlag-)Parkplätzen, Schalern, Büros etc. und das Erteilen der nach Betriebsreglement notwendigen Gewerbebewilligungen gegen Bezahlung eines Mietzinses sowie von periodischen Gebühren genannt werden. Die Parking-Dienstleistungsanbieter (Sprenger, AP und Europcar) ihrerseits benötigen die genannten Produkte und Leistungen von Unique (Einrichtungen und Bewilligungen), um ihren Kunden Parking-Dienstleistungen (v.a. zentrale Entgegennahme des Fahrzeugs ["Valet Parking"], Parkmöglichkeiten und allenfalls Zusatzdienstleistungen wie z.B. Ölwechsel etc.) anbieten zu können. Bei diesen Kunden handelt es sich um Flugpassagiere, die aus verschiedenen Gründen - sei es aus Zeitgründen, Bequemlichkeit, wegen schweren Gepäcks, Kindern, körperlichen Gebrechen, schlechtem Anschluss mit öffentlichem Verkehr, langer Anreise aus entlegenem Gebiet, wegen Abflugs früh am Morgen beziehungsweise Ankunft spät am Abend etc. - mit ihrem Auto an den Flughafen fahren und das Auto parkieren wollen.

76. Bei einer solchen Marktumschreibung sind vorliegend Marktgegenseite von Unique die Anbieter von Parkingdienstleistungen⁸². Bei den Anbietern von *on* beziehungsweise *off airport*-Valet Parking⁸³ kann der Passagier mit seinem Auto ins Flughafenareal fahren und das Auto jederzeit entweder direkt auf der Zufahrt oder doch zumindest auf einem nahe den Terminals gelegenen Umschlag-Parkplatz abstellen und bei seiner Rückkehr wieder in Empfang nehmen. Diese Anbieter fragen Räumlichkeiten (Standplätze, Umschlagparkplätze, Schalter, Büros) am Flughafen zwecks Erbringung ihrer Dienstleistungen zu Gunsten von Flugpassagieren sowie eine Zulassung als Gewerbetreibende (Gewerbebewilligung) nach. Das gilt für alle Anbieter von Parkingdienstleistungen zu Gunsten von Flugpassagieren, unabhängig davon, ob sie im früheren oder im neu organisierten Valet Parking tätig sind, und unabhängig davon, ob die Fahrzeuge *on* oder *off airport* stationiert werden.

77. Dennoch gibt es auch Differenzen zwischen den beiden verschiedenen Valet Parking-Formen⁸⁴: Beim "off airport"-Valet Parking, wie es von Sprenger angeboten wird und von AP bis Mitte 2003 angeboten wurde, werden die Parkplätze im Flughafenareal - im Gegensatz zum teureren "on airport"-Valet Parking von Europcar im Parkhaus von Unique - nicht zum dauerhaften Abstellen der Fahrzeuge benötigt, sondern sie dienen nur als Umschlagplätze für die Entgegennahme zur anschließenden kostengünstigeren Unterbringung ausserhalb des Flughafenareals und für die Bereitstellung des Fahrzeuges für den Kunden nach seiner Rückkehr an den Flughafen.

78. Da es sich bei den beiden Valet Parking-Formen um unterschiedliche Dienstleistungen handelt, kann nicht ein Markt für alle Parking-Angebote, innerhalb und ausserhalb des Flughafenareals, abgegrenzt wer-

den, sondern es ist der unterschiedlichen Verwendungsart Rechnung zu tragen. Die Nachfrage dieser Anbieter ist insofern unterschiedlich, als diese neben den Umschlagparkplätzen zudem für die dauernde Stationierung der Kundenfahrzeuge Parkplätze auf dem Flughafenareal nachfragen oder nicht. Auf diese Infrastruktur verzichten die beiden Anbieter Sprenger und AP, deren Geschäftstätigkeit und -strategie aufgrund historischer Fakten und heute im Wesentlichen aufgrund der Einschätzung der Marktchancen auf das preisgünstigere *off airport*-Valet Parking ausgerichtet sind⁸⁵.

79. Dass auf Seiten der Flugpassagiere eine Nachfrage nach der Dienstleistung "off airport-Valet Parking" vorhanden ist, folgt aus dem Umstand, dass Sprenger seine Parking-Dienstleistung seit mehr als 40 Jahren anbietet und in den 90er-Jahren AP als neue Konkurrentin erfolgreich auf den Markt treten konnte. Ebenso für separate Märkte sprechen die Preisunterschiede des *on* und *off airport*-Valet Parkings sowie die unterschiedlichen Leistungspakete, die verschiedene Kunden ansprechen. Somit stellen das *on* und *off airport*-Valet Parking zwar für die mit dem Auto anreisenden Flugpassagiere Alternativen dar, jedoch sind die Preisunterschiede und Leistungspakete so verschieden, dass aus Sicht der Anbieter wie auch der Kunden von unterschiedlichen Märkten ausgegangen werden kann.

80. Da das *on* und *off airport*-Valet Parking aus der Sicht der Marktgegenseite nicht austauschbar ist, gehört das *on airport*-Valet Parking, wie es Europcar anbietet, nicht zum sachlich relevanten Markt⁸⁶: Der sachlich relevante Markt umfasst nur diejenigen Alternativen, die die Marktgegenseite tatsächlich als substituierbar ansieht.

81. Die Abgrenzung eines Marktes für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking für Flugpassagiere liegt im Übrigen auch dem Verhalten von Unique selbst zugrunde⁸⁷: Unique verfolgt mit dem neuen exklusiven Valet Parking von Europcar - ihren eigenen Ausführungen zufolge - eine *on airport*-Geschäftsstrate-

⁸¹ Vgl. insb. Bst. f der einvernehmlichen Regelung (zit. oben in Rz. 27).

⁸² So REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 880 ff., Ziff. 4.3. I.d.S. die Entscheidung der EU-Kommission vom 14.1.98 (98/190/EWG; ABI. L 72/30 ff. vom 11.3.98) i.S. Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG) (Eigentümerin und Betreiberin des Flughafens Frankfurt) wegen Verstosses gegen Art. 86 EG-Vertrag durch monopolisierte Zulassung zu Vorfeldabfertigungsdienstleistungen, Rz. 55 ff.; vgl. dazu auch CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 137.

⁸³ Alle Parking-Dienstleistungsanbieter, d.h. vorliegend Sprenger, AP (bis Mitte 2003) und Europcar, offerieren ein Valet Parking.

⁸⁴ Zum Ganzen REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 880 ff., Ziff. 4.3.

⁸⁵ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S.881 f., Ziff. 4.3.1.

⁸⁶ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 881 f., Ziff. 4.3.1.

⁸⁷ Das zu beurteilende Wettbewerbsverhalten kann die Marktabgrenzung beeinflussen und Hinweise auf den Umfang des betroffenen Marktes geben; vgl. dazu WERNHARD MÖSCHEL, in: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I, IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), München 1997, Art. 86 N 40 (S. 695), und DERS., in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Kommentar, IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), 3. Aufl., München 2001, § 19 N 20 (S. 581).

gie⁸⁸. Unique konnte nämlich erfolgreich eine Ausschreibung für das "neue" Valet Parking im Hochpreissegment (on airport-Parking von Europcar) durchführen⁸⁹. Das war nur möglich, weil sowohl Unique als auch die Teilnehmer an der Ausschreibung darin übereinstimmten, dass es wirtschaftlich sinnvoll sei, entsprechende Teilsegmente des Marktes abzugrenzen und eine Aufteilung in ein Valet Parking im Hochpreissegment einerseits und in einen solchen zur Erbringung von "off airport"-Parking-Dienstleistungen andererseits vorzunehmen.

82. Selbst wenn man auf die Abgrenzung von on und off airport-Valet Parking verzichten und von einem *weiteren Markt* zum Beispiel für "*alle Parkingangebote im Bereich des Flughafens für Flugpassagiere*" (inkl. Europcar und Parkhäuser von Unique) ausginge, würde das - wie unten gezeigt wird⁹⁰ - an der marktbeherrschenden Stellung von Unique nichts ändern, weshalb hier aus den genannten Gründen⁹¹ auf weitere Erhebungen und Ausführungen verzichtet wird.

83. Schliesslich lässt sich aus der mehrfach erfolgten Erhöhung der Parkinggebühren und den bestehenden empirischen Untersuchungen zur Verkehrsmittelwahl⁹² ableiten, dass der *öffentliche Verkehr* für die Anreise an den Flughafen *kein genügend nahes Substitut* zum Personewagenverkehr darstellt und vom vorab definierten Markt abzugrenzen ist. Wenn auch die Parkinggebühren von den Passagieren mitunter als zu hoch eingestuft werden und eines der Motive für die Wahl der privaten oder öffentlichen Verkehrsmittel darstellen, ergaben sich trotz enorm gestiegenen Parkhausgebühren (zwischen 1992 und 2002 um 188% für Kurzzeitparking und 152% für Langzeitparking)⁹³ keine entsprechend grossen Verschiebungen des landseitigen Reiseverkehrs an den Flughafen zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs.

84. Aus den genannten Gründen ist vorliegend für die Anbieter von Parking-Dienstleistungen (die Marktgegenseite) von einem sachlich relevanten Markt für die *Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere*⁹⁴ auszugehen.

85. Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass trotz der vorgenommenen Marktdefinition im Folgenden Sprenger und AP einerseits sowie Europcar und Unique andererseits als *Konkurrenten auf benachbarten Märkten* zu betrachten sind: Müssten nämlich Sprenger oder AP ihren Betrieb aufgeben, so würde zumindest ein Teil der Kunden zu Europcar beziehungsweise in die Parkhäuser von Unique wechseln⁹⁵.

bb) Räumlich relevanter Markt

86. 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 analog)⁹⁶.

87. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf das nahe bei den Check-in-Schaltern gelegene Flughafenareal ergibt sich aus der sachlichen Markt-abgrenzung: Das ("off airport")-Valet Parking kann,

ohne seinen vorgesehenen Zweck zu verlieren, sinnvollerweise nur im Flughafenareal in der Nähe der Check-in-Schalter erbracht werden, da die Flugpassagiere diese Dienstleistung vernünftigerweise nur dort beanspruchen wollen und andernfalls nicht in Anspruch nehmen würden.

88. Marktgegenseite bilden - wie oben in Randziffer 76 ff. festgehalten - Anbieter von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere. Um diese Dienstleistungen anbieten zu können, sind die Erbringer darauf angewiesen, dass ihnen Unique Einrichtungen im Flughafenareal zur Verfügung stellt. Die Lokalisationen müssen sich zudem so nahe bei den Terminals beziehungsweise den Check-in befinden, dass es für die Passagiere keinen erheblichen Nachteil bedeutet; die Parking-Dienstleistungen dieser Anbieter anstatt die Parkplätze von Unique in Anspruch zu nehmen. Zwar lässt sich auch von ausserhalb des Flughafenperimeters aus ein Parking-Service betreiben: Die Kunden parkieren ihr Auto zum Beispiel ausserhalb auf einem Parkplatz des Anbieters und lassen sich mit einem Shuttle-Bus auf den Flughafen fahren und bei der Rückkehr wieder abholen. AP hat seit Mitte 2003 einen solchen Dienst betrieben. Für viele Passagiere (insb. Geschäftskunden) stellt dies jedoch keine genügende Alternative dar, da dieses System im Gegensatz zum Valet Parking am Flughafen mit zahlreichen Unannehmlichkeiten⁹⁷ verbunden ist. Entsprechend hat sich gezeigt, dass die Umsatzzahlen von AP durch den Systemwechsel auf unter die Hälfte gesunken sind⁹⁸.

89. In räumlicher Hinsicht ist der Markt somit auf das nahe bei den Check-in-Schaltern gelegene Flughafenareal begrenzt. Für diese Auffassung spricht wiederum die Tatsache, dass Unique erfolgreich eine Aus-

⁸⁸ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 881 f., Ziff. 4.3.1.

⁸⁹ Vgl. die "Ausschreibung Valet Parking am Flughafen Zürich" vom 30.8.2002; dazu unten Rz. 106 und Rz. 115 f. Allgemein zur "Auction Theory" R. PRESTON McAfee/J. McMILLON, Auctions and Bidding, in: Journal of Economic Literature, Vol. XXV (June 1987), S. 699-783.

⁹⁰ Vgl. unten Rz. 95.

⁹¹ Vgl. oben Rz. 74.

⁹² Vgl. die oben Fn. 53 zitierten Erhebungen und Berichte.

⁹³ Zum Vergleich sei auf den SSNIP-Test hingewiesen, welcher der Klärung der Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen dient und dabei die Reaktion von Nachfragern und Anbietern auf Preiserhöhungen empirisch erfassen soll. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass keine Produkte bzw. Dienstleistungen existieren, die demselben Markt zugerechnet werden können, falls ein Anbieter in der Lage wäre, seine Preise längerfristig profitabel um 5%-10% anzuheben (vgl. etwa RPW 2006/1, S. 89, Ziff. 186 m.Nw.).

⁹⁴ Vgl. dazu oben Rz. 1. Nicht gemeint ist "reines" Valet Parking i.S.v. Europcar (vgl. unten Rz. 77 ff., Rz. 106 und Rz. 115 f.).

⁹⁵ Vgl. unten Rz. 95, Rz. 102 ff., Rz. 133 und allgemein zur Verlagerung der Kundschaft von AP und Sprenger auf Unique bzw. Europcar auch unten Rz. 185 ff. und Rz. 266.

⁹⁶ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 880 ff., Ziff. 4.3., und BORER (zit. in Fn. 21), Art. 5 N 12.

⁹⁷ Z.B. erheblich mehr Zeit einplanen, da Transfer mit Shuttle-Bus notwendig ist; Umsteigen mit Gepäck in Shuttle-Bus; Risiko, dass Flug verpasst wird, weil Shuttle-Bus nicht rechtzeitig an Flughafen fährt; Warten bei Rückkehr auf Shuttle-Bus etc.

⁹⁸ Vgl. dazu unten Rz. 134.

schreibung für das "neue" Valet Parking im Hochpreissegment durchführen konnte - eine Dienstleistung, deren Erbringung ebenfalls den Zugang zum Flughafenareal in der Nähe der Check-in-Schalter bedingt.

c) Marktstellung

90. Nach Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als **marktbeherrschend** 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.

91. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb) sowie die Marktzutrittschranken (potenzieller Wettbewerb) zu analysieren⁹⁹.

92. Unique ist sowohl Betreiberin als auch Eigentümerin des interkontinentalen Flughafens Zürich und aller Einrichtungen (inkl. Parkhäuser). Ausschliesslich Unique verfügt über Infrastruktur, welche Gewerbetreibende am Flughafen für die Ausübung ihrer geschäftlichen Tätigkeiten benötigen, nur sie kann die notwendigen Gewerbebewilligungen erteilen¹⁰⁰ und über die Zulassung von Gewerbetreibenden entscheiden. Auch die Anbieter von Parking-Dienstleistungen sind auf Räumlichkeiten und Infrastruktur am Flughafen und auf eine Gewerbebewilligung angewiesen und entsprechend von Unique abhängig. Wie die REKO/WEF festgestellt hat, ist es Unique, die über den Marktzutritt und -austritt von Gewerbetreibenden zu befinden in der Lage ist¹⁰¹.

93. Aktueller Wettbewerb besteht nicht: Wer auch immer Valet Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich anbieten will, ist sowohl auf die Miete von Räumlichkeiten am Flughafen als auch auf den Erhalt einer Gewerbebewilligung von Unique angewiesen, weil Unique allein über diese "Güter" verfügt. Angesichts dieser Marktzutrittschranken hat Unique auch nicht zu befürchten, dass ihre Marktstellung durch potenzielle Wettbewerber erodiert werden könnte¹⁰². Da sich Unique von anderen Marktteilnehmern völlig unabhängig verhalten kann, ist ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 KG zu bejahen.

94. Schliesslich wiesen im Massnahmeverfahren bereits die Weko wie die REKO/WEF darauf hin, dass sich an dieser Beurteilung auch nichts ändern würde, wenn der Markt aus der Sicht der Flughafenbenutzer so abgegrenzt würde, dass er sowohl das **off** wie auch das **on airport**-Parking und die zugehörigen Dienstleistungen umfasste: Weil Unique als Eigentümerin der Flughafeneinrichtung und als Instanz zur Erteilung der Gewerbebewilligungen darüber befinden kann, wer am Markt auftritt, bliebe es bei der marktbeherrschenden Stellung¹⁰³.

95. Selbst wenn man für die Beurteilung auch einen weiteren - hier aber nicht relevanten - Markt zum Beispiel für "alle Parkingangebote im Bereich des Flughafens für Flugpassagiere" (inkl. Parkhäuser von Unique) miteinbeziehen würde¹⁰⁴, hätte Unique mit

ihren Parkhäusern einen Marktanteil von [80%-90%]. Mit der geplanten Verdrängung von Sprenger und AP vom Flughafenareal würde dieser bereits hohe Marktanteil noch weiter ansteigen. Die marktbeherrschende Stellung von Unique ist so oder anders gegeben¹⁰⁵.

d) Ergebnis

96. Aus den genannten Gründen hat Unique auf dem relevanten Markt für die Bereitstellung von nahe bei den Check-in-Schaltern gelegenen Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 KG.

B.5.2 Unzulässige Verhaltensweise ("Missbrauch")

a) Vorbemerkungen

97. Das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung allein stellt kartellrechtlich noch kein Problem dar: Unzulässigkeit liegt erst vor, wenn diese Stellung missbraucht wird¹⁰⁶. Massgebend für die Beurteilung des Verhaltens von Unique ist die Generalklausel von Artikel 7 Absatz 1 KG in Verbindung mit dem Beispielkatalog in Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a-f KG.

98. Gemäss der Generalklausel von Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Was im konkreten Fall als Missbrauch gelten soll, kann dieser Formulierung nicht entnommen werden. Hingegen macht sie klar, dass die Generalklausel ganz allgemein gegen alle Formen von Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken gerichtet ist. Erfasst sind einerseits Verhaltensweisen, die auf die Errichtung von Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren zielen, und andererseits Praktiken, welche die gezielte oder missbräuchliche Verdrängung von Konkurrenten oder die Erhöhung der Kosten der Marktri-

⁹⁹ Vgl. REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 882 f., Ziff. 4.4.; eingehend und differenzierend CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 4 al. 2 N 101 ff.; THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 1999, S. 295 ff., 297 f.

¹⁰⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden Art. 129 f. des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich vom 31.5.2001 (verfasst von Unique, genehmigt vom BAZL).

¹⁰¹ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 882 f., Ziff. 4.4.

¹⁰² REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 882 f., Ziff. 4.4.

¹⁰³ Vernehmlassung der Weko vom 19.1.2004 und REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 882 f., Ziff. 4.4.

¹⁰⁴ Vgl. dazu oben Rz. 85 und unten Rz. 102 ff.

¹⁰⁵ Vgl. auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 882 f., Ziff. 4.4.

¹⁰⁶ Statt aller CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 1.

valen bezwecken¹⁰⁷. In Artikel 7 Absatz 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt¹⁰⁸. Als unzulässige Verhaltensweise gelten insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen sowie die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a-c KG).

99. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt¹⁰⁹. In der Literatur ist umstritten, wann so genannte *legitimate business reasons* vorliegen. Während gewisse Autoren darauf abstützen, ob sich das Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen könne, verweisen andere auf betriebswirtschaftliche Gründe, welche sich aber ihrerseits als volkswirtschaftlich schädlich erweisen können. Bezüglich der Frage, wann ein *sachlich gerechtfertigtes Verhalten* vorliegt, besteht hingegen Einigkeit: Zu unterscheiden sind Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, Dritte vom Wettbewerb auszuschliessen oder sie zumindest zu behindern, und Verhaltensweisen, die zwar zu einer Wettbewerbsbehinderung oder -beschränkung führen, diese Folge jedoch nicht bezwecken, sondern die in anderer Weise begründet sind (sachliche Rechtfertigung)¹¹⁰.

100. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen wettbewerbsneutrale Mittel einsetzt¹¹¹ oder wenn es sich nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde, liegt eine zulässige Verhaltensweise vor¹¹². Ein zulässiges Mittel kann zum Beispiel die Ausschreibung der Nachfrage nach Dienstleistungen sein. Unzulässiges Verhalten liegt aber etwa dann vor, wenn Ausschreibungsbedingungen beispielsweise von Forderungen geprägt sind, die nur ein marktbeherrschendes Unternehmen aufstellen kann, oder wenn das Unternehmen beabsichtigt, mit der fraglichen Massnahme die Konkurrenz im Wettbewerb zu behindern oder auszuschliessen¹¹³.

101. Das Verhalten von Unique bis zum 31. März 2004 ist nach altem Recht zu beurteilen; dasjenige seit dem **1. April 2004** hingegen unterliegt dem revidierten Gesetz, womit es grundsätzlich auch der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG unterliegt¹¹⁴.

b) Besondere Stellung von Unique

102. Zur besonderen Stellung von Unique gegenüber Sprenger und AP ist vorab Folgendes festzuhalten: Das missbräuchliche Verhalten kann entweder auf demjenigen Markt, auf welchem das Unternehmen marktbeherrschend ist, oder auf einem anderen Markt erfolgen; seine Auswirkungen kann es auf dem dominierten Markt oder aber auf einem benachbarten Markt haben¹¹⁵.

103. Im vorliegend relevanten Bereich der Parkingangebote am Flughafen verfügt Unique über eine spe-

zielle "*Doppel-Stellung*": Unique ist einerseits *Geschäftspartnerin* aller drei Parking-Dienstleistungsanbieter (Sprenger, AP und Europcar), indem sie ihnen Einrichtungen (Räumlichkeiten, Bewilligungen etc.) gegen Entgelt zur Verfügung stellt. Andererseits ist Unique aber zugleich *Konkurrentin* von Sprenger und AP auf einem benachbarten Markt, da sie selber auch den Flugpassagieren Parkplätze gegen Entgelt anbietet und insofern mit AP und Sprenger im Wettbewerb steht¹¹⁶. Bis Mitte 2003 hatte der Flugpassagier noch die Wahl, ob er sein Fahrzeug in das Parkhaus von Unique stellt (mit oder ohne Zusatzdienstleistung von Europcar) oder ob er es von Sprenger beziehungsweise AP zu einem in der Regel etwas tieferen Preis "off airport" parkieren lässt.

104. Im vorliegenden Fall betrifft das umstrittene Verhalten von Unique somit zwei Unternehmen auf einer anderen Marktstufe (Nachfrager von Flughafeninfrastruktur), was zunächst auf einen Benachteiligungstatbestand hindeutet. Da Unique jedoch *selber* als Betreiberin der Parkhäuser und als Anbieterin von Parking-Möglichkeiten für Flugpassagiere auf einem benachbarten Markt tätig ist, richtet sich ihr Verhalten auch *gegen AP und Sprenger als Konkurrentinnen*. Wie im Folgenden dargelegt wird, nützt Unique ihre beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt aus, um ihre Stellung auf dem benachbarten Markt zu verbessern. Die volkswirtschaftlich schädlichen Wirkungen des Verhaltens von Unique treten im Ergebnis überwiegend auf diesem benachbarten Markt ein, weshalb vorliegend von einem *Behinderungstatbestand* auszugehen ist¹¹⁷.

c) Kündigung der bestehenden Vertragsverhältnisse

aa) Reorganisation der Parkingdienstleistungen am Flughafen

105. In Erwartung weiteren Wachstums der Verkehrsfrequenzen am Flughafen Zürich realisierte Unique

¹⁰⁷ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 51 f.

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 5, 105 ff.; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 88; BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 4 ff.; KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Bern 1998, S. 191.

¹⁰⁹ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 102; vgl. dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5.

¹¹⁰ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5. m.Hw. auf SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 37.

¹¹¹ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5.; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 41.

¹¹² Zum Ganzen REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5.

¹¹³ Zum Ganzen REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5., und SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 39 und 41.

¹¹⁴ Vgl. unten Rz. 213 f. und Rz. 215 ff.

¹¹⁵ Vgl. dazu CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 57 m.Hw. auf das europäische Recht.

¹¹⁶ Vgl. oben Rz. 85 und Rz. 95.

¹¹⁷ Vgl. zur Frage der "essential facilities" statt aller ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 667 ff., und ausführlich CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 4 al. 2 N 142 f. und Art. 7 N 147 ff., je m.w.Nw.

grosse Ausbauprojekte¹¹⁸. Nachdem sich die Wachstumsprognosen zerschlagen hatten (Einbruch beim Flugverkehr, "Swissair Grounding", "9/11", SARS etc.), sah Unique sich im Bereich des Parkplatzangebots mit erheblichen Überkapazitäten konfrontiert. Die *off airport*-Parking-Dienstleistungen von Sprenger und AP hielt Unique in dieser Situation für nicht mehr erforderlich. Um ihre Ressourcen optimal zu nutzen und die Ausbaukosten amortisieren zu können, beschloss Unique die Neu-Organisation des Valet Parkings. Die Ausschöpfung der eigenen Kapazitäten war dabei erklärtes Ziel.

106. Im Rahmen dieser Neuordnung definierte Unique in den Ausschreibungsunterlagen die Eckwerte dessen, was unter Valet Parking zukünftig zu verstehen sei¹¹⁹. Mit diesen Vorgaben beschränkte Unique die damalige Geschäftstätigkeit der bisherigen Parkinganbieter Sprenger und AP beziehungsweise schloss diese vom Markt aus. Nach Durchführung des Ausschreibungsverfahrens hat Unique das Valet Parking an Europcar vergeben. Die von Europcar angebotene Dienstleistung stellt jedoch - wie bereits ausgeführt¹²⁰ - *keine* Konkurrenz zum Parking-Angebot von Unique dar, sondern es handelt es sich um eine Zusatzleistung gegen Entgelt¹²¹: Denn nach dem Valet Parking-Konzept von Europcar im Hochpreissegment werden sämtliche Kundenfahrzeuge in den Unique-Parkhäusern (on airport) parkiert.

107. Den Flughafenbenützern, die vorher wählen konnten zwischen dem Selbstparken auf dem Flughafenareal und unterschiedlichen off und on airport-Valet-Angeboten von Sprenger, AP und Europcar, wäre nach der Reorganisation mit anderen Worten nur noch die Wahl geblieben zwischen dem Selbstparken in den Parkhäusern von Unique und einer Art des Valet Parkings mit Parkierung der Fahrzeuge ebenfalls in den Parkhäusern von Unique (Europcar).

bb) Kündigung der Verträge durch Unique gegenüber Sprenger und AP

108. Als ein Beispiel für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist die *Verweigerung von Geschäftsbeziehungen* zu nennen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Mit einem solchen Verhalten wird in der Regel bezweckt, Konkurrenten zu behindern, indem ihnen beispielsweise Vertriebswege abgeschnitten werden oder der Zugang zu einem Markt vereitelt wird. Grundsätzlich schafft eine marktbeherrschende Stellung zwar nicht per se einen Kontrahierungszwang für ein marktbeherrschendes Unternehmen; unzulässig ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen allerdings, wenn sie missbräuchlich ist¹²². Das marktbeherrschende Unternehmen darf zum Beispiel Geschäftsbeziehungen nicht mit dem Zweck abbrechen, die Abnehmer oder Lieferanten vom Markt zu verdrängen oder weil es beschlossen hat, selber auf dem vor- oder nachgelagerten beziehungsweise benachbarten Markt des Abnehmers oder Lieferanten tätig zu werden¹²³. Von Missbrauch ist nach der Botschaft insbesondere dann auszugehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen, das Dritten Geschäftsbeziehungen verweigert, "als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienst-

leistungen [...] unerlässlich sind", oder wenn "sich die gegen andere Wettbewerber gerichtete Strategie als 'unbillig' erweist, "indem zum Beispiel nach den Umständen offensichtlich eine Verdrängung aus dem Wettbewerb beabsichtigt ist"¹²⁴.

109. Unternehmen können insbesondere an der Verweigerung oder Einschränkung von Geschäftsbeziehungen interessiert sein, wenn sie auf nachgelagerten Stufen beziehungsweise benachbarten Märkten in Konkurrenz zu Drittunternehmen tätig sind und diese Drittunternehmen durch Geschäftsverweigerung im Wettbewerb behindert werden können¹²⁵.

110. Im Folgenden gilt es daher zu prüfen, ob Unique vorliegend Konkurrenten behindert beziehungsweise möglichen Konkurrenten den Marktzugang verwehrt.

111. Wie bereits erwähnt, sind alle Parking-Dienstleister von Unique abhängig, da sie auf die Miete von Infrastruktur am Flughafen und auf den Erhalt einer Gewerbebewilligung angewiesen sind¹²⁶. Am 20. Dezember 2002 hat Unique die Mietverträge mit Sprenger und AP per 30. Juni 2003 gekündigt und hat ihnen die Bewilligung für den Parkingservice auf der Vorfahrt entzogen¹²⁷. Während AP Mitte 2003 vom Flughafen weichen musste und seither einen Park-and-ride-Service vom Balsberg (Hardacker) aus anbietet, verlängerte Unique Sprenger - im Nachgang an einen Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Bülach vom 5. Mai 2003, welcher die Kündigung des Mietvertrages von Unique gegenüber Sprenger als treuwidrig und ungültig qualifizierte - den Vertrag bis Ende 2003.

¹¹⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 885 ff., Ziff. 4.5.1.

¹¹⁹ Z.B. Abgabe der Fahrzeuge durch die Kundschaft beim Flughafeneingang bzw. vor den Terminals, Wegführen der Fahrzeuge durch den Valet-Anbieter, Einstellen in einem der Parkhäuser von Unique, Unterbringung der Fahrzeuge ausschliesslich auf gedeckten Flächen, Einstufung des Angebots im Hochpreissegment (vgl. insb. Ziff. 2.1.3-2.1.8 der Ausschreibungsbedingungen); vgl. dazu und zum Folgenden auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 885 ff., Ziff. 4.5.1.

¹²⁰ Dazu oben Rz. 77 ff.; vgl. auch unten Rz. 115 f.

¹²¹ Nach dem Valet Parking-Konzept von *Europcar* bezahlen die Kunden einerseits die üblichen Parkgebühren von Unique (da alle Autos auf Unique-Parkplätzen zu den von Unique auferlegten Konditionen parkiert werden müssen; "off airport"-Parking ist nicht mehr zugelassen) und zusätzlich eine Handling-Fee für die Zusatzdienstleistung des "reinen" Valet Parking (Parkieren und Wiederbereitstellen der Autos).

¹²² Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 103 f.; zum Ganzen ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 652 ff.; CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 118 ff., und BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 11.

¹²³ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5.; vgl. auch SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 98 ff., und CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 133.

¹²⁴ ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 623, Rz. 667; SCHINDLER, a.a.O., S. 190 ff.; BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 13; REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 883 ff., Ziff. 4.5.; i.d.S. schon die Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 104; vgl. auch oben Rz. 90 ff. m.Nw.

¹²⁵ Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 656.

¹²⁶ Vgl. oben Rz. 90 ff.

¹²⁷ Vgl. Verfügung der Weko vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 104, Rz. 11 sowie die Stellungnahme von Unique.

112. Diese Kündigung von Unique kommt, wie im Folgenden dargelegt wird, einer unzulässigen Geschäftsverweigerung gleich. Denn Unique hat bezweckt, mit der Verweigerung der Benützung der Flughafeninfrastruktur und der Gewerbebewilligungen ihre Konkurrenten im Wettbewerb zu behindern oder sie von ihm auszuschliessen¹²⁸. Unique selber hatte die Kündigung damit begründet, das günstige Valet Parking werde aufgehoben. Im Massnahmeverfahren machte Unique geltend, Zweck der Reorganisation - und somit der Kündigung der Verträge mit Sprenger und AP - sei die optimale Auslastung der eigenen Kapazitäten gewesen¹²⁹. Das *off airport*-Parking behindere die betriebswirtschaftlich notwendigen Anstrengungen zur Auslastung des Parkingangebotes am Flughafen.

113. Weil die Verweigerung der Flughafeneinrichtungen und der Gewerbebewilligungen die logische Konsequenz des Anliegens von Unique ist, die eigenen Kapazitäten besser auszulasten, ist davon auszugehen, dass Unique die Verdrängung der bisherigen beiden *off airport*-Valet Parking-Dienstleistungsanbieter mindestens bewusst in Kauf genommen hat¹³⁰. Mit der erwähnten Reorganisation, nach welcher für abweichende Angebote (*off airport*-Valet Parking) keine Flughafeninfrastruktur mehr zur Verfügung gestellt und keine Gewerbebewilligungen mehr erteilt werden sollten, versuchte Unique eine Marktschranke für die Erbringung dieser Dienstleistungen zu errichten beziehungsweise ihnen die Grundlage zu entziehen. Darin ist eine Behinderung von Sprenger und AP in der Ausübung des Wettbewerbs zu erblicken, welche vom Kartellgesetz erfasst ist¹³¹.

114. Um die zwar schon erheblich verringerte Konkurrenz der seit Mitte 2003 vom Flughafen verdrängten und seither von ausserhalb des Flughafens aus nur noch eingeschränkt operierenden AP völlig auszuschalten, war Unique noch weiter gegangen: Unique hatte versucht, auch das Park-and-ride-Konzept von AP zu stoppen, indem sie der Shuttle-Bus-Betreiberin androhte, generell die (für den Hotelbus-Service erteilten) Vorfahrbewilligungen zu entziehen, falls sie weiterhin mit AP zusammenarbeite. Dies verdeutlicht die Absicht von Unique, konkurrierende Unternehmen vom Markt zu verdrängen¹³².

115. Durch die Kündigung und somit Geschäftsverweigerung benachteiligte Unique somit Sprenger und AP auf dem sachlich relevanten Markt und behinderte Sprenger und AP als sich auf einem benachbarten Markt befindende Konkurrenten beziehungsweise verwehrte ihnen den Zugang zum benachbarten Markt. Damit sanken die Ausweichmöglichkeiten für die Konsumenten, da sie - soweit sie mit dem Auto anreisen - gezwungen waren, nunmehr die teureren Parkingmöglichkeiten von Unique (oder Europcar) zu benutzen und mehr als zuvor zu zahlen. Damit sank die Konsumentenrente. In der Folge ist anzunehmen, dass Unique mehr Kunden gewann.

116. Ohne Intervention der Wettbewerbsbehörden (insb. vorsorgliche Massnahmen) wäre es Unique voraussichtlich gelungen, mit der Verweigerung von Ge-

schäftsbeziehungen gegenüber Sprenger und AP ihre einzigen beiden Konkurrenten vom benachbarten Markt zu verdrängen. Dabei wiegt der Abbruch oder die Einschränkung einer bestehenden Geschäftsbeziehung für die beteiligten Unternehmen dann besonders schwer, wenn die geschäftlichen Beziehungen im Verlauf der Zeit zu einer Abhängigkeitssituation für die Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens geführt haben, die von diesem mitbegründet ist¹³³.

117. Das Verhalten von Unique könnte dann als zulässig qualifiziert werden, wenn die bereits oben in Randziffer 100 dargelegten Voraussetzungen erfüllt wären: Ein marktbeherrschendes Unternehmen verhält sich zulässig, wenn es sich *nicht anders verhält, als es ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde*. Wie schon die Weko und die REKO/WEF im Massnahmeverfahren festgehalten haben, trifft dies vorliegend auf Unique *nicht* zu¹³⁴. Als Unternehmen ohne gesteigerten Einfluss hätte Unique nicht die Möglichkeit zu entscheiden, wer am Markt welche Parkingdienstleistungen anbieten kann. Ein Unternehmen ohne solchen Einfluss müsste seine Parkingkapazitäten den Flughafenbenützern im Wettbewerb mit anderen Unternehmen anbieten. Die Kaufentscheide der Kundschaft würden letztlich darüber entscheiden, welches Angebot im Markt erfolgreich ist.

118. Zulässig wäre die Kündigung von Unique allenfalls gewesen, wenn Unique - wie sie im Massnahmeverfahren geltend gemacht hatte - zuvor *zum Instrument der wettbewerbsneutralen Ausschreibung* gegriffen hätte¹³⁵. Die REKO/WEF legte bereits in ihrem Beschwerdeentscheid vom 14. Juni 2004 eingehend dar, dass die Argumente von Unique nicht überzeugen¹³⁶: Im Ergebnis hätte Unique einerseits die bei der Neukonzeption des Valet Parkings angestrebte optimale Auslastung der eigenen Kapazitäten (bei gleich bleibendem Preis-Leistungs-Verhältnis) gar nicht erreichen können, wenn sie dem *off airport*-Valet Parking weiterhin einen wesentlichen Spielraum eingeräumt hätte. Andererseits folgte aus den Ausschreibungsunterlagen ohne weiteres, dass das Valet Parking nach den Vorgaben teurer sein soll als das Selbstparken in den Parkhäusern von Unique. Die Ausschreibung beschränkte sich faktisch auf das Valet Parking im Hochpreissegment (on airport) und hat

¹²⁸ Vgl. oben Rz. 100 i.f. und zum Begriff "Konkurrenten" Rz. 84 i.f.

¹²⁹ Vgl. oben Rz. 105.

¹³⁰ I.d.S. auch die REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 888 f., Ziff. 4.5.3.

¹³¹ So schon REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 885 f., Ziff. 4.5.1.

¹³² Vgl. MÖSCHEL (zit. in Fn. 87), Art. 86 N 125 (S. 722 f.); ROGER ZACH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Fünfter Band: Wettbewerbsrecht, Zweiter Teilband: Kartellrecht, von BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 2000, S. 137-224, insb. S. 187, S. 189 ff. m.w.Nw., und DERS. (zit. in Fn. 21), Rz. 623.

¹³³ Vgl. ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 658.

¹³⁴ Dazu und zum Folgenden eingehend REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 887 f., Ziff. 4.5.2.

¹³⁵ Vgl. schon oben Rz. 81 und Rz. 106 sowie unten Rz. 207.

¹³⁶ Dazu und zum Folgenden eingehend und differenzierend REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 885 f., Ziff. 4.5.1.; vgl. auch SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 25), Art. 7 N 41.

somit gar nicht den hier relevanten sachlichen Markt betroffen¹³⁷. Die Ausschreibungsbedingungen von Unique waren von Forderungen geprägt, welche Unique nur kraft ihrer beherrschenden Stellung formulieren konnte¹³⁸. Dadurch, dass Unique selber definiert hat, wie die Valet Parking-Dienstleistungen auszusehen haben, hat sie massgeblich und auf wettbewerbsbeschränkende Weise auf das Leistungsangebot Dritter eingewirkt beziehungsweise hat Alternativen vom Markt ausgeschlossen¹³⁹. Schon die REKO/WEF hat festgehalten, dass die vorliegend von Unique durchgeführte Ausschreibung keine zulässige wettbewerbsneutrale Massnahme darstellt¹⁴⁰. Da bereits die Ausschreibungsbedingungen als nicht wettbewerbsneutral, sondern als "in hohem Masse marktschliessend"¹⁴¹ zu qualifizieren sind, hätte auch die allenfalls korrekte Durchführung des folgenden Ausschreibungsverfahrens das Verhalten von Unique nicht rechtfertigen können, weshalb hier auf eine nähere Analyse der Ausschreibung verzichtet werden kann.

119. Schliesslich ist zu beachten, dass das Verhalten von Unique vorliegend umso kritischer zu beurteilen ist, als die Weko und die REKO/WEF Unique bereits in der Verfügung der vorsorglichen Massnahmen beziehungsweise im Beschwerdeentscheid zu verstehen gegeben haben, worin der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung erblickt wird und auf welche Art er beseitigt werden könnte. Unique musste somit wissen, welches Verhalten von den Wettbewerbsbehörden als nicht missbräuchlich betrachtet wird und was Unique somit während der Dauer des Hauptverfahrens zu tun beziehungsweise zu unterlassen gehabt hätte.

120. Zusammenfassend behinderte beziehungsweise verunmöglichte Unique dadurch den Wettbewerb, dass sie die Verträge mit den beiden einzigen Anbietern von off airport-Valet Parking-Dienstleistungen (Sprenger und AP) per Mitte 2003 beziehungsweise per Ende 2003 aufgelöst hat. Das Verhalten von Unique stellt eine **unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** und somit eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 Absätze 1 und 2 Buchstabe a KG dar.

121. Im Folgenden wird geprüft, ob das Verhalten von Unique im Zeitraum nach dieser Kündigung - insbesondere die beiden Angebote an Sprenger und AP - zu einer Beendigung der Diskriminierung geführt hat oder ob das unzulässige Verhalten über den 1. April 2004 hinaus andauert hat.

d) Verfügung vorsorglicher Massnahmen durch die Weko

122. Zum Schutze beziehungsweise zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs verfügte die Weko am 1. Dezember vorsorgliche Massnahmen gegen Unique. Sie verpflichtete Unique, für die Dauer des Verfahrens vor der Weko den beiden bisherigen Anbietern von "off airport"-Parking, Sprenger und AP, Flughafen-einrichtungen (insb. Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbebewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen. Zu diesem Zweck musste Unique Sprenger

und AP bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen unterbreiten. Die Vergleichbarkeit war dabei insbesondere an "Lage/Distanz zu den Terminals, Erreichbarkeit, Infrastruktur etc." zu bemessen¹⁴².

123. Wie bereits in der Sanktionsverfügung festgehalten¹⁴³, genügt es für die Aufrechterhaltung von wirksamem Wettbewerb nicht, wenn ein oder zwei Anbieter von off airport-Valet Parking gerade knapp am Leben erhalten werden. Vielmehr hat sich Unique als marktbeherrschendes Unternehmen so zu verhalten, dass interessierte Parking-Dienstleister dem mit dem Auto anreisenden Flugpassagier weiterhin die Alternative des off airport-Valet Parkings neben dem Parkhausangebot von Unique (und Europcar) anbieten können. Rein aus dem Umstand, dass Sprenger und AP - wenn auch teilweise stark reduziert - heute noch Parking-Dienstleistungen anbieten, kann nicht geschlossen werden, dass Unique deshalb ihre Stellung nicht missbraucht hat.

124. Entscheidend ist, ob Unique bereit ist, interessierten Nachfragern Flughafeninfrastruktur für das Anbieten von Valet Parking-Dienstleistungen zu vermieten. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Lage der Umschlagparkplätze und des Schalters (insb. deren Entfernung von den Check-in)¹⁴⁴. Daneben sind auch andere Kriterien von Bedeutung: so zum Beispiel die Entfernung zwischen den Umschlagparkplätzen und dem Schalter, die Schalter- und Büroinfrastruktur (Grösse, Telefon, Internet etc.), die Anzahl, Grösse und Ausrichtung der Parkplätze, die Beschilderung und Beschriftung der Zufahrt beziehungsweise des Zugangs (d.h. die Auffindbarkeit für die Kundschaft), der Komfort für die Kunden (z.B. Warteraum, Sitzgelegenheit, Heizung/Klimaanlage, Toiletten) etc.

e) Angebote von Unique an AP und Sprenger

125. Wie bereits erwähnt, hat Unique Sprenger und AP am 12. Dezember 2003 jeweils ein **erstes Angebot** vorlegt, welches unter Hinweis auf Ziffer 2 der Massnahmenverfügung Folgendes vorsah¹⁴⁵: Sprenger hätte für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter im Parkhaus 6, Geschoss 2, sowie Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0, und Parkplätze auf dem

¹³⁷ Vgl. dazu oben Rz. 73 ff.

¹³⁸ Ausführlich REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 885 ff., Ziff. 4.5.1. und 4.5.2.

¹³⁹ Die REKO/WEF weist darauf hin, "dass eine Ausschreibung, bei der der Zuschlag wesentlich davon abhängt, wie hoch die finanziellen Leistungen zu Gunsten der ausschreibenden Stelle sind, nicht garantiert, dass dasjenige Angebot obsiegt, das bei funktionierendem Wettbewerb am erfolgreichsten wäre, wie dies in einer Ausschreibung von Gütern und Dienstleistungen normalerweise der Fall ist" (RPW 2004/3, S. 887 ff., Ziff. 4.5.2.).

¹⁴⁰ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 887 ff., Ziff. 4.5.2.

¹⁴¹ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 887 ff., 78, Ziff. 4.5.2.

¹⁴² Verfügung vom 1.12.2003, Rz. 84.

¹⁴³ Vgl. dazu und zum Folgenden die Sanktionsverfügung, Rz. 94.

¹⁴⁴ Vgl. oben Rz. 122 i.f.; Massnahmenverfügung, Rz. 84, und Sanktionsverfügung, Rz. 98.

¹⁴⁵ Vgl. die Hw. oben in Rz. 1 und die Situationspläne in Rz. 17.

P11 zur Miete erhalten¹⁴⁶. AP wurde angeboten, während der Dauer des Verfahrens für den "bisher praktizierten Parkingservice (Parkplätze ausserhalb des Flughafens mit Zubringerbus für die Kunden)", das heisst das Park-and-ride-Konzept, künftig mit dem Kleinbus die innere Vorfahrt auf der Abflugsebene zu benutzen¹⁴⁷. AP und Sprenger lehnten diese Angebote umgehend mit Begründung und unter Protest ab. Auch das Sekretariat der Weko äusserte sich Unique gegenüber kritisch bezüglich dieser beiden Angebote¹⁴⁸.

126. Am 19. Dezember 2003 haben Unique Sprenger und AP Unique jeweils ein neues, *zweites Angebot* unterbreitet. Unique offerierte *Sprenger* Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (2. Geschoss) mit dem Hinweis, dass im Parkhaus 3 zurzeit keine verfügbaren Schalterräume bestehen¹⁴⁹. AP wurden von Unique 20 Umschlagparkplätze im Parkhaus 6, Geschoss 0, und ein Schalter/Büro ebenda im Geschoss 2 angeboten¹⁵⁰.

aa) Angebot "kein Standort im Flughafenareal" (1. Angebot an AP)

127. Bezüglich des 1. Angebots an AP, welches keinen Standort im Flughafenareal für AP vorsah, ist zu bemerken, dass dieses faktisch keine Verbesserung des Zustands dargestellt hätte, den Unique selber durch die Verdrängung von AP vom Flughafen per Mitte 2003 herbeigeführt hatte.

128. AP hat mehrfach darauf hingewiesen, dass das seit Mitte 2003 von ausserhalb des Flughafenareals aus angebotene Park-and-ride-Konzept nur als Notlösung eingeführt worden sei, nachdem AP von Unique vom Flughafen verdrängt worden war und keine andere Möglichkeit hatte, überhaupt noch irgendeine Geschäftstätigkeit auszuüben. Der AP-Standort sei bis Mitte 2003 direkt am Terminal auf der Vorfahrt gewesen, während das 1. Angebot von Unique bloss einen Geschäftsbetrieb von ausserhalb des Flughafens (ca. 4 km von der Vorfahrt entfernt) vorgesehen habe. Die Nachteile lassen sich aus der Sicht von AP wie folgt zusammenfassen: keine Bewilligung für Shuttlebus vorhanden, Umladen des Gepäcks in Shuttlebus, Fahrten vom ausserhalb des Flughafenareals gelegenen Parkplatz zum Terminal und umgekehrt, längere Wartezeiten, Unannehmlichkeiten, stark gesunkene Kundenakzeptanz, massiver Umsatzrückgang und Entlassung von Angestellten.

129. Die Kunden, die Valet Parking-Dienstleistungen von AP nachfragen beziehungsweise nachfragten, lassen sich vereinfachend in zwei Hauptgruppen aufteilen: Auf der einen Seite gibt es die Geschäftskunden, die ihr Auto typischerweise nur eine kürzere Zeit (einen Tag bzw. einige wenige Tage) parkieren und dabei weniger auf den Preis der Dienstleistung, als vielmehr auf ein möglichst einfaches, zuverlässiges und schnelles Handling und somit auf einen sehr gut gelegenen Standort Wert legen. Die Ferienkunden auf der anderen Seite, welche mehrere Tage bis mehrere Wochen parkieren, achten vorwiegend auf das Preis-Leistungs-Verhältnis, wobei primär der Preis wichtig ist, daneben aber auch die Dienstleistung stimmen muss.

130. Der Parkingservice von AP mit dem ehemaligen Standort auf der inneren Vorfahrt garantierte sowohl eine schnelle Abgabe und Rücknahme des Autos und kürzeste Fusswege bis zum Check-in als auch Preise, die ab einer Parkierdauer von mehreren Tagen unter den Parkhaustarifen von Unique lagen. Bis Mitte 2003 konnte AP somit die Bedürfnisse sowohl der Geschäfts- als auch der Ferienkunden abdecken. Entsprechend machten die beiden Kundengruppen früher je ungefähr die Hälfte des Umsatzes von AP aus. Mit dem erzwungenen Konzeptwechsel hat AP aus den im Folgenden genannten Gründen sehr viele Kunden, darunter den Grossteil seiner Geschäftskunden, verloren.

131. Anlässlich des Augenscheins vom 3. November 2004 konnte das Sekretariat die Lage der heutigen und der ehemaligen Umschlagparkplätze und des Schalters und deren Entfernung von den Terminals beziehungsweise Check-in beurteilen. Die Kundenparkplätze sowie der Schalter von AP befinden sich seit Mitte 2003 auf dem ca. 3-4 km von den Terminals entfernten Parkplatz "Hardacker" (Balsberg). Für die bisherige Kundschaft von AP ist dieser neue Standort ausserhalb des Flughafenareals offensichtlich mit schwer wiegenden Nachteilen verbunden: Während der Kunde früher sein Auto direkt auf der inneren Vorfahrt abgeben konnte und nur ein paar Schritte von den Terminals beziehungsweise Check-in entfernt war, muss er nun auf dem entfernten "off airport"-Parkplatz das Auto abgeben und zunächst warten, bis der Shuttlebus vom Flughafen zurück und wieder zur Abfahrt an den Flughafen bereit ist. Nach dem Umladen des Gepäcks in den Shuttlebus dauert die Fahrt an den Flughafen ca. fünf Minuten. Besonders umständlich für den Kunden ist auch das Prozedere bei seiner Rückkehr: Früher hatte AP das Kundenauto schon vor der Rückkehr des Kunden auf der Vorfahrt bereitgestellt, so dass der Kunde ohne Verzögerung nach der Rückkehr an den Flughafen und der Inempfangnahme des Autoschlüssels abfahren konnte. Heute muss der Kunde zunächst AP von einem öffentlichen Telefon aus oder mit seinem eigenen Mobiltelefon über seine Rückkehr informieren; erst mit einer zeitlichen Verzögerung kommt dann der Shuttlebus an den Flughafen und fährt den Kunden auf den off airport-Parkplatz, wo sodann das Gepäck aus dem Bus in das Kundenauto umgeladen werden muss.

132. Seit der erzwungenen Einführung dieses neuen Park-and-ride-Konzepts hat sich gezeigt, dass viele der ehemaligen AP-Kunden - insbesondere die Geschäftskunden - nicht bereit sind, diese Unannehmlichkeiten, die Wartezeiten und den Zeitverlust in Kauf zu nehmen. AP macht geltend, dass sie vorher ca. 60% Touristen und 40% Geschäftskunden hatten,

¹⁴⁶ Dazu unten Rz. 141 ff.

¹⁴⁷ Dazu unten Rz. 127 ff.

¹⁴⁸ Vgl. schon oben Rz. 14 und Rz. 152., sowie Sanktionsverfügung Rz. 97.

¹⁴⁹ Dazu unten Rz. 164 ff.

¹⁵⁰ Dazu unten Rz. 141 ff.

heute seien es nur noch ca. 10% Geschäftskunden. Von den ehemals ca. 25'000 Kunden sind mit dem neuen Konzept heute weniger als 10'000 Kunden geblieben.

133. Die Vermutung von AP, dass viele Kunden heute in die Parkhäuser von Unique gewechselt haben - sei es direkt oder indirekt via Europcar¹⁵¹ -, wird letztlich auch von Unique selber bestätigt: Zunächst zeigt Unique auf, dass Europcar, welche die Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert, im ersten Halbjahr 2004 gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 ein Frequenzplus von [20%-30%] und ein Umsatzplus von sogar [20%-30%] erzielen konnte. Laut Unique zeigen "die neusten erhobenen Umsatz- und Frequenzdaten im Geschäft mit Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich [...] eindeutig, dass die von Sprenger und AP erlittenen Umsatz- und Frequenzeinbussen durch entsprechende Umsatz- und Frequenzzunahmen bei Europcar kompensiert beziehungsweise aufgefangen wurden"¹⁵². Wie bereits erwähnt, sind diese neuen

Kunden von Europcar automatisch auch Kunden von Unique geworden, da Europcar sämtliche Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert¹⁵³. Entsprechend erzielte auch Unique selber im Geschäftsjahr 2004 gegenüber dem Vorjahr bei den Parkingerträgen ein Umsatzplus von fast 20%, und das trotz der geringeren Zunahme der Anzahl Lokalpassagiere um 12,1% und trotz der Erhöhung der Anzahl Passagiere, die mit dem öffentlichen Verkehr an den Flughafen kommen¹⁵⁴.

134. Während sowohl bei Unique als auch bei Europcar die Anzahl Kunden und die Parkingerträge in den letzten Jahren zunahmen, hat sich der erhebliche **Verlust an Kunden von AP** durch den erzwungenen Wechsel auf das Park-and-ride-System auch deutlich in den Umsatzzahlen von AP niedergeschlagen, wie der Vergleich mit den Parking-Umsätzen von Unique zeigt:

Tabelle 1: Parking-Umsätze von Unique und AP

Umsatz Jahr	Unique		Alternative Parking AP	
	insgesamt/ bereinigt ¹⁵⁵	Veränderung gegenüber Vorjahr	insgesamt	Veränderung gegenüber Vorjahr
2001	46,9 / [...] Mio.		[...] Mio.	
2002	44,4 / [...] Mio.	- 5 / - [...]%	[...] Mio.	+ [...]%
2003	1. Hälfte 2. Hälfte Total	[...] Mio. [...] Mio. 46,1 / [...] Mio.	[...] Mio. [...] Mio. [...] Mio.	- [...]%
2004	54,1 / [...] Mio.	+ 17 / + [...]%	[...] Mio.	- [...]%
2005	55,1 / [...] Mio.	+ 2 / + [...]%	[...] Mio.	- [...]%

135. Beim Vergleich der **Umsatzzahlen** fällt auf, dass der Umsatz von AP seit Mitte 2003 - das heisst nach dem erzwungenen Verlassen des Flughafens - bis heute um über [50%] abgenommen hat, während der Parking-Umsatz von Unique im selben Zeitraum über 20% angestiegen ist. AP hat fast den ganzen langjährigen Stamm an Geschäftskunden verloren, welche das Parkieren am Flughafen bevorzugen. Dieser starke Einbruch bei AP schlägt sich auch in der **Zahl der Beschäftigten von AP** nieder, die von früher 24 auf heute nur noch sieben Angestellte verringert werden musste (entspricht früher 15 und heute noch fünf Vollzeitstellen).

136. Den Aussagen von Unique im Sanktionsverfahren, AP habe ihr neues Business-Modell per Mitte 2003 "aus eigenem Antrieb" gewählt, und wenn AP nun Schwierigkeiten habe, das Konzept weiter zu betreiben, "so hat sie diese Konsequenzen selbst zu tragen", ist entgegen zu halten, dass Unique selber AP (und Sprenger) den Mietvertrag per 30. Juni 2003

¹⁵¹ AP schätzt, dass 10%-15% der Kunden von AP zu Europcar wechselten.

¹⁵² Vgl. zur Verlagerung der Kundschaft von AP und Sprenger auf Unique (inkl. Europcar) auch unten Rz. 185 ff. und Rz. 266.

¹⁵³ Die Kunden geben ihr Auto auf der Terminal-Vorfahrt einem Europcar-Mitarbeiter ab, der das Auto dann **im Unique-Parkhaus** parkiert. Da hier der Kunde im Vergleich zum "normalen" Parkieren im Parkhaus eine Zusatzdienstleistung erhält, hat er neben den üblichen Park-Gebühren, die ein Unique-Parkplatz kostet, zusätzlich eine pauschale Handling-Fee von CHF 15.- an Europcar zu bezahlen.

¹⁵⁴ Bereits im ersten Halbjahr 2004 erzielte Unique in den Parkhäusern gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 ein Umsatzplus von 1155.

¹⁵⁵ "Bereinigte" Erträge: Vom insgesamt im Bereich Parking erzielten Umsatz werden die Erträge aus Personalparking, Parkuhren und festvermieteten Parkplätzen abgezogen (vgl. auch zweite Stellungnahme von Unique vom 21.11.2005, Rz. 14). Gemäss anderen Angaben von Unique betragen die Parkhauseinnahmen im Jahr 2004 CHF 36,7 Mio.

gekündigt, AP die Bewilligung für den Parkingservice auf der Vorfahrt entzogen und AP damit in die unzulängliche Situation gedrängt hat¹⁵⁶.

137. Schliesslich ist zum Einwand von Unique, AP habe sich in der Zwischenzeit auf dem "off airport"-Parkplatz gut installiert, die Umsatz- und Gewinnsituation habe sich erholt und der Wettbewerb unter den Parking-Dienstleistungsanbietern funktioniere, Folgendes zu bemerken: Dass es AP gelungen ist, nach der Verdrängung vom Flughafen durch Unique trotz des ungünstigen Standorts ausserhalb des Flughafenareals ein Standbein im Valet Parking-Geschäft zu behalten und den Betrieb tiefem Niveau knapp zu stabilisieren, ist vielmehr den Anstrengungen von AP und ihren Angestellten, der Treue zahlreicher Kunden sowie letztlich Zufälligkeiten und der Intervention der Wettbewerbsbehörden zu verdanken als dem Verhalten von Unique. Somit kann das Argument, AP lebe ja noch, Unique nicht zum Vorteil gereichen.

138. Die Weiterführung des von AP seit Mitte 2003 nur unfreiwillig umgesetzten Park-and-ride-Konzepts und somit die Existenz von AP ist im Übrigen mehr als fraglich infolge der *Problematik der unklaren Situation bezüglich der Bewilligung für Personentransporte*: AP verfügt für den Betrieb des Shuttlebusses zwischen Parkplatz und Flughafen nur über eine provisorische Personenbeförderungsbewilligung des Kantons Zürich für die Dauer des Verfahrens vor der Weko. Laut Auskunft des zuständigen kantonalen Amts für Verkehr kann AP wohl keine definitive Bewilligung erhalten, weil der Shuttlebus den öffentlichen Bus konkurrenzieren. Zudem wird AP die Nutzung der Parkplätze auf dem Hardacker (Balsberg) als (Umschlag-)Parkplätze im Verlauf des Jahres 2006 infolge Ablaufs eines Vertrages mit Dritten aufgeben müssen.

139. Das Verhalten von Unique hat - wie gezeigt - dazu geführt, dass AP seit dem unfreiwilligen Verlassen des Flughafenareals (per Mitte 2003) infolge der erzwungenen Umstellung des während fünf Jahren gut funktionierenden "off airport"-Parking-Konzepts auf das Park-and-ride-Konzept mehr als die Hälfte des Umsatzes eingebüsst und fast den ganzen lukrativen Kundenstamm der Geschäftskunden verloren hat, ihr Geschäftsmodell der Valet Parking-Dienstleistungen, insbesondere die Personalorganisation und -struktur, ändern musste (Abbau von zwei Dritteln der Angestellten) und in eine unklare Bewilligungs- und Parkplatzmietsituation gedrängt wurde.

140. Diese Fakten zeigen auf, dass die Verdrängung von AP vom Flughafen per Mitte 2003 missbräuchlich war. Auch das ungenügende 1. Angebot von Unique an AP, welches nichts anderes als die Weiterführung des für AP unvorteilhaften Park-and-ride-Konzepts während der Verfahrensdauer gewährleistet hätte und nach welchem Unique AP weder Parkplätze noch sonstige Flughafeninfrastruktur vermietet hätte, hat daran nichts geändert.

bb) Angebot "Parkhaus 6" (1. Angebot an Sprenger und 2. Angebot an AP)

141. Das 1. Angebot von Unique an Sprenger vom 12. Dezember 2003 und das inhaltlich identische 2.

Angebot von Unique an AP vom 19. Dezember 2003 hätte vorgesehen, dass Sprenger beziehungsweise AP für die Dauer des Verfahrens ein Büro mit Schalter im Parkhaus 6 (Geschoss 2) sowie Umschlagparkplätze im Parkhaus 6 (Geschoss 0)¹⁵⁷ und Parkplätze auf dem P11 zur Miete erhalten hätte. Die Weiterbenützung der Parkplätze am bisherigen Standort von Sprenger im Parkhaus 2 sei nicht mehr möglich gewesen, da diese Plätze auf den 1. Januar 2004 vollumfänglich an Dritte vermietet worden seien¹⁵⁸. Auch eine Wiederbenützung der Umschlagplätze und des Schalters von AP auf der Vorfahrt war laut Unique nicht möglich¹⁵⁹.

142. Sprenger wies das Angebot von Unique umgehend zurück. Er bemängelte, es würden keine vergleichbaren Lokalitäten angeboten. Das angebotene Parkhaus 6 sei weit von den Check-in entfernt, es befinde sich in der Nähe der Fracht, es sei im so genannten Check-in-Bereich nicht aufgelistet und werde normalerweise einem Passagier nicht angeboten. Das Parkhaus 6 diene vor allem dem Personal und für die Fracht. Im Gegensatz zu den bisher gemieteten Lokalitäten im Parkhaus 2¹⁶⁰ müsste ein Passagier, der sein Auto im Parkhaus 6 abgibt, einen 10-20-minütigen Fussweg im Freien auf sich nehmen. Im Gegensatz zum früheren Zustand befänden sich zudem die Umschlagparkplätze nicht auf derselben Etage wie der Schalter und das Büro, was Unannehmlichkeiten für den Kunden und erheblichen Mehraufwand für Sprenger bedeute.

143. Auch AP lehnte das 2. Angebot von Unique umgehend ab, da die Lokalitäten in der Nähe der Fracht eine "wesentlich schlechtere Position" darstellten und da es sich bei diesem 2. Angebot um nichts anderes als das zuvor von Sprenger abgelehnte 1. Angebot handle. Der Standort im Parkhaus 6 ist gemäss AP viel schlechter als der ehemalige auf der Vorfahrt. AP hätte so einen erheblichen Nachteil gegenüber Europcar hinnehmen müssen, insbesondere auch bezüglich Geschäftskunden, welche den längeren Weg nicht akzeptierten. Dass die Umschlagparkplätze und der Schalter nicht auf derselben Etage gelegen wären, hätte zusätzliche Probleme verursacht.

144. Unique macht geltend, sie habe Sprenger zunächst dieses 1. Angebot gemacht, weil sie ein Gesamtpaket anbieten wollte und weil im Parkhaus 3 keine Büro-/Schalteranlagen unmittelbar verfügbar waren, im Parkhaus 6 hingegen schon. Wenn man nur die Distanz anschau, sei das Parkhaus 6 sicher etwas weiter weg von den Check-in als der bisherige Standort von Sprenger (Parkhaus 2), aber es sei sehr gut für die Swiss-Passagiere. Bezüglich AP macht Unique geltend, am 30. Dezember 2003 habe eine Sitzung mit AP stattgefunden, an der man die Situation nochmals diskutiert habe. Da man nachher von AP nichts mehr gehört habe, sei man davon ausgegangen, dass das Problem erledigt sei. Aus der Sicht von Unique war

¹⁵⁶ Vgl. die Verfügung der Weko vom 1.12.2003, RPW 2004/1, S. 104, Rz. 11.

¹⁵⁷ Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 17.

¹⁵⁸ Stellungnahme Unique.

¹⁵⁹ Vgl. dazu unten Rz. 162.

¹⁶⁰ Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 17.

der Zustand bis Mitte 2003 (Umschlagparkplätze auf der inneren Vorfahrt) vergleichbar mit dem 2. Angebot. Auf der Vorfahrt habe vor allem bei schlechtem Wetter ein riesiges Chaos geherrscht; im Parkhaus 6 hingegen wäre das Handling viel besser gewesen. Die Passagiere hätten zwar "einen bisschen längeren Weg" in Kauf nehmen müssen, aber das Gesamt-Package wäre für AP eine "absolut attraktive Lösung" gewesen.

145. Aus dem Argument, sie habe in der Zwischenzeit alle Plätze auf der Vorfahrt beziehungsweise im Parkhaus 2 an Dritte vermietet oder für eine andere Nutzung bestimmt, kann Unique nichts zu ihren Gunsten ableiten: Unique hat diese Plätze nach eigenem Gutdünken verschiedenen Nutzungsarten zugewiesen und hat sie teilweise nach eigenen Interessen an Dritte vermietet. Ob beispielsweise die Mieterin Europcar für die Aufrechterhaltung ihres Betriebes effektiv alle Parkplätze auf der Vorfahrt benötigt oder ohne Einbusse einen Teil davon an AP abtreten könnte, ist unter den Parteien umstritten. Anlässlich des Augenscheins konnte zwar festgestellt werden, dass fast alle Parkplätze von Europcar leer waren, was aber nicht beweist, dass die Plätze während des ganzen Tages, das heisst auch zu Spitzenzeiten, frei sind¹⁶¹. Letztlich kann diese Frage jedoch aus den im Folgenden genannten Gründen offenbleiben.

bb.1 Keine "objektive Unmöglichkeit"

146. Von einer "objektiven Unmöglichkeit", AP beziehungsweise Sprenger die bisherigen Lokalitäten anzubieten¹⁶², kann vorliegend nicht die Rede sein. Es liegt in der Verantwortung von Unique, mit welchen konkreten Mitteln und Massnahmen sie eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG einstellt: Als Massnahme zur Beseitigung der Diskriminierung mag das Anbieten der bisherigen Lokalitäten an AP beziehungsweise Sprenger im Vordergrund gestanden haben. War dies für Unique mit grossen Nachteilen (wie z.B. Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten) verbunden, so bestand die Möglichkeit, AP beziehungsweise Sprenger andere Lokalitäten anzubieten, welche jedoch bezüglich der einzelnen Kriterien (v.a. Standort, Erreichbarkeit und Infrastruktur) gleichwertig sein mussten. Zu denken ist dabei zum Beispiel an ein kleines Kontingent von Parkfeldern auf der linken oder auf der rechten Spur der Terminalvorfahrt, die zurzeit für Taxis, Hotelbusse, "Kiss-and-ride" oder ähnliches ausgeschieden oder an Dritte vermietet sind und nicht zwingend benötigt werden.

147. Unique hätte das aus ihrer Sicht mildeste Mittel wählen können, um den Diskriminierungstatbestand zu beenden. Nur wenn Unique tatsächlich überhaupt keine vergleichbaren Lokalitäten zur Verfügung hätte stellen können, wie sie geltend macht, so wäre ihr letztlich nichts anderes übrig geblieben, als auf die bisherigen Lokalitäten zurückgreifen, allenfalls mit der zivilrechtlichen Konsequenz, die neuen Mieter (Europcar) dafür schadlos zu halten.

148. Ob Unique die bisherigen Parkplätze in der Zwischenzeit an Dritte (Europcar) weitervermietet hat, spielt insoweit keine Rolle. Denn das öffentliche Recht

gibt den zwingenden Rahmen vor, in welchem sich die juristischen und natürlichen Personen privatautonom bewegen und verpflichten können. Die Nichtbefolgung von zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen - wozu unzweifelhaft auch das Verbot missbräuchlichen Verhaltens im Sinne von Artikel 7 KG gehört - kann nicht mit einem freiwillig abgeschlossenen, privatrechtlichen Vertrag mit einem Dritten gerechtfertigt werden.

149. Zudem ist vorliegend zu beachten, dass Unique den Vertrag mit Europcar nur abschliessen konnte, weil Unique zuvor AP den Mietvertrag für die Plätze auf der Vorfahrt gekündigt hatte. Gerade in dieser Kündigung liegt ein missbräuchliches Verhalten. Zwecks Umsetzung ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen muss Unique somit als ultima ratio selbst die einseitige Anpassung von Verträgen mit Dritten in Betracht ziehen, sofern sie die unzulässige Behinderung von AP anders nicht beenden kann oder will.

150. Schliesslich sei erwähnt, dass der Geschäftsführer von AP Unique am 30. Dezember 2003 anfragte, ob es gestattet sei, mit Europcar direkt zu verhandeln, damit Europcar ein paar Plätze an AP untervermieten könnte. Unique hat AP geantwortet, es bestehe ein Vertrag zwischen Unique und Europcar, der keine Untermiete erlaube. Unique hat somit unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass sie einer Untermiete die Zustimmung verweigern würde, selbst wenn Europcar gerne einige Plätze an AP abgegeben hätte¹⁶³. Auch dies verdeutlicht, dass Unique unter keinen Umständen wollte, dass AP ihren Betrieb auf der Vorfahrt wieder aufnehmen kann.

bb.2 Ungenügender Standort

151. Vergleich mit dem ehemaligen Standort von Sprenger (Parkhaus 2): Anlässlich des erwähnten Augenscheins am Flughafen hat das Sekretariat festgestellt, dass das Parkhaus 6 effektiv weniger zentral gelegen ist als der bisherige Standort von Sprenger im Parkhaus 2. Diese Tatsache hat letztlich auch Unique selber bestätigt¹⁶⁴. Der Fussweg zu den Check-in - insbesondere auch zum heute wichtigen Check-in 3 - ist vom Parkhaus 6 aus zum Teil erheblich weiter. Zudem konnte der Kunde vom Parkhaus 2 aus alle Check-in indoor erreichen; parkiert er hingegen im Parkhaus 6, so muss er sich zu Fuss über eine gedeckte Passerelle

¹⁶¹ Unique weist darauf hin, dass die Auslastung während des Tagesverlaufs stark schwanke.

¹⁶² Stellungnahme von Unique.

¹⁶³ Somit erstaunt es kaum, dass AP und Europcar in der Folge davon abgesehen haben, bezüglich Untermiete an Unique zu treten (vgl. aber zweite Stellungnahme von Unique).

¹⁶⁴ Schreiben von Unique: "Zwar trifft es nicht zu, dass das Parkhaus 6 überwiegend für Frachtzwecke benutzt wird, aber es ist in der Tat etwas weniger zentral gelegen als die Parkhäuser 1-3".

im Freien bewegen, wo er bis zu einem bestimmten Grad Wind und Wetter ausgesetzt ist. Während der Kunde früher im Parkhaus 2 auf dem Weg zu den Check-in automatisch die Schalterhalle betreten hatte, welche nur durch eine automatische Tür von den Umschlagparkplätzen abgetrennt war, hätten sich die Parkplätze und der Schalter im Parkhaus 6 auf zwei verschiedenen Etagen befunden, was für die Kunden komplizierter und für Sprenger personalintensiver gewesen wäre. Was umgekehrt die Vorteile des neuen Standorts im Parkhaus 6 für Sprenger gewesen wären, welche diese Nachteile aufgewogen hätten, ist nicht ersichtlich und wird von Unique auch nicht dargelegt.

152. *Vergleich mit dem ehemaligen Standort von AP (innere Vorfahrt)*: Der frühere Standort von AP auf der inneren Vorfahrt direkt vor dem Gebäude mit dem Check-in 2 war sehr zentral gelegen¹⁶⁵, alle Check-in konnten von dort aus in kurzer Geh-Distanz erreicht werden. Das *Parkhaus 6* hingegen liegt deutlich weiter entfernt in Richtung Nord-Ost in der Nähe des Operations Center und der Fracht: Die Distanzen zum Check-in 1, zum Check-in 2 und vor allem zum heute wichtigen Check-in 3 (an dem auch die Passagiere des Check-in 1 abgefertigt werden können) sind erheblich grösser als vom ehemaligen Standort (Vorfahrt). Während der Kunde früher vom Standort auf der Vorfahrt direkt das Check-in 2 betreten konnte und somit "indoor-Zugang" zu den anderen Check-in hatte, muss der Passagier, der im Parkhaus 6 parkiert, einen mehrminütigen Fussweg über eine gedeckte Passerelle im Freien in Kauf nehmen. Wie bereits erwähnt, hat der vom Sekretariat durchgeführte Augenschein aufgezeigt, dass der periphere Standort im Parkhaus 6 schon rein von der Distanz her nicht vergleichbar ist mit dem zentralen Standort auf der inneren Vorfahrt. Dass das Parkhaus 6 effektiv weniger zentral gelegen ist als der frühere Standort von AP, ist im Übrigen auch von Unique bisher nie bestritten worden¹⁶⁶. Schliesslich ist zu beachten, dass AP für die Miete eines Umschlagparkplatzes im Parkhaus 6 CHF 300.- pro Monat hätte bezahlen müssen, ein Umschlagparkplatz auf der Vorfahrt aber das Doppelte gekostet hat, nämlich CHF 600.- pro Monat. Auch diese erhebliche Preisdifferenz zeigt, dass die Plätze auf der Vorfahrt gefragter und für den Dienstleistungserbringer AP wertvoller sind und somit nicht vergleichbar sind mit Plätzen im Parkhaus 6.

153. Wichtig für die Beurteilung des angebotenen Standorts im Parkhaus 6 ist zudem der Umstand, dass dieses 2. Angebot von Unique an AP inhaltlich genau dem eine Woche vorher abgelehnten 1. Angebot an Sprenger entspricht. Bereits im Schreiben vom 17. Dezember 2003 machte das Sekretariat Unique darauf aufmerksam, dass das 1. Angebot an Sprenger (Parkhaus 6) nicht als vergleichbar mit der bisherigen Lokalität (Parkhaus 2) anzusehen sei, weshalb es den Anforderungen der Massnahmenverordnung nicht genügen dürfte¹⁶⁸. Unique war sich also bewusst, dass das Sekretariat nach einer ersten Einschätzung der Situation grundsätzliche Vorbehalte hatte, das Parkhaus 6 als genügendes Angebot für Sprenger zu akzeptieren. Da AP auf der Vorfahrt einen mindestens

ebenso guten beziehungsweise besseren Standort hatte als Sprenger im Parkhaus 2, musste Unique klar sein, dass die Bedenken des Sekretariats bezüglich Parkhaus 6 erst recht und umso mehr auch für AP gelten. Trotzdem wurde AP im 2. Angebot nicht mehr als das zuvor von Sprenger abgelehnte 1. Angebot unterbreitet.

154. Die weitere Distanz zu den Check-in führt dazu, dass die im Parkhaus 6 angebotenen Parking-Dienstleistungen für die Kundschaft von AP beziehungsweise Sprenger deutlich weniger attraktiv wären als die an zentraler Stelle auf der Vorfahrt beziehungsweise im Parkhaus 2 erbrachten Dienstleistungen. Vor allem die zahlreichen anspruchsvolleren Geschäftskunden, die neben den attraktiven Preisen des Valet Parkings von AP beziehungsweise Sprenger auch besonderen Wert legen auf ein einfaches, zuverlässiges, unkompliziertes, effizientes, zeitsparendes und an bester Lage erbrachtes Handling, hätten sich kaum mit dem "Umzug" von AP beziehungsweise Sprenger ins entferntere Parkhaus 6 abgefunden¹⁶⁹. Doch nicht nur für die Geschäfts-, sondern auch für die "gewöhnliche" Ferien-Kundschaft ist die längere Distanz mit Unannehmlichkeiten verbunden (z.B. Gepäcktransport etc.).

155. Die von Unique im Sanktionsverfahren vorgebrachte Argumentation, das Parkhaus 6 sei vergleichbar mit der Vorfahrt, weil AP "vor allem ein sehr kostengünstiges Angebot sicherstellen" wolle und "die Kunden von AP (d.h. Touristen)" die "etwas längeren Wege" in Kauf nehmen würden, ist somit unzutreffend: Sie unterstellt, dass AP nur kostengünstig war und sich somit nur an Touristen wendete. Bis vor dem erzwungenen Wechsel war AP jedoch nicht nur preislich gut positioniert (im Vergleich zu den anderen Parking-Anbietern), sondern auch vom Standort her optimal gelegen. Das Angebot von AP hat deshalb sowohl Touristen wie auch Geschäftsleute gleichermaßen angesprochen¹⁷⁰. Der Hinweis von Unique, dass Touristen längere Fusswege ohne weiteres in Kauf nehmen würden, wird von Unique nicht weiter belegt. Zudem blendet diese Argumentation zu unrecht aus, dass fast die Hälfte der ehemaligen Kundschaft von AP Geschäftsleute waren¹⁷¹, welche mehr an kurzen Distanzen als an günstigen Preisen interessiert sind und den weiteren Weg ins Parkhaus 6 grösstenteils nicht auf sich genommen hätten¹⁷². Analoge Überlegungen gelten auch für Sprenger.

¹⁶⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden die Situationspläne oben in Rz. 17.

¹⁶⁶ Vgl. schon oben Fn. 164. In der Stellungnahme relativierte Unique diese Distanz.

¹⁶⁷ Unique machte anlässlich der Einvernahme selber geltend: "Die Ressource [d.h. Parkplätze auf der Vorfahrt] ist sehr knapp, es ist ein reines marktwirtschaftliches Pricing. Von der Nutzungsart her ist es eine sehr attraktive Fläche".

¹⁶⁸ Vgl. dazu auch oben Rz. 14 und Rz. 152.

¹⁶⁹ Bzw. hätten sich vom Konzeptwechsel vom heutigen Park-and-ride ins Parkhaus 6 nicht wieder gewinnen lassen.

¹⁷⁰ Vgl. schon oben Rz. 129 f.

¹⁷¹ Vgl. oben Rz. 132.

¹⁷² I.d.S. auch Unique in der Einvernahme.

156. Abschliessend ist auch der folgende Umstand zu beachten: AP wurde von Unique vor die Wahl gestellt, entweder weiterhin das (nur unfreiwillig gewählte) Park-and-ride-Konzept mit dem Shuttlebus von ausserhalb des Flughafens aus anzubieten oder aber das 2. Angebot (Parkhaus 6) anzunehmen. Obwohl AP gegenüber dem früheren Konzept auf der Vorfahrt mit dem Park-and-ride-Konzept massive Umsatz- und Gewinneinbussen hinnehmen musste¹⁷³, hat AP es dennoch vorgezogen, dieses Konzept weiterzuführen und nicht ins Parkhaus 6 zu wechseln, da letztere Variante als noch schlechter eingeschätzt wurde¹⁷⁴.

bb.3 Ungenügende Büro-/Schalterinfrastruktur

157. Ein weiterer Nachteil des Angebots Parkhaus 6 war der Umstand, dass sich die Umschlagparkplätze im Geschoss 0, **der Schalter und das Büro** hingegen im Geschoss 2 befunden hätten. Für die Kunden von AP beziehungsweise Sprenger wäre es ungünstig gewesen, wenn sie nach dem Parkieren des Autos zunächst hätten Lift fahren müssen, um zum Schalter für die Formalitäten und die Abgabe des Autoschlüssels zu gelangen. Auf der Vorfahrt hingegen befand sich das Schalterhäuschen in direktem Sichtkontakt zu den Umschlagparkplätzen. Zudem wurde befürchtet, dass das Parkieren im nur wenig belebten Geschoss 0 des relativ düsteren Parkhauses 6 wohl zusätzlich Kundenschaft abgeschreckt hätte¹⁷⁵.

158. Der Sichtkontakt auf der Vorfahrt war auch für die Organisation der Arbeitsabläufe von AP von Vorteil; die Verteilung der Infrastruktur über verschiedene Geschosse hingegen ist arbeits- und personalintensiver und hätte den zusätzlichen Einsatz von Überwachungskameras notwendig gemacht. Entsprechend war und ist sich auch Unique bewusst, dass die Kundenschaft von Valet Parking-Dienstleistungen die örtliche Nähe von Parkplätzen und Schalter erwartet¹⁷⁶. Entsprechendes gilt für Sprenger, dessen Umschlagparkplätze im Parkhaus 2 nur durch eine automatische Schiebetüre von der Schalterhalle mit dem Schalter und dem Büro von Sprenger abgetrennt war.

159. Die Aussage von Unique, das Problem der verschiedenen Stockwerke hätte sich "mit relativ geringem Aufwand" beheben lassen, "es bestünde nämlich ohne weiteres die Möglichkeit, provisorisch einen Schalter auf dem gleichen Geschoss hinzustellen, auf welchem sich auch die Umschlagplätze befinden", wurde erstmals in der Stellungnahme von Unique vom 21. September 2005 vorgebracht. Diese Argumentation erstaunt insofern, als Unique den Umstand, dass Sprenger, der seinen Standort vor über 2½ Jahren ins Parkhaus 3 verlegen musste und bis heute noch über keinen eigenen Schalter und kein eigenes Büro verfügt, stets damit begründet hatte, dass es dafür eine Baubewilligung brauche, welche nur schwierig zu erhalten sei¹⁷⁷.

160. Sodann gingen die Behauptungen von Unique im Sanktionsverfahren, AP habe das 2. Angebot von Unique "vor allem wegen der Unsicherheit infolge der unbestimmten Dauer der Gültigkeit der vorsorglichen Massnahmen abgelehnt", AP habe nur nicht ins Parkhaus 6 gewechselt, weil sie durch die erneute Kon-

zeptänderung einen Verlust an Kunden befürchtete, und der Geschäftsführer von AP habe das 2. Angebot "gerade nicht wegen dessen Qualität abgelehnt [...], sondern einzig im Interesse stabiler Verhältnisse", an der Sache vorbei beziehungsweise sind sogar aktenwidrig.

161. AP machte geltend, die von Unique zitierte Aussage des Geschäftsführers von AP anlässlich des Augenscheins sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass AP damals die off airport-Parkplätze (Hardacker/Balsberg) per Ende 2004 gekündigt waren und das Parkhaus 6 somit noch besser gewesen wäre als überhaupt keine Parking-Dienstleistungen mehr anbieten zu können. AP hat das 2. Angebot von Unique im Übrigen unverzüglich und mit unmissverständlichen Worten abgelehnt, weil es aus der Sicht von AP bei Weitem nicht vergleichbar war mit dem Standort auf der Vorfahrt¹⁷⁸. Entgegen den Ausführungen von Unique hat AP dabei von allem Anfang an sehr wohl begründet, aus welchen Gründen sie das Angebot 2 (Parkhaus 6) nicht annehmen wollte: Bereits mit Einschreiben vom 23. Dezember 2003 wies AP Unique darauf hin, dass das 2. Angebot den Anforderungen der Verfügung nicht genüge, weil die Lokalisation in der Nähe der Fracht im Vergleich zu vorher eine "wesentlich schlechtere Position" darstellten und da es sich bei diesem 2. Angebot um nichts anderes als das zuvor von Sprenger abgelehnte 1. Angebot handle¹⁷⁹. Hätte Unique AP die bisherigen Lokalisationen auf der Vorfahrt oder vergleichbare Lokalisationen angeboten, so hätte AP den Wechsel zurück an den Flughafen ohne weiteres auf sich genommen¹⁸⁰. Nicht die angebliche Angst vor dem erneuten Konzeptwechsel, sondern die Unzulänglichkeiten des 2. Angebots von Unique haben AP dazu veranlasst, das Angebot abzulehnen und stattdessen das unbefriedigende Shuttlebus-Konzept vorübergehend weiter zu betreiben.

162. Schliesslich machte Unique geltend, eine Wiederbenützung der Umschlagplätze und des Schalters auf der Vorfahrt sei nicht möglich, da die Plätze vollumfänglich weitervermietet seien beziehungsweise

¹⁷³ Vgl. dazu oben Rz. 132 ff.

¹⁷⁴ Erst als ultima ratio hätte AP den Wechsel ins Parkhaus 6 akzeptiert; vgl. Protokoll der Einvernahme.

¹⁷⁵ So der Hinweis von Herrn Sprenger anlässlich des Augenscheins; anders die Stellungnahme von Unique.

¹⁷⁶ Protokoll der Einvernahme, vgl. auch unten Fn. 182.

¹⁷⁷ Im Vertrag von Unique mit Sprenger vom 15.5.2006 ist nun aber festgehalten: "Die Erarbeitung des Baubewilligungsgesuchs wird bei Unique unverzüglich aufgenommen und mit höchster Priorität vorangetrieben. Zudem setzt sich Unique im Rahmen ihrer Möglichkeiten für eine speditive Behandlung des Gesuchs bei den Behörden ein".

¹⁷⁸ So der Geschäftsführer von AP auf die Frage nach einem Ranking der verschiedenen Möglichkeiten: "Am liebsten wäre uns die Vorfahrt gewesen, dann das Park-and-ride und am Schluss das Parkhaus 6".

¹⁷⁹ So das Schreiben von AP an Unique und das Sekretariat. Vgl. auch die Telefonnotiz von Unique, wonach der Geschäftsführer von AP Unique sagte, dass das 2. Angebot nicht gleichwertig sei mit dem Zustand, der bis Ende Juni 2003 bestand.

¹⁸⁰ Dazu und zum Folgenden Schreiben von AP an Unique und an das Sekretariat. Vgl. auch die Hinweise des Geschäftsführers von AP im Protokoll der Einvernahme und im Protokoll der Anhörung.

der Schalter "infolge abgelaufener Baubewilligung abzureissen" sei¹⁸¹. Anlässlich der Einvernahme machte Unique nicht mehr den "Ablauf der Baubewilligung" für den zwischenzeitlich erfolgten Abriss des Schalters von AP geltend, sondern den Umstand, dass der Schalter "ein Schandfleck" gewesen sei und dass die Nachfrage nach dem Schalter nach dem Verschwinden von AP vom Flughafen nicht mehr da gewesen sei. Europcar hingegen gesteht Unique auf der Vorfahrt sogar zwei Schalterhäuschen zu, obwohl auch diese Europcar-Häuschen "ein Schandfleck" seien¹⁸². Der Augenschein hat gezeigt, dass das eine Häuschen von Europcar - das sogar erst nach dem Abriss des AP-Häuschens neu errichtet wurde - gar nicht genutzt wird und deshalb seit längerer Zeit leer steht. Der Umstand, dass Unique das Häuschen von AP aus welchen Gründen auch immer hat abreißen lassen, ist jedenfalls kein Grund dafür, dass Unique AP nicht ein anderes Häuschen zur Verfügung stellen könnte: Entweder hätte Unique das neu erstellte, aber von Europcar nicht genutzte Häuschen an AP vermieten können oder aber Unique hätte für AP - wie Unique es für Europcar kürzlich auch gemacht hat - ein neues Häuschen errichten können. Das Argument von Unique, AP könne kein Standort auf der Vorfahrt gewährt werden, weil kein Schalter mehr verfügbar sei, ist somit unbehilflich.

bb.4 Schlussfolgerung

163. Diese Erwägungen zeigen, dass das Angebot von Unique an Sprenger beziehungsweise AP, welches für die Verfahrensdauer als Standort das Parkhaus 6 vorgesehen hätte, den früheren Konzepten von Sprenger und AP (Valet Parking-Konzept im Parkhaus 2 bzw. auf der inneren Vorfahrt) deutlich unterlegen war. Selbst wenn Sprenger beziehungsweise AP dieses Angebot angenommen hätten, hätte dennoch kein wirksamer Wettbewerb stattgefunden, weil Sprenger beziehungsweise AP als Konkurrenten von Unique auf dem benachbarten Markt immer noch erheblich behindert gewesen wären. Unabhängig von diesem ungenügenden Angebot ist das Verhalten von Unique weiterhin als unzulässig im Sinne von Artikel 7 KG zu beurteilen.

cc) Angebot "Parkhaus 3" (2. Angebot an Sprenger)

164. Weil die bisherigen Parkplätze im Parkhaus 2 an einen anderen Mieter (Europcar) weitervermietet worden seien und es deshalb "objektiv nicht möglich" sei, diese Plätze weiter an Sprenger zu vermieten¹⁸³, hat Unique Sprenger als 2. Angebot "längstens bis zum Abschluss des vorsorglichen Massnahmeverfahrens" Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (Geschoss 2)¹⁸⁴ angeboten mit der Einschränkung, dass im Parkhaus 3 zurzeit keine verfügbaren Schalterräume bestehen. Man habe Kontakt mit einer Mietwagenfirma aufgenommen, um die Untermiete eines Schalters zu klären. Zudem stehe es Sprenger "einstweilen frei, in dieser Zone selbst eine Baracke aufzustellen und als Schalterraum zu nutzen", was aber eine Baubewilligung erfordere¹⁸⁵.

165. Sprenger lehnte das 2. Angebot von Unique zunächst umgehend ab, unter anderem mit der Begründung, er sei auf eine funktionierende Büroinfrastruktur angewiesen. Nachdem Unique am 8. Januar 2004 die Zufahrt zum Standort im Parkhaus 2 mittels einer Barriere abgeschlossen hatte, wechselte Sprenger seinen Betrieb unter Protest ins Parkhaus 3.

166. Im Folgenden wird näher dargelegt, dass das 2. Angebot von Unique an Sprenger zwar bezüglich Standort akzeptabel war, hingegen wurde Sprenger bis heute keine eigene Büro- und Schalterinfrastruktur angeboten. Zudem bestanden und bestehen Probleme bezüglich Beschilderung und Information der Kundschaft.

167. Vorab ist auch bezüglich Sprenger festzuhalten, dass trotz Weitervermietung der ehemaligen Parkplätze im Parkhaus 2 an Dritte von einer "objektiven Unmöglichkeit", die von der Weko verfügten Massnahmen umzusetzen beziehungsweise das missbräuchliche Verhalten einzustellen¹⁸⁶, aus den oben genannten Gründen¹⁸⁷ nicht die Rede sein kann.

cc.1 Standort

168. Anlässlich des *Augenscheins* vom 3. November 2004 konnte das Sekretariat die *Lage* der heutigen und ehemaligen Umschlagparkplätze und des Schalters von Sprenger und deren *Entfernung von den Check-in* überprüfen. Der ehemalige Standort von Sprenger im Parkhaus 2 (frühere Bezeichnung: Parkhaus E, 5. Stock) war für die Passagiere des Check-in 1 und des Check-in 2 sehr gut gelegen, da sich das Parkhaus 2 ziemlich in der Mitte der Terminals befindet¹⁸⁸. Der heutige Standort im Parkhaus 3 erscheint zwar auf den ersten Blick weniger günstig, da das Parkhaus 3 dezentraler liegt als das mittlere Parkhaus 2. Insbesondere diejenigen Passagiere, die im Check-in 1 einchecken wollen, haben heute einen deutlich weiteren Fussweg zurückzulegen. Hingegen ist zu beachten, dass direkt unterhalb des neuen Standortes von Sprenger im Parkhaus 3 das neue, wichtige Check-in 3 eröffnet worden ist, an dem auch die Passagiere des Check-in 1 einchecken können. Durch diese Neuorganisation des Check-in liegt der an sich nicht gerade zentrale Standort von Sprenger aus heutiger Sicht im Wesentlichen wohl doch ebenso günstig wie der ehemalige Standort¹⁸⁹. Rein bezüglich dieses Kriteriums "Standort" dürfte das 2. Angebot

¹⁸¹ Schreiben von Unique an AP und Eingabe, wonach Unique unter den gegebenen Umständen die "bestmöglichen Angebote" unterbreitet habe.

¹⁸² Protokoll der Einvernahme: "Das ist ein Kompromiss, weil die Betreiber dieser Dienstleistung möglichst etwas Billiges wollen und möglichst in der Nähe der Autos; also macht man das. Aber wir sind gar nicht glücklich, weil vom optischen Bild her sieht das gar nicht gut aus".

¹⁸³ Stellungnahme von Unique

¹⁸⁴ Vgl. die Situationspläne oben in Rz. 17.

¹⁸⁵ Schreiben von Unique an Sprenger.

¹⁸⁶ Stellungnahme von Unique.

¹⁸⁷ Vgl. oben Rz. 145 ff.

¹⁸⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden die Situationspläne oben in Rz. 17.

¹⁸⁹ I.d.S. auch Sprenger im Protokoll der Einvernahme; vgl. auch Stellungnahme von Unique.

von Unique somit unproblematisch sein. Bei der Beurteilung darf nicht nur auf den Standort abgestellt werden, entscheidend ist vielmehr das Gesamtpaket¹⁹⁰, das heisst insbesondere auch die angebotene Infrastruktur.

169. Das Problem des 2. Angebots von Unique war und ist nicht die Lage des neuen Standorts, sondern zum einen die für Sprenger *beschwerliche Übergangszeit* vor allem im Winter und Frühjahr 2004, zum anderen die am neuen Standort nicht beziehungsweise nicht ausreichend vorhandene *Schalter- und Büroinfrastruktur sowie die ungenügende Beschilderung und Beschriftung*.

cc.2 Probleme während der Übergangszeit im Winter und Frühjahr 2004

170. Nachdem Unique am 8. Januar 2004 die Zufahrt zu den Parkplätzen von Sprenger im Parkhaus 2 mit einer Barriere abgeschlossen hatte, konnte die Kundschaft Sprenger nicht mehr am gewohnten Standort erreichen. Unique stellte Sprenger vor die Wahl, entweder sein Geschäft sofort aufzugeben oder seinen Standort unverzüglich ins Parkhaus 3 zu verlegen. Unter Protest fügte sich Sprenger und musste in der Anfangsphase den zurückkehrenden Kunden erklären, dass sie ihr Auto nun an einem anderen Ort - nämlich im Parkhaus 3 - abholen müssen.

171. Für einen Parking-Dienstleistungsanbieter, der einerseits vom Vertrauen seiner Kundschaft in eine gewisse Beständigkeit und Seriosität des Anbieters lebt und andererseits seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten immer am selben Ort auffindbar war, stellt ein Standortwechsel naturgemäss einen gravierenden Einschnitt in den Geschäftsgang dar. Sowohl Sprenger als auch Unique mussten damit rechnen, dass durch den Umzug von Sprenger zahlreiche (Stamm-)Kunden verloren gehen können, sei es, weil sie ihr Vertrauen verlieren oder weil ihnen der Wechsel zum neuen Standort zu umständlich ist oder weil sie schlicht den neuen Standort nicht mehr auffinden¹⁹¹. Im vorliegenden Fall handelte es sich aufgrund des Standortwechsels von Sprenger jedoch nicht nur um "gewöhnliche Übergangsprobleme"¹⁹², sondern um eine einschneidende Änderung der von Sprenger angebotenen Dienstleistung, welche - ex ante betrachtet - zu einer unverhältnismässig grossen, sogar existenzbedrohenden Einbusse bei Sprenger führen konnte.

172. Wenn Unique Sprenger mit dem 2. Angebot schon zu diesem einschneidenden Standortwechsel "gezwungen" hat - Unique war dies gestützt auf Artikel 7 KG beziehungsweise die Massnahmenverfügung nicht kategorisch verwehrt -, so hätte man doch von allen Beteiligten erwarten dürfen, dass sie mitgeholfen hätten, die Sprenger durch den Wechsel entstehenden Nachteile und potenziellen Risiken im Rahmen des Machbaren abzufedern. Die Geschäftsführer sowie die Mitarbeiter von Sprenger haben ihren Beitrag geleistet, indem sie über Monate unter teilweise widrigen Umständen ohne Schalter das Geschäft mit viel Flexibilität weiterführten, die Kundenwünsche so gut als möglich zu befriedigen versuchten

und alles unternommen haben, ihren Kundenstamm nicht weiter zu gefährden. Auch von Unique wäre ein gewisser Beitrag zur Verminderung der durch den Umzug verursachten übermässigen Nachteile von Sprenger zu erwarten gewesen. Als Mittel wäre beispielsweise in Frage gekommen, dass Unique die Information der Sprenger-Kundschaft unterstützt beziehungsweise intensiviert hätte: Unique hätte zum Beispiel während der schwierigen Übergangsphase zur Kompensation der Nachteile gewisse "Sonderleistungen" erbringen können wie insbesondere vorübergehender Verzicht auf das Beharren auf dem funktionalen Beschriftungsreglement, Instruktion und Anweisung der Flughafeninformationsdienste zu präziser Information der Sprenger-Kundschaft, längerer Einsatz eines Wachmanns bei der Einfahrt zum Parkhaus 2 etc.¹⁹³ Auf Seiten von Unique sind jedoch kaum positive Anstrengungen ersichtlich. Wie im Folgenden gezeigt wird, hat Unique vielmehr passiven Widerstand geleistet oder sich sogar destruktiv verhalten.

cc.3 Ungenügende Büro-/Schalterinfrastruktur

173. Weiter ist am 2. Angebot von Unique zu bemängeln, dass Sprenger am neuen Standort über *keinerlei Büro- und Schalterräumlichkeiten* verfügte. Unique wies Sprenger darauf hin, dass alle vorhandenen Büros und Schalter an Mietautofirmen vermietet seien und das Aufstellen einer Baracke einer Baubewilligung bedürfe, welche allerdings nicht innerhalb einer nützlichen Frist zu erhalten sei.

174. Entgegen der von Unique im Sanktionsverfahren vertretenen Auffassung, es gehe vorliegend nur um die Regelung einer provisorischen Situation, was "naturgemäss mit möglichst geringem Aufwand erfolgt"¹⁹⁴, ist zu beachten, dass Unique einerseits die Vorgaben der Massnahmenverfügung hätte erfüllen müssen, aber sich andererseits auch generell nicht mehr im Widerspruch zu Artikel 7 KG hätte verhalten dürfen. Worin die Weko missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG erblickt, konnte Unique dem Dispositiv der Massnahmenverfügung entnehmen, welches sie explizit dazu verpflichtete, Sprenger und AP "Flughafeneinrichtungen (insb. Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten". Hierbei handelte es sich um eine Zielvorgabe, welche es Unique überliess, die Art und Weise der konkreten Umsetzung selber zu wählen. Es lag und liegt somit in der Verantwortung von Unique zu entscheiden, ob sie zur konkreten Umsetzung dieser Verpflichtung auf die bestehende Infrastruktur zurückgreift oder ob sie eine neue Infrastruktur bereit stellt. Unique darf die Aufgabe des unzulässigen Verhaltens im Sinne von Artikel 7 KG (wie auch die Umsetzung der Massnahmen) zwar grundsätzlich "mit möglichst geringem

¹⁹⁰ So auch Unique im Protokoll der Einvernahme.

¹⁹¹ I.d.S. auch die Aussage vom CFO von Unique: "mit Umstellungen haben Kunden immer Probleme".

¹⁹² So aber Stellungnahme von Unique.

¹⁹³ Vgl. Rz. 179 ff.

¹⁹⁴ So die zweite Stellungnahme von Unique.

Aufwand" vornehmen¹⁹⁵, im Ergebnis muss aber die Behinderung von Sprenger wegfallen. Mit anderen Worten muss Sprenger unter anderem das für den Betrieb seines Unternehmens notwendige Büro mit Schalter mietweise zur Verfügung gestellt werden.

175. Konkrete Vorschläge von Sprenger - wie zum Beispiel das Aufstellen eines Containers - hat Unique stets abgelehnt. Über Wochen hat sich Sprenger deshalb mit einer Notlösung behelfen müssen. Angestellte von Sprenger nahmen die Schlüssel der Kundschaft während der kalten Wintermonate im offenen Parkhaus 3 in Empfang und lagerten sie in einem Kleinbus als Notbüro. Erst im März 2004 ist es dann zu einem Untermietvertrag zwischen Sprenger und Budget Rent-a-Car (Budget), einer Mietautofirma, die das hinterste der fünf Büros im 2. Stock des Parkhauses 3 gemietet hat, gekommen. Unique hat dieses Untermietverhältnis gebilligt. Als Gegenleistung für das Entgegenkommen von Budget muss Sprenger Budget einerseits Mietzins bezahlen, andererseits müssen Angestellte von Sprenger zu Randzeiten zusätzlich auch Budget-Kunden bedienen und abfertigen, was die Bedienung der eigenen Kundschaft zusätzlich erschwert. Unvorteilhaft ist die aktuelle Lösung auch, weil es für Budget und Sprenger wegen der gemeinsamen Nutzung desselben Büros nicht einfach ist, Geschäftsgeheimnisse zu wahren.

176. Der kleine Raum, den Budget mit Sprenger teilt, wird in der Mitte durch eine Theke getrennt. Auf der einen Seite befinden sich die Büroarbeitsplätze von Budget und Sprenger, auf der anderen Seite warten die Kunden von Budget und Sprenger. Da der Raum klein ist, müssen die Kunden zum Teil ausserhalb des Raumes, das heisst draussen im (z.T. windigen und nicht geheizten) Parkhaus warten, Toiletten gibt es in der Nähe keine. Im Vergleich zu früher ist diese Büro-/Schalterinfrastruktur deutlich schlechter: Früher betraten die Kunden aus dem Parkhaus 2 eine - grosszügige (im Winter beheizte) Halle, die von Schaltern und Büros umgeben war. Neben den Mietwagenfirmen verfügte Sprenger dort über einen eigenen Schalter mit separatem Büro, welches er allein nutzen und abschliessen konnte. Für die Kunden gab es einen grossen Warteraum mit Sitzgelegenheiten und Toiletten.

177. Unique hatte nie geltend gemacht, dass sie konkrete Schritte unternommen hätte, um diesen Missstand zu beheben und Sprenger zu einem eigenen Büro/Schalter zu verhelfen. Dass Unique im Gegenteil die unbefriedigende Situation von Sprenger abwartend und bewusst hingenommen hat, geht aus einer E-Mail von Unique bezüglich Sprenger hervor: "Die Annahme der Fahrzeuge funktioniert zurzeit im System 'Bauchladen'. Dieser Betrieb wird vorläufig so aufrechterhalten bis ein Entscheid der Rekurskommission in Wettbewerbsfragen eintrifft", das heisst über das Inkrafttreten der KG-Revision (1.4.2004) hinaus. Zudem hat sich Unique hinter der Begründung versteckt, man dürfe im Parkhaus ohne Baubewilligung keine Schalter/Büros errichten. Obwohl seit der Massnahmenverfügung der Weko 2½ Jahre vergangen

sind, hat Unique diesbezüglich bis Mitte 2006 noch nichts unternommen¹⁹⁶.

178. Die aktuelle Situation bezüglich Büro, Schalter und Infrastruktur für die Kundschaft von Sprenger ist somit - entgegen der Argumentation von Unique - für Sprenger auch heute noch nicht zumutbar im Vergleich mit der Situation bis Ende 2003. Immerhin hat sich Unique im Rahmen der einvernehmlichen Regelung am 15. Mai 2006 verpflichtet, sich nun unverzüglich um die Baubewilligung zu kümmern und Sprenger am neuen Standort doch noch eigene Büroräumlichkeiten zu vermieten¹⁹⁷. Sobald Unique diese Verpflichtung - voraussichtlich nach der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Weko - umsetzen wird, dürfte bezüglich Vermietung von Infrastruktur kein missbräuchliches Verhalten mehr vorliegen.

cc.4 Ungenügende Beschilderung und Beschriftung

179. Ein weiteres Problem des neuen Standortes von Sprenger ist die Beschilderung und Beschriftung. Auch hier war es für Sprenger wie für Unique klar, dass Sprenger beim erzwungenen Umzug an den neuen Standort viele (Stamm-)Kunden verloren gehen, wenn der neue Standort nicht ohne grösseren Aufwand auffindbar ist. Nicht nur von Sprenger, sondern auch von Unique hätte man somit erwarten dürfen, dass sie dieser Problematik mit vertretbarem Aufwand entgegenwirken würde. In der Praxis war jedoch das Gegenteil der Fall¹⁹⁸:

180. Früher erreichten die Kunden Sprenger über die Vorfahrt. Direkt bei der Einfahrt ins Parkhaus 2 war ein Schild mit dem Hinweis auf Sprenger angebracht; die Umschlagparkplätze von Sprenger befanden sich unmittelbar nach der Einfahrt ins Parkhaus auf der linken Seite. Nach dem erzwungenen Umzug von Sprenger am 8. Januar 2004 stellte Unique zwar einen Wachmann vor die Einfahrt zu Sprengers ehemaligen Parkplätzen, der die Kunden von Sprenger an der Durchfahrt hinderte und sie auf den neuen Standort von Sprenger hinwies. Dieser Wachmann stand jedoch nur zwei Wochen dort, anschliessend fanden die Kunden nur noch eine verschlossene Barriere sowie eine Hinweistafel.

¹⁹⁵ Vgl. die zweite Stellungnahme von Unique.

¹⁹⁶ Vgl. auch die Aussage von Unique zit. oben in Rz. 159.

¹⁹⁷ Die entsprechende Vereinbarung im Vertrag von Unique mit Sprenger lautet: "Unique verpflichtet sich, Sprenger am heutigen Betriebsstandort (Parkhaus 3, Geschoss 2) eigene Büroräumlichkeiten im Umfang von maximal 30 m² Bürofläche zur Verfügung zu stellen. Dies soll durch die Erstellung eines zusätzlichen Bürocontainers erfolgen. Die entsprechende Investition erfolgt durch Unique, welche danach die Räumlichkeiten an Sprenger vermietet. Die Erarbeitung des Baubewilligungsgesuchs wird bei Unique unverzüglich aufgenommen und mit höchster Priorität vorangetrieben. Zudem setzt sich Unique im Rahmen ihrer Möglichkeiten für eine speditive Behandlung des Gesuchs bei den Behörden ein. In jedem Fall verpflichtet sich Unique, Sprenger mit gleichen Konditionen zu belasten, wie sie auch für die auf demselben Geschoss ansässigen Mietwagenfirmen gelten".

¹⁹⁸ Anders Stellungnahme von Unique.

181. Neu erreichen die Kunden Sprenger nicht mehr über die Vorfahrt, sondern durch die Einfahrt ins Parkhaus 3. Gleich nach der Einfahrt muss die Sprenger-Kundschaft in die linke Fahrspur einspuren und nach links abbiegen. Die Hinweistafel aus Metall mit der Aufschrift "Sprenger Autobahnhof AG" ist - wie der Augenschein gezeigt hat - eher klein, ungünstig positioniert und schlecht sichtbar; dies im Gegensatz zu grösseren und beleuchteten Tafeln, die auf die Mietautofirmen ("rental car return") hinweisen und von Unique angebracht worden sind. Auch die Tafeln von Sprenger auf der 2. Etage des Parkhauses 3 erscheinen neben den Leuchttafeln der Mietwagenfirmen eher bescheiden und leicht übersehbar.

182. Noch schwieriger ist es für die von der Reise zurückkehrenden Sprenger-Kunden: Wenn sie im Terminalgebäude vor der Schalterhalle der Mietwagenfirmen stehen, sehen sie sechs grosse Leuchttafeln mit den Namen der Mietwagenfirmen (Europcar, Hertz, Avis, Budget, Sixt und National/Alamo)¹⁹⁹; ein Pfeil weist die Kundschaft links in Richtung Schalterhalle. Die zurückkehrenden Sprenger-Kunden hingegen finden an dieser Stelle keinen Hinweis, dass sie nach rechts zu den Liften gehen müssen, um in den 2. Stock des Parkhauses 3 zu gelangen. Die Hinweistafel, die Sprenger an diesem Ort neben den Schildern der Mietwagenfirmen anbrachte, musste Sprenger auf Geheiss von Unique wieder entfernen, da sie nicht den "Signaletik-Normen" entsprochen habe: Da Unique Sprenger aber keine reglementkonforme Tafel zur Verfügung stellte, sind bis heute an dieser Stelle keinerlei Hinweise auf Sprenger angebracht. Auch im Lift befindet sich beim Knopf für die Etage 2 nur der Hinweis "Autorücknahme", der sich insbesondere auf die Rücknahme der Mietautos durch die Mietautofirmen bezieht. Unique lässt keine Beschriftung zu, die konkreter auf Sprengers Parkingservice hindeutet, da nur "funktionale Beschriftungen" zulässig seien. Sprenger macht geltend, dass gerade dieses ungünstige, von Unique angeordnete Beschriftungskonzept vor allem in der Phase nach dem Umzug an den neuen Standort dazu geführt habe, dass sehr viele Kunden Sprenger nicht mehr gefunden hätten, wütend wurden und so letztlich im Parkhaus von Unique parkiert hätten²⁰⁰. Heute sei es von zehn Kunden noch einer, der Sprenger nicht finde; die anderen neun seien schon mal am neuen Standort gewesen und wissen jetzt, wo Sprenger sei.

183. Auch im *Firmenverzeichnis der Internet-Homepage von Unique* ist zwar Europcar aufgelistet, aber weder Sprenger noch AP werden erwähnt²⁰¹. Die Suche mit dem Stichwort "Valet Parking" ergibt den Treffer: "1 Firma mit 1 Eintrag gefunden", wobei dieser Hyperlink ausschliesslich auf das Valet Parking von Europcar verweist²⁰². Auch dieser Umstand zeigt auf, dass Unique die Flughafenbenutzer nur selektiv auf die eigenen Parkingangebote und die Parkingdienstleistungen von Europcar hinweist, aber Sprenger mit keinem Wort erwähnt. Obwohl es sich auch bei Sprenger um eine der 180 Firmen handelt, die am Flughafen ihre Dienstleistungen anbieten und Unique sowohl Mietzins als auch Umsatzabgaben bezahlen und obwohl die Aufnahme von Sprenger in die ent-

sprechende Datenbank von Unique mit geringstem Aufwand durchführbar wäre, wird Sprenger nicht als gleichwertige Geschäftspartnerin von Unique behandelt. Auch diese unterschiedliche Behandlung von Sprenger stellt eine Behinderung im Wettbewerb dar.

184. Durch den erzwungenen Umzug von Sprenger an einen neuen Standort hätte aus Sicht der Kundschaft und somit auch von Sprenger ein *stark erhöhter Bedarf nach Information und Signalisation* bestanden. Diesem Bedürfnis hat Unique in einer Art und Weise Rechnung getragen, welche weder den Vorgaben der Massnahmenverfügung der Weko noch Artikel 7 KG entspricht. Immerhin hat sich Unique nun im Rahmen der einvernehmlichen Regelung am 15. Mai 2006 vertraglich verpflichtet, Sprenger in das bestehende Beschriftungs- und Wegweisungskonzept des Flughafens einzubinden²⁰⁴. Sobald Unique diese Verpflichtung - voraussichtlich nach der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Weko - umsetzen wird, dürfte diesbezüglich kein missbräuchliches Verhalten mehr vorliegen.

cc.5 Entwicklung der Geschäftszahlen von Sprenger

185. Unique bestätigt explizit, dass Sprenger Kunden an Europcar verloren hat²⁰⁵. Dem ist hinzuzufügen, dass auch *Unique selber* durch die Verlagerung der Kundschaft von Sprenger weg erheblich profitiert hat. Unique weist darauf hin, dass sich die genannten Schwierigkeiten von Sprenger vor allem in der Phase des Umzugs auch in den Frequenz- und Umsatzzahlen

¹⁹⁹ Das Argument von Unique, am Flughafen seien ausschliesslich funktionale Bezeichnungen, nicht aber Wegweiser mit Hinweisen auf Firmennamen erlaubt, ist somit unzutreffend.

²⁰⁰ Vgl. die Stellungnahme von Sprenger an die REKO/WEF. Sprenger weist auch auf einzelne Fälle von Kunden hin, die auf der Suche nach Sprenger bzw. ihrem Auto von Mitarbeitern von Europcar absichtlich in die Irre geführt worden seien bzw. vom Informationssdienst von Unique die unzutreffende Auskunft erhalten hätten, Sprenger existiere nicht mehr.

²⁰¹ Vgl. <http://www.flughafen-zuerich.ch/ZRH/?ID_site=1&ID_Level1=7&ID_Level2=37&d=cnt/ACON/con_kundenliste_abc_sp.asp&a2=37&u=1&sp=de&le=2&t=Firmenverzeichnis> (besucht am 10.10.2005). Auch nachdem Unique die entsprechende Kritik der Wettbewerbsbehörden kannte, hat sie Sprenger nicht in die Datenbank aufgenommen, wie erneute Besuche der Internet-Homepage von Unique am 23.12.2005 und am 19.7.2006 aufzeigte.

²⁰² Vgl. <http://www.flughafen-zuerich.ch/ZRH/?ID_site=1&sb=valet%20parking&le=2&d=cnt/ACON/DE/con_kundenliste.asp&sp=de&u=1&t=Firmenübersicht&ID_Level1=7&ID_Level2=37&a2=37/> (besucht am 10.10.2005, 23.12.2005 und am 23.6.2006).

²⁰³ Das schon im Massnahmeverfahren von Unique unberechtigt vorgebrachte Argument, es gehe nur um die Regelung einer provisorischen Situation, was "naturgemäss mit möglichst geringem Aufwand erfolgt" (so die zweite Stellungnahme von Unique), ist somit im vorliegenden Untersuchungsverfahren erst recht haltlos.

²⁰⁴ Die entsprechende Vereinbarung im Vertrag von Unique mit Sprenger lautet: "Sprenger wird in das bestehende Beschriftungs- und Wegweisungskonzept des Flughafens Zürich eingebunden; d.h. insbesondere: Sprenger wird nach der Einfahrt ins Parkhaus 3 mit Leuchtwegweiser beschildert; vor dem Eingang zu den Schaltern der Mietwagenfirmen wird für Sprenger eine Logo-Tafel analog jeder der im Schalterraum vertretenen Firmen angebracht, wobei auf dieser Tafel textlich auf den Standort des Sprenger-Schalters hingewiesen werden kann".

²⁰⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden schon oben Rz. 133.

von Sprenger niedergeschlagen haben: Während im ersten Halbjahr 2004 gegenüber dem ersten Halbjahr 2003 Europcar, welche die Kundenautos in den Parkhäusern von Unique parkiert, ein Umsatzplus von [20%-30%] und Unique selber in den Parkhäusern ein Umsatzplus von [10%-20%] erzielen konnte, erlitt Sprenger im selben Zeitraum einen Umsatzrückgang von [10%-20%].

186. Noch dramatischer sind die Zahlen, wenn man nur das erste Quartal des Standortwechsels (d.h. Januar bis März 2004) berücksichtigt: In diesen drei Monaten sank der Bruttoumsatz von Sprenger gegenüber dem ersten Quartal 2003 um [30%-40%]. Wie bereits erwähnt, hält sogar Unique fest, dass die Zah-

len im Geschäft mit Parking-Dienstleistungen am Flughafen Zürich eindeutig aufzeigen, dass die von Sprenger und AP erlittenen Umsatz- und Frequenzeinbussen durch entsprechende Zunahmen bei Europcar und somit letztlich auch Unique selber kompensiert beziehungsweise aufgefangen wurden.

187. Nach der Interpretation von Unique erlitt Sprenger von 2001 bis 2004 einen kontinuierlichen Umsatzrückgang, wobei es sich beim Umsatzrückgang im Jahr 2004 um "gewöhnliche Übergangsprobleme" gehandelt haben soll²⁰⁶. Dass dieser Rückgang im Jahr 2004 nicht "gewöhnlich" war, zeigt ein Vergleich der Parkingerträge beziehungsweise Parking-Umsatzzahlen von Sprenger und Unique²⁰⁷:

Tabelle 2: Parking-Umsätze von Unique und Sprenger

Jahr \ Umsatz	Unique		Sprenger	
	insgesamt/ bereinigt ²⁰⁸	Veränderung gegenüber Vorjahr	insgesamt	Veränderung gegenüber Vorjahr
2001	46,9 / [...] Mio.		[...] Mio.	
2002	44,4 / [...] Mio.	- 5 / - [...]%	[...] Mio.	- [...]%
2003	46,1 / [...] Mio.	+ 4 / - [...]%	[...] Mio.	- [...]%
2004	54,1 / [...] Mio.	+ 17 / + [...]%	[...] Mio.	- [...]%

188. Beim direkten Vergleich dieser Zahlen fällt auf, dass der Umsatz sowohl von Unique als auch von Sprenger im Jahr 2002 zurückging. Im Jahr 2003 verzeichnete Sprenger erneut einen (leichteren) Rückgang, während sich die Parkingerträge von Unique leicht verbesserten (dem Geschäftsbericht 2003 ist zu entnehmen: "Hier wirkt sich die Parkgebührenerhöhung positiv aus [...]") beziehungsweise ganz leicht verschlechterten (so die "bereinigten" Erträge). Im Jahr 2004 hingegen, in welchem es ein starkes Plus an Lokalpassagieren gab (12,1%), ist auffällig, dass sich der Umsatzrückgang von Sprenger noch verstärkte [minus 10%-20%], während Unique eine erhebliche Umsatzzunahme erzielen konnte [plus 10%-20%]. Das Argument von Unique, Sprenger habe von 2001 bis 2004 einen kontinuierlichen Umsatzrückgang erlitten, was beweise, dass der Standortwechsel keinen Einfluss hatte, ist somit unzutreffend.

189. Dieser Umsatzrückgang über Gebühr bei Sprenger ist nicht nur mit der Umstellung des Geschäftsbetriebs zu erklären, verstärkend hat auch das **Verhalten beziehungsweise Unterlassen von Unique** gewirkt. Durch dieses nicht kooperative beziehungsweise teilweise sogar destruktive Verhalten beziehungsweise Unterlassen hat Unique - wenn nicht beabsichtigt - sodann doch zumindest in Kauf genommen, dass Sprenger wegen des Umsatz- und Kundenverlusts infolge des Standortwechsels nach über vierzigjähriger Firmengeschichte sein Geschäft hätte aufgeben müssen und Europcar beziehungsweise Unique die

Kundschaft beziehungsweise einen Teil davon hätten übernehmen können.

190. Unique führt sodann den Umstand, dass sich der Geschäftsgang von Sprenger in der letzten Zeit doch teilweise erholt hat, als Beweis dafür an, dass das Angebot an Sprenger es diesem offensichtlich ermöglichen, seinen Geschäftstätigkeiten für die Verfahrensdauer weiterhin konkurrenzfähig nachzugehen. Unique kann diesen Umstand jedoch höchstens zu einem kleinen Teil zu ihren Gunsten geltend machen²⁰⁹: Denn einerseits dürfen die Probleme während der Übergangsphase, welche Unique durch ihr Verhalten noch verstärkt hat, nicht einfach ignoriert werden. Und andererseits ist zu beachten, dass die sich nun einstellende Erholung des Geschäftsverlaufs von

²⁰⁶ Vgl. schon oben Rz. 171 und Fn. 192 m.Nw.

²⁰⁷ Quelle von Unique: Geschäftsberichte 2001, 2002, 2003, 2004, 2005.

²⁰⁸ "Bereinigte" Erträge: Vom insgesamt im Bereich Parking erzielten Umsatz werden die Erträge aus Personalparking, Parkuhren und festvermieteten Parkplätzen abgezogen (vgl. auch zweite Stellungnahme von Unique).

²⁰⁹ Die von Unique aufgezeigten Zahlen (a.a.O., Rz. 123 ff.) zeigen, dass die Umsatzzahlen seit dem Wechsel per 8.1.2004 tiefer sind als die Umsatzzahlen der Vorjahre. Aus dem Umstand, dass die Zahlen von 2005 wieder besser sind als diejenigen von 2004 (aber immer noch schlechter als diejenigen von 2002 und 2003) kann Unique nichts für sich ableiten, da im Jahr 2004 der Wechsel an den neuen Standort stattfand und die Umsätze in diesem Jahr sehr tief waren.

Sprenger - auf tieferem Niveau als vorher - nicht dem in mancher Hinsicht unkooperativen Verhalten von Unique zu verdanken ist und Unique letztlich nicht vom grossen Einsatz der Mitarbeiter von Sprenger, der beachtenswerten Kundentreue sowie gewissen Zufälligkeiten profitieren darf.

cc.6 Schlussfolgerung

191. Der Standort, das heisst die Lage der Umschlagparkplätze und des Büros/Schalters von Sprenger im Parkhaus 3, dürfte für die Erbringung von Parking-Dienstleistungen geeignet sein, weshalb diesbezüglich nicht von missbräuchlichem Verhalten von Unique auszugehen ist.

192. Unter Berücksichtigung des gesamten Verhaltens beziehungsweise Unterlassens von Unique hat aus den genannten Gründen auch das von Unique offerierte 2. Angebot, das Sprenger damals gegen seinen Willen annehmen musste, als Gesamtpaket betrachtet zwar dazu geführt, dass der Missbrauch weniger schwer wiegend ist als vorher. Infolge der beschriebenen Behinderung von Sprenger ist der Tatbestand von Artikel 7 KG jedoch immer noch erfüllt: Missbräuchlichkeit liegt vor vor allem aufgrund des nicht konstruktiven Verhaltens von Unique in der Übergangsphase des Wechsels an den neuen Standort und ist heute noch gegenwärtig aufgrund der aktuellen Büro- beziehungsweise Schalterinfrastruktur und Beschilderung²¹⁰.

f) Zwischenergebnis

193. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach der von Unique geplanten - und bezüglich AP durchgesetzten - Verdrängung der beiden bisherigen "off airport"-Parking-Anbieter vom Flughafen für Unique im Bereich Parking am Flughafen praktisch keine Konkurrenz mehr besteht, der Flugpassagier keine Wahlmöglichkeit mehr hat und somit kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Aktuelle oder potenzielle Konkurrenz besteht nicht, da Unique aufgrund ihrer Stellung verhindern kann beziehungsweise effektiv verhindert, dass AP und Sprenger oder allfällige dritte Anbieter "off airport"-Parking anbieten können²¹¹.

194. Das Verhalten von Unique seit der Kündigung des Vertragsverhältnisses mit AP und der Verdrängung von AP vom Flughafenareal per Mitte 2003 stellt eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG dar.

195. Gegenüber Sprenger war die Kündigung des Vertragsverhältnisses per Ende 2003 ebenfalls missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG. Auf Intervention der Weko und der REKO/WEF hat Unique - entgegen der ursprünglichen erklärten Absicht - Sprenger jedoch nicht gänzlich vom Flughafenareal verdrängt, sondern hat ihm neue Lokalitäten zur Verfügung gestellt. Das Verhalten von Unique seit Januar 2004 hat ähnliche Wirkungen wie die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, reicht aber weniger weit. Letztlich kann offenbleiben, ob diese Behinderung von Sprenger als Wettbewerber als Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel

7 Absatz 2 Buchstabe a KG²¹² oder als Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG zu qualifizieren ist.

196. Mit Umsetzung der einvernehmlichen Regelung mit dem Sekretariat beziehungsweise des Vertrags mit AP vom 17. März 2006 und des Vertrags mit Sprenger vom 15. Mai 2006 wird Unique das unzulässige Verhalten aufgeben.

g) Kein Vorliegen sachlicher Gründe

197. Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich und somit unzulässig, wenn es nicht sachlich gerechtfertigt werden kann²¹³. Obwohl die Möglichkeit der Rechtfertigung aus Effizienzgründen bei den unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nicht explizit in Artikel 7 KG enthalten ist²¹⁴, ergibt sie sich aus der historischen und teleologischen Gesetzesauslegung.

198. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung hohe Anforderungen zu stellen. Die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG kann insbesondere dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn Kapazitätsengpässe oder technische Probleme vorliegen²¹⁵ beziehungsweise "wenn die wirtschaftlichen Leistungen des Kunden objektiv nicht mehr genügen oder wenn die Abnahme- oder Lieferpolitik des Kunden derart geändert wird, dass sie vom Marktbeherrscher aus ökonomischen Gründen nicht mehr getragen werden kann"²¹⁶. Da für das marktbeherrschende Unternehmen keine formale Gleichbehandlungspflicht gegenüber seinen Marktpartnern besteht, kann es ökonomisch vernünftige Gründe geben, Geschäftspartner unterschiedlich zu behandeln. Genannt werden in der Literatur zum Beispiel die Intention, mittels Preisdifferenzierungen neue Märkte zu erschliessen oder die Marktstrukturen auf einem bestehenden Markt aufzuweichen²¹⁷.

199. Ziel des Kartellrechts ist es, den Wettbewerb zu fördern. Grundsätzlich lässt sich ein Verhalten nicht allein dadurch rechtfertigen, dass es aus Sicht des

²¹⁰ Der Umstand, dass das 2. Angebot nur teilweise ungenügend ist, wird im Rahmen der Sanktionsbemessung zu Gunsten von Unique berücksichtigt werden; vgl. dazu unten Rz. 255 ff.

²¹¹ Erst kurz vor Abschluss des vorliegenden Verfahrens im Rahmen der einvernehmlichen Regelung (Mai 2006) hat Unique Sprenger wieder als Parking-Dienstleistungsanbieter am Flughafen anerkannt.

²¹² Vgl. ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 658, der die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen deren Abbruch gleichstellt; i.d.S. wohl auch CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 115.

²¹³ Dazu und zum Folgenden statt vieler CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 79 ff. m.w.Hw.

²¹⁴ Zum Ganzen REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 889, Ziff. 4.5.4.

²¹⁵ BGE 129 II 497 ff., 540 f. m.Hw.; zurückhaltend BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 14.

²¹⁶ So die Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 104.

²¹⁷ Vgl. zum Ganzen BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 16, sowie ausführlich MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 1996, S. 838 ff., S. 842, und CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 131 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

marktbeherrschenden Unternehmens sinnvoll erscheint, weil es gewinnmaximierend ist (z.B. die Verdrängung durch unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen). Letztlich bezweckt jede nach Kartellgesetz unzulässige Wettbewerbsbeschränkung - sei es eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG oder eine unzulässige Abrede im Sinne von Artikel 5 KG - immer die Erzielung eines höheren Ertrages/Gewinns, das heisst der so genannten Kartellbeziehungsweise Monopolrente, welche aus der Sicht des Unternehmens zwar gewinnmaximierend, aber volkswirtschaftlich betrachtet ineffizient ist. Verdrängt ein marktbeherrschendes Unternehmen durch unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen Konkurrenten vom Markt, so sind die dadurch erzielten höheren Erträge des Marktbeherrschers beziehungsweise die Vergrösserung seines Marktanteils²¹⁸ allein nicht als rechtfertigende "legitimate business reasons" anzuerkennen.

200. Die in der Beschwerde im Massnahmeverfahren von Unique angedeutete Argumentation, die 5. Baustufe habe zu einer massiven Erhöhung der Parkplatzzahl und zu plötzlichen Kapazitätsreserven geführt²¹⁹, zielt im Ergebnis darauf hin, die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 7 KG betriebswirtschaftlich zu rechtfertigen.

201. Würden die Wettbewerbsbehörden bei einer Verletzung von Artikel 7 KG das Argument des marktbeherrschenden Unternehmens zulassen, der Missbrauch seiner Stellung sei gerechtfertigt, weil insbesondere die Behinderung von Konkurrenten durch Verweigerung von Geschäftsbeziehungen die Auslastung der eigenen Kapazitäten und die Amortisation der eigenen Kosten erlaube, wären dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet: Dass die Auslastung der Kapazitäten aus der Optik von Unique kostensenkend wirkt und somit sinnvoll erscheint, heisst nicht, dass eine volkswirtschaftlich effiziente Verhaltensweise vorliegt, die analog zu Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden kann. Anders zu entscheiden würde auf einen Schutz für die Amortisation von Investitionen hinauslaufen.

202. Auch die REKO/WEF, welche eine gewisse Zurückhaltung bei der Berücksichtigung von legitimate business reasons bei Missbrauchstatbeständen andeutet²²⁰, hält fest, dass das unternehmerische oder betriebswirtschaftliche Anliegen von Unique, die eigenen Kapazitäten auszulasten, die bezweckte beziehungsweise bewirkte Verdrängung von Sprenger und AP in der kartellrechtlichen Würdigung zunächst deshalb sachlich nicht rechtfertigen kann, weil auf diese Weise die Folgen der verfehlten Planung einseitig auf die Konsumenten sowie auf die Anbieter von off airport Dienstleistungen überwältigt würden²²¹. Die Konsumenten müssten mit höheren Preisen für Parkingdienstleistungen, die bisherigen Anbieter mit Einschränkungen beziehungsweise gar mit dem Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz dafür gerade stehen, dass die Planungsannahmen unzutreffend waren. Einem Unternehmen, das im Wettbewerb steht, wäre diese Überwälzung so nicht möglich.

203. Die REKO/WEF stellt fest, dass sich vorliegend die "Kosteneffizienz" am Markt denn auch nicht niederschlägt, da das Verhalten von Unique einerseits eine Begrenzung der Kundenalternativen bewirkt und andererseits in der Tendenz eine Erhöhung der Preise fördert²²². Die kartellrechtliche Prüfung hat jedoch nicht das Ziel, betriebswirtschaftlichen Interessen einzelner Firmen zu dienen, sondern wirksamen Wettbewerb als zentrales Institut der freiheitlichen Marktwirtschaft zu schützen (vgl. Art. 1 KG).

204. Wie bereits in der Massnahmenverfügung erwähnt, hat das UVEK Unique aus öffentlichen (v.a. Umweltschutz-)Interessen in der Baukonzession dazu verpflichtet, die Parkgebühren - insbesondere für die sowieso nicht an den hier relevanten Parking-Dienstleistungen interessierten Kurzzeitparkierer²²³ - generell zu erhöhen. Unique machte im Massnahmeverfahren (z.T. implizit) geltend, die Auflagen des UVEK stellten eine Rechtfertigung dar für die Erhöhung der Parkgebühren wie auch für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten. Dem letztgenannten Punkt ist nicht zuzustimmen: Nach ihrem Sinn und Zweck sollen die öffentlich-rechtlichen Auflagen des UVEK und die genannten Normen des eidgenössischen und kantonalen Rechts, welche (wie oben in Rz. 36 ff. gezeigt) keine vorbehaltenen Vorschriften darstellen, zwar dem Umweltschutz dienen, aber nicht etwa rein unternehmerische (wirtschaftliche) Interessen von Unique befriedigen. In jedem Fall muss Unique diese Auflagen gegenüber allen Marktteilnehmern in nicht diskriminierender Weise durchsetzen.

205. Sollte Unique geltend machen, sie würde durch die vorsorglichen Massnahmen in ihren Eigentumsrechten tangiert, wäre ihr zu entgegen, dass die Ausübung der Eigentumsrechte beschränkt werden darf, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln dies erfordert. Als Gegenleistung für die Beschränkung ihrer Rechte darf Unique eine Vergütung von den Parking-Dienstleistungsanbietern verlangen (insb. Mietzins sowie jährliche Gebühr für die Erteilung der Gewerbebewilligung)²²⁴.

206. Unique machte im Massnahmeverfahren geltend, als Flughafenbetreiberin müsse sie "in eigener Entscheidungskompetenz über Definition und Rahmenbedingungen einzelner Elemente des Gesamtangebotes befinden können". Dabei müsse sie "namentlich auch aus infrastrukturellen und aus konzeptionellen Gründen einzelne Angebots- oder Dienstleistungssegmen-

²¹⁸ Vgl. dazu CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 132.

²¹⁹ Beschwerde von Unique im Massnahmeverfahren.

²²⁰ Vgl. oben Rz. 197 und REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 889, Ziff. 4.5.4.

²²¹ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 889, Ziff. 4.5.4; vgl. auch BORER (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 12.

²²² Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 889, Ziff. 4.5.4.

²²³ Vgl. Erw. 4.3.1.2. der Baukonzession (zit. in Fn. 44).

²²⁴ I.d.S. auch die EU-Kommission im Frankfurter-Entscheid (zit. in Fn. 82), Rz. 89 ff.

te beschränken oder ausschliessen sowie bei den zugelassenen Segmenten die Anzahl der Anbieter limitieren können". Diesem Argument ist insofern zuzustimmen, als bereits aus der sich aus der Konzession ergebenden Pflicht von Unique, den Flughafen zu organisieren sowie aus infrastrukturellen Gegebenheiten folgt, dass Unique - insbesondere aus Gründen der allgemeinen und betrieblichen Sicherheit sowie der verfügbaren Kapazitäten und Flächen²²⁵ - keinesfalls eine beliebig hohe Anzahl von Dritten als Dienstleistungsanbieter auf dem Flughafenareal zulassen kann oder muss. Unique führt jedoch selber aus, dass immerhin "eine beschränkte Zahl von Anbietern zugelassen werden" könne, "soweit im Parking-Bereich ergänzende Dienstleistungen möglich sind". Trotzdem hat Unique versucht, die seit mehr als 40 Jahren herrschende Konkurrenz bei den Parkingangeboten²²⁶ per Mitte beziehungsweise Ende 2003 zu beseitigen. Im Ergebnis hat die Flughafenbetreiberin sicherzustellen, dass sie ihre aus der Konzession fließenden Organisationsrechte stets im Rahmen des verbindlichen Rechts - das heisst insbesondere auch in Übereinstimmung mit dem Wettbewerbsrecht - ausübt²²⁷.

207. Implizit machte Unique auch geltend, dass sie mit der Ausschreibung des Valet Parkings im Jahr 2002 und dem Zuschlag an Europcar sämtliche Verpflichtungen bezüglich Zulassung von Konkurrenz erfüllt habe. Dem ist zu entgegnen, dass das im Hochpreissegment angesiedelte "reine" Valet Parking von Europcar andere Kundschaft anspricht, nicht den sachlich relevanten Markt betrifft und somit keine Konkurrenz zu den Parking-Dienstleistungen von Unique selber sowie von Sprenger und AP darstellt, weshalb es hier auch nicht weiter zu berücksichtigen ist²²⁸. Die vorliegend nicht wettbewerbsneutral durchgeführte Ausschreibung²²⁹ stellt keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund dar.

208. In diesem Zusammenhang kann auch auf die Fälle Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG)²³⁰ und Aéroports de Paris (ADP)²³¹ hingewiesen werden, in welchen Wettbewerbsbeschränkungen selbst in den "flugbetriebsnäheren" Bereichen der Vorfeldabfertigungsdienstleistungen sowie des Caterings als nicht gerechtfertigt beurteilt wurden. Argumente der Überlastung des Flughafens (Raumknappheit), Eigentumsrechte, Organisationsrechte und historische Rechte (Entwicklung) wurden als nicht begründet zurückgewiesen. Die FAG, welche seit 1947 keine Konkurrenz zuließ, wurde gezwungen, erstmals Konkurrenten zuzulassen. A fortiori dürfen im vorliegenden Fall die beiden seit Jahren beziehungsweise Jahrzehnten bestehenden Konkurrenten nicht verdrängt werden. Denn wettbewerbsrechtlich ist der Abbruch bestehender geschäftlicher Beziehungen strenger zu bewerten als die Nichtaufnahme von neuen Beziehungen²³².

209. Die Abklärung der Sach- und Rechtslage schliesst somit aus, dass das zu beurteilende Verhalten von Unique angesichts der kartellrechtlichen Kriterien sachlich gerechtfertigt ist²³³.

B.5.3 Ergebnis

210. Aus den genannten Gründen ist erwiesen, dass Unique auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off airport"-Parking für Flugpassagiere eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese seit Mitte 2003 beziehungsweise seit Anfang Januar 2004 durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen beziehungsweise durch die Diskriminierung von Handelspartnern (Sprenger und AP) missbräuchlich ausnützt. Da das Verhalten nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, ist es unzulässig im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe a beziehungsweise b KG.

B.6. Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

B.6.1 Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG

a) Allgemeines

211. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Artikel 49a ff. KG vorgesehenen **Verwaltungssanktionen** - und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstößen - die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstöße verhindern²³⁴. Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden²³⁵.

212. Während mit der Verhängung einer Verwaltungssanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG das kartellrechtlich unzulässige Verhalten geahndet wird, soll mit der gesetzlichen Androhung von Verwaltungssanktionen nach Artikel 50 KG die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht zur Einhaltung des Kartellgesetzes mittelbar erzwungen werden²³⁶.

²²⁵ I.d.S. die Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15.10.1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, ABl. L 272/36 ff. vom 25.10.1996.

²²⁶ Vgl. oben Rz. 84 i.f.

²²⁷ I.d.S. auch die oben in Fn. 82 zitierte Entscheidung der Kommission in Sachen Flughafen Frankfurt/Main AG, Rz. 93 ff.

²²⁸ Vgl. dazu oben Rz. 8 f., Rz. 77 f. und insb. Rz. 106 ff.

²²⁹ Zum Ganzen oben Rz. 81, Rz. 106 und Rz. 115 f.

²³⁰ Vgl. oben Fn. 82.

²³¹ Vgl. die Entscheidung der EU-Kommission vom 11.6.98 (98/513/EWG; ABl. L 230/10 ff. vom 18.8.98), das Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 12.12.00 i.S. T-128/98, und das Urteil des Gerichtshofes vom 24.10.02 i.S. C-82/01 P.

²³² So ZACH, SIWR (zit. in Fn. 132), S. 202, und CLERC (zit. in Fn. 21), Art. 7 N 125.

²³³ REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 890 f., Ziff. 4.5.6 m.Hw. auf BGE vom 5.9.2003, 2A.142/2003, E. 3.3 und E. 5, a.a.O.

²³⁴ Statt vieler Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 152 f.; Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), BBl 2002, S. 2023, S. 2033 ff., S. 2041; DUCREY (zit. in Fn. 67), Vorbem. zu Art. 50-57 N 1, sowie BILGER (zit. in Fn. 67), S. 92.

²³⁵ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2034.

²³⁶ Dabei ist zu beachten, dass die grundlegende Pflicht jedoch nicht etwa mit der Begleichung einer Sanktion entfällt; vgl. zum Ganzen DUCREY (zit. in Fn. 67), Vorbem. zu Art. 50-57 N 15.

b) Rückwirkungsverbot

213. Da im vorliegenden Fall die Verhängung einer Verwaltungsanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG Verfahrensgegenstand bildet, erscheint es aus rechtsstaatlichen Gründen angezeigt, das Verbot der Rückwirkung strafrechtlicher Gesetze zu beachten²³⁷. Das Rückwirkungsverbot bezieht sich sowohl auf die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch auf die Strafolgen.

214. Für dasjenige Verhalten, welches vor dem 1. April 2004 stattgefunden hat, kann Unique nicht mit Direktanktionen gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG belastet werden; möglich ist nur eine Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Verbindung mit Anordnungen für zukünftiges Verhalten (unter Androhung von Sanktionen nach Art. 50 und 54 KG).

c) Übergangsbestimmung

215. Gemäss der Übergangsbestimmung zur KG-Revision 2003 entfällt eine Belastung nach Artikel 49a KG, sofern die bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Bestimmung - das heisst bis am 31. März 2005 - entweder gemeldet oder aufgelöst worden ist²³⁸.

216. Unique hat ihr Verhalten bis am 31. März 2005 nicht in der Art angepasst, dass von einer "Auflösung" der bestehenden Wettbewerbsbeschränkung gesprochen werden könnte²³⁹. Sofern Unique auch keine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung eingereicht hat (vgl. dazu sogleich im Text), unterliegt das entsprechende Verhalten im Zeitraum nach dem 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit nach Artikel 49a Absatz 1 KG.

217. Am 1. April 2004 hat Unique eine "*Meldung gemäss Übergangsbestimmung III*" eingereicht. Unique wies explizit darauf hin, dass der Weko und dem Sekretariat aus der Untersuchung im Bereich Valet Parking-Dienstleistungen der Sachverhalt "vollumfänglich bekannt" sei und sie über alle relevanten Angaben verfügten. Mit diesem Schreiben dürfte Unique bezweckt haben, der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG zu entgehen.

218. Vorab ist festzuhalten, dass eine Meldung mit sanktionsbefreiender Wirkung im Sinne von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG nur in Frage kommt, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung gemeldet wird, "bevor diese Wirkungen entfaltet". Die entsprechenden Voraussetzungen für ein so genanntes Widerspruchsverfahren sind in casu offensichtlich nicht erfüllt, da Unique ihre marktbeherrschende Stellung schon seit Juni beziehungsweise Dezember 2003 missbraucht und somit nicht von einer "geplanten" Beschränkung gesprochen werden kann.

219. Mit der gewählten Bezeichnung "*Meldung gemäss Übergangsbestimmung III*"²⁴⁰ meint Unique offenbar eine Meldung gemäss *Schlussbestimmung* zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003. Gemäss dieser Schlussbestimmung konnten bestehende Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG, das heisst vom

1. April 2004 bis 31. März 2005, gemeldet oder aufgelöst werden, womit eine direkte Sanktionierung entfiel.

220. In zahlreichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden stellte sich die Frage, ob während der Übergangsfrist eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung auch für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits damals Gegenstand eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) waren, möglich war. Die Weko stellte sich von Anfang an auf den Standpunkt, dass die in verschiedenen Verfahren - wie vorliegend auch von Unique - eingereichten und entsprechend betitelten Schreiben keine "Meldungen" im Sinne der Schlussbestimmung darstellten. Einen anders lautenden Entscheid der REKO/WEF²⁴¹ hat das Bundesgericht mit Entscheid vom 19. August 2005 aufgehoben²⁴².

221. Das Bundesgericht stellt (in Übereinstimmung mit der Beurteilung durch die Weko) fest, dass besagte Schreiben *keine* Meldung im Sinne der Schlussbestimmung darstellen²⁴³. Es führt aus, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die sich während der Übergangsfrist im Stadium der Vorabklärung oder Untersuchung befanden, nicht meldefähig waren, das heisst eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung nicht möglich war. Diesen Unternehmen stand damit nur - aber immerhin - noch die in der Schlussbestimmung vorgesehene Alternative offen, die Wettbewerbsbeschränkung bis am 31. März 2005 aufzulösen. Soweit Unternehmen dies nicht taten, unterstehen sie der direkten Sanktionierbarkeit, vorausgesetzt, die Weko kommt zum Schluss, dass ein entsprechender Tatbestand erfüllt ist²⁴⁴.

²³⁷ Eingehend zur Frage der straf- oder verwaltungsrechtlichen Natur (von Art. 50 KG) MOREILLON (zit. in Fn. 67), Remarques liminaires aux art. 50-53 N 11 ff. m.w.Nw.

²³⁸ Schlussbestimmung zur Änderung vom 20.6.2003 ("Übergangsbestimmung").

²³⁹ Vgl. oben Rz. 97 ff.

²⁴⁰ So Unique explizit in der Meldung.

²⁴¹ RPW 2005/2, S. 418 ff.

²⁴² RPW 2005/4, S. 708 ff.

²⁴³ Dazu und zum Folgenden RPW 2005/4, S. 708 ff.

²⁴⁴ In der Begründung stellt das BGer insb. darauf ab, ob für die Unternehmen bei Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes eine Ungewissheit über das Risiko einer direkten Sanktionierung bestand oder nicht. Dabei verneint es eine solche Ungewissheit für Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten. Das BGer betont, dass damit auch das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt werde, zumal diejenigen Unternehmen, gegen die bereits ein kartellrechtliches Verfahren laufe, im Unterschied zu denjenigen, gegen die noch kein solches Verfahren eröffnet worden sei, die "kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der Übergangsfrist bewusst sein müssen". Diesen Unternehmen sei jedoch immer noch die Alternative der Auflösung offengestanden, die nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden könne, da die Unternehmen auch unter dem alten Recht nicht damit rechnen konnten, das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben zu können. Vgl. zum Ganzen auch SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, ZÄCH (Hrsg.), S. 194 ff.

222. Da gegen Unique im Bereich der Valet Parking-Dienstleistungen bereits seit 1. Dezember 2003 eine Untersuchung hängig war, folgt aus den Erwägungen des Bundesgerichts, dass in casu keine sanktionsausschliessende Meldung im Sinne der Schlussbestimmung vorliegen kann. Unique ist folglich mit direkten Sanktionen zu belasten, falls der Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt ist.

d) Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG

223. Die Belastung von Unique mit einer Sanktion setzt voraus, dass Unique den Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt hat.

aa) Unternehmen

224. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Artikel 49a Absatz 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Artikel 2 Absätze 1 und 1^{bis} KG abgestellt²⁴⁵. Die *Flughafen Zürich AG (Unique)* ist als solches Unternehmen zu qualifizieren²⁴⁶.

bb) Unzulässige Verhaltensweise

225. Die neue Regelung sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG vor²⁴⁷. Der Miteinbezug von Fällen nach Artikel 7 KG in den Anwendungsbereich direkter Sanktionen ist nach der Botschaft die logische Ergänzung dieses Konzeptes. In ihrer "verheerenden Wirkung für das Funktionieren des Wettbewerbs" unterscheiden sich Fälle von Artikel 7 KG nicht von harten Kartellen²⁴⁸.

226. Gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beziehungsweise 4 KG beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet.

227. Die Formulierung des Tatbestands von Artikel 49a Absatz 1 KG verweist also unter anderem auf den Tatbestand von Artikel 7 KG. Oben in Randziffer 97 ff. wurde eingehend dargelegt, dass das Verhalten von Unique - auch im Zeitraum nach dem 1. April 2004 - missbräuchlich und daher unzulässig im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Buchstabe a beziehungsweise b KG ist. Folglich ist das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt.

e) Vorwerfbarkeit

228. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Besonderheit der Verwaltungsanktionen darin liegt, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten Kartellgesetz hält explizit fest, dass die Verwaltungsanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) *kein Verschulden* voraussetzt²⁴⁹. Da keine Verwaltungsanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die Weko stets die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Artikel 50 ff.

KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist²⁵⁰.

229. Die Rechtsprechung der REKO/WEF (zu Art. 51 KG) legt nun jedoch den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen²⁵¹. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können²⁵². Somit muss ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen: Die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht - beziehungsweise in casu der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und somit der Verstoss gegen Artikel 49a Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 7 KG - muss dem Unternehmen als eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können²⁵³. In der Lehre wird unter Hinweis auf Artikel 100^{quater} StGB betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden können, auch

²⁴⁵ Statt aller BORER (zit. in Fn. 21), Art. 49a N 6, und DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 8.

²⁴⁶ Vgl. oben Rz. 2 und Rz. 32 ff.

²⁴⁷ Es handelt sich dabei Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren. Vgl. dazu Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2036 f.

²⁴⁸ So die Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2036 f., mit dem Hinweis, dass die begrenzte Einführung direkter Sanktionen für harte Kartelle sowie beim Missbrauch von Marktmacht die bislang ungenügende Abschreckungswirkung des bestehenden Kartellgesetzes in den volkswirtschaftlich schädlichsten Fällen erhöht.

²⁴⁹ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, "weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden" (Botschaft 1994 [zit. in Fn. 21], 153).

²⁵⁰ Vgl. etwa Entscheide der Weko i.S. "BNP/Paribas", RPW 2001/1, S. 144 ff., S. 152, Rz. 35; "X/C-AG und D-AG", RPW 2000/2, S. 257 ff., S. 262 f., Rz. 30, und "Curti & Co. AG", RPW 1998/4, S. 613 ff., S. 617 f. Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungsanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. SCHMID, Zürich 2001, 585 ff., 589, sowie ZURKINDEN (zit. in Fn. 67), S. 520.

²⁵¹ Vgl. den Entscheid REKO/WEF i.S. "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff., S. 398 ff., und entsprechend Entscheid Weko i.S. "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533 f., Rz. 47 ff. Vgl. auch die Feststellungen in der Stellungnahme von Unique vom 21.9.2005, Rz. 234 ff.

²⁵² Dazu und zum Folgenden REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f. Im erwähnten Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen beispielsweise dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens - im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften - während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

²⁵³ I.d.S. BORER (zit. in Fn. 21), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann²⁵⁴. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinner einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen. Ob darüber hinaus auch Artikel 6 EMRK zur Anwendung gelangen muss²⁵⁵, kann offenbleiben.

230. Tatsächlich liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor. Nicht zuletzt auch aufgrund der bereits seit Herbst 2003 vor den Wettbewerbsbehörden hängigen Verfahren bezüglich Valet Parking am Flughafen (Massnahme- und Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG, Untersuchung) musste Unique für die Frage des allfälligen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung besonders sensibilisiert sein.

231. Unique war sich bewusst, dass die Situation für die an dem Verfahren Beteiligten Valet Parking-Anbieter nicht zufriedenstellend war²⁵⁶. Unique hätte alles Mögliche und Notwendige dazu vorkehren müssen, dass die verantwortlichen Abteilungen, Organe beziehungsweise Angestellten von Unique die Behinderung von AP und Sprenger beenden. Dies ist vorliegend unterblieben: Unique hat vielmehr für sich selber definiert, was für sie noch "möglich" war und was nicht. Massgebend ist aber nicht etwa, was sich Unique subjektiv vorgestellt beziehungsweise gewünscht hat und als - aus ihrer Sicht - ohne weiteres machbar und möglich erachtete²⁵⁷. Entscheidend ist vielmehr, was Unique als "vernünftiges Unternehmen" unter den ihr in Artikel 7 KG auferlegten Pflichten verstehen durfte und musste. Wenn nun sowohl bereits die Weko als auch die REKO/WEF es für glaubhaft hielten, dass das Verhalten von Unique den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt (Massnahmeverfahren), als auch Unique sodann wegen Verletzung der rechtskräftigen Verfügung der Weko am 5. Dezember 2005 zu einer Sanktion gemäss Artikel 50 KG verurteilt worden ist (Sanktionsverfahren) und Unique trotzdem ihr Verhalten nicht beziehungsweise nur teilweise anpasst, so nimmt Unique eine Verletzung von Artikel 7 KG und somit eine Sanktion zumindest in Kauf.

232. Aus dem Gesagten folgt, dass eine zumindest fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung beziehungsweise ein Organisationsverschulden von Unique vorliegt, wodurch die "Vorwerfbarkeit" begründet wird²⁵⁸.

B.6.2 Ergebnis

233. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Unique aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten, welches seit dem 1. April 2004 stattgefunden hat, den Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt hat.

B.7. Bemessung der Verwaltungssanktion

234. Rechtsfolge einer Verletzung von Artikel 49a Absatz 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer

und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist²⁵⁹.

B.7.1 Sanktionsbemessung

a) Einleitung und gesetzliche Grundlagen

235. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoss gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt²⁶⁰.

236. Zunächst ist als Grundsatz festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der Weko steht²⁶¹. Eingeschränkt wird das Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung²⁶². Im Sinne der General- und Spezialprävention sollte die Höhe der Sanktion für gleiche oder ähnliche Fälle abschreckenden Charakter haben²⁶³.

237. Die KG-Sanktionsverordnung (SVKG)²⁶⁴ regelt die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Artikel 49a Absatz 1 KG (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernenden Umständen Rechnung getragen werden kann²⁶⁵.

²⁵⁴ Dazu und zum Folgenden BORER (zit. in Fn. 21), Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

²⁵⁵ Vgl. den Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff. Erw. 3, sowie etwa ZURKINDEN/TRÜEB (zit. in Fn. 72), Art. 50 N 5; ZURKINDEN (zit. in Fn. 67), 520; BORER (zit. in Fn. 21), Art. 49a N 2; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, *Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung*, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129 f. m.w.Hw.

²⁵⁶ So der Vertreter von Unique anlässlich der Anhörung.

²⁵⁷ Für die Beurteilung, ob ein Verstoss von Unique gegen das Kartellgesetz vorliegt, auch *nicht* massgebend sind die subjektiven Wünsche und Bedürfnisse von AP und Sprenger (vgl. zweite Stellungnahme von Unique).

²⁵⁸ So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f., sowie der Entscheid Weko "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533.

²⁵⁹ Neben den Begriffen "Verwaltungssanktion" und "Belastung" werden in der Lehre und Rechtsprechung auch die Begriffe, "Verwaltungsmassnahmen" und "Verwaltungsbusse" verwendet; vgl. REKO/WEF, RPW 1998/3, S. 474 f.; ZACH (zit. in Fn. 21), Rz. 1138; ZACH/WICKY (zit. in Fn. 250), S. 589 m.w.Nw.; DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 11.

²⁶⁰ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2033.

²⁶¹ Dazu und zum Folgenden DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 15.

²⁶² So auch die Stellungnahme von Unique.

²⁶³ DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 15; MOREILLON (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 17, und BILGER (zit. in Fn. 67), 92; vgl. auch Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 153: "Die Sanktionen sollen für die Unternehmen spürbar sein".

²⁶⁴ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG; SR 251.5).

²⁶⁵ Vgl. zum Ganzen die "Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)" des Sekretariats der Weko (im Folgenden: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der Weko (<<http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf>>, besucht am 7.7.2006).

238. Die effektive Höhe des Betrages wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen²⁶⁶. Die Literatur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission²⁶⁷, wobei zu beachten ist, dass die neue KG-Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist²⁶⁸. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Begebenheiten.

239. Auch die REKO/WEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird²⁶⁹. Obwohl der Entscheid einen Verstoß im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss betraf (Art. 51 KG), können die Ausführungen der REKO/WEF zur Bemessung der Verwaltungsanktion analog beigezogen werden. Die REKO/WEF hat insbesondere die folgenden Kriterien ausdrücklich erwähnt²⁷⁰: Die Bemessung der Verwaltungsanktion muss der Gesamtheit der Umstände angepasst werden, wobei dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine spezielle Bedeutung zukommt. Zudem kann die Grösse und die wirtschaftliche Macht des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden.

240. Die Wirksamkeit der Sanktionen hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab²⁷¹. Sanktionen sollen für ein Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten. Die REKO/WEF hat in der genannten Sache Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc. angedeutet²⁷², dass es der Weko frei stehe, die Höhe der Sanktionen anzuheben, um den vom Gesetzgeber beabsichtigten abschreckenden Charakter einer Sanktion zu erhöhen. Dabei ist jedoch gemäss Artikel 2 Absatz 2 SVKG stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können.

241. Aus diesen Gründen wird somit im Folgenden gemäss Artikel 49a KG zunächst die im vorliegenden Fall mögliche Maximalsanktion bestimmt, die Unique auferlegt werden kann. Innerhalb des Sanktionsrahmens ist sodann der Basisbetrag gemäss Artikel 3 SVKG festzusetzen. Schliesslich sind der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, die Dauer und Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien nach SVKG angemessen zu berücksichtigen. Vorliegend gilt es insbesondere das kooperative Verhalten von Unique im Rahmen der einvernehmlichen Regelung zu würdigen.

242. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen rein mathematischen, naturwissenschaftlich exakten Vorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

b) Maximalsanktion

243. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der

Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Artikel 4 und 5 VKU²⁷³ finden analoge Anwendung²⁷⁴.

244. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a VKU ist der Umsatz der Tochterunternehmen der Flughafen Zürich AG²⁷⁵ in die Berechnung des relevanten Umsatzes einzubeziehen. Der Unternehmensumsatz nach Artikel 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Artikel 5 Absatz 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsberichten sowie zusätzlichen Angaben von Unique betrug der Gesamtumsatz im Jahr 2005 CHF 702,2 Mio., im Jahr 2004 CHF 683,7 Mio. und im Jahr 2003 CHF 601,7 Mio. Dieser Umsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten der Konzerngesellschaften fast ausschliesslich in der Schweiz tätig. Abzüglich des im Ausland generierten Umsatzes erwirtschaftete Unique im Jahr 2005 CHF 699,18 Mio., im Jahr 2004 CHF 625,51 Mio. und im Jahr 2003 CHF 552,54 Mio. Umsatz. Der Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren beträgt somit CHF 1,877 Mia. Die *Maximalsanktion* im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG beläuft sich folglich in casu auf *CHF 187,7 Mio.*

c) Konkrete Sanktionsbemessung

245. Nach Artikel 49a Absatz 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in

²⁶⁶ Vgl. schon Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 154.

²⁶⁷ Vgl. MOREILLON (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 15. Die europäische Praxis ergibt sich insb. aus Art. 15 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962 L 13/204 ff. (ersetzt durch Art. 23 Abs. 2 der Verfahrensverordnung Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1 ff.). Beigezogen werden können zudem die durch die Rechtsprechung beeinflussten Leitlinien der Kommission (Leitlinien für die Festsetzung von Geldbussen nach Massgabe der EWR-Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 C 10/16 vom 16.1.2003, 16 f., und Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und gemäss Art. 65 Abs. 5 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, ABl. 1998 C 9/3 vom 14.1.1998, 3 ff.). Mittels Pressemitteilung vom 28.6.2006 (IP/06/857) kündigte die Kommission ihre überarbeiteten Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen bei Kartellverstössen an.

²⁶⁸ Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 1.

²⁶⁹ Entscheid REKO/WEF vom 7.3.2002 i.S. "Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc.", RPW 2002/2, S. 386 ff.

²⁷⁰ RPW 2002/2, S. 400 ff. Erw. 4.

²⁷¹ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21), S. 153.

²⁷² Siehe oben Rz. 239.

²⁷³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²⁷⁴ Vgl. Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2037 und DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 12.

²⁷⁵ APT Airport Technologies AG, Unique Betriebssysteme AG und Unique Airports Worldwide AG.

einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

aa) Basisbetrag

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

aa.1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

247. Im vorliegenden Verfahren wurde der relevante Markt definiert als Markt für die Bereitstellung von Flughafen-einrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere²⁷⁶. Die Umsätze von Unique auf diesem Markt in den letzten drei Geschäftsjahren berechnen sich grundsätzlich durch eine Addition derjenigen Umsätze, welche Unique als Anbieterin von Flughafen-einrichtungen mit den Nachfragen dieser Infrastruktur, das heisst Sprenger und AP, erzielt hat²⁷⁷.

248. Als Besonderheit ist zu berücksichtigen, dass Unique AP per Mitte 2003 die bisherigen Verträge gekündigt und ihr die Bewilligungen entzogen hat, weshalb AP seither unabhängig von Unique einen Park-and-ride-Service von ausserhalb des Flughafens aus anbietet. Somit besteht seit Mitte 2003 bis heute praktisch kein Umsatz mehr zwischen Unique und AP²⁷⁸. Dass im Fall der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG der Umsatz auf dem relevanten Markt im Extremfall auf Null zurückgeht, liegt in der Natur der Sache. Es wäre widersinnig, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Basisbetrag der Sanktion dadurch senken könnte, dass es sich so missbräuchlich wie möglich verhält, indem es möglichst lange sämtliche Geschäftsbeziehungen zu Konkurrenten verweigert. Mit anderen Worten darf es Unique nicht zum Vorteil gereichen, dass es ihr gelungen ist, das Vertragsverhältnis mit AP bereits per Mitte 2003 aufzulösen und somit den Umsatz mit AP seither auf Null zu drücken. Für die Berechnung der Umsätze mit AP in der "Umsatzlücke" von Mitte 2003 bis Ende 2005 wird deshalb - in Anlehnung an Artikel 4 Absatz 2 VKU - auf das erste Halbjahr 2003 abgestützt. Dieser Betrag wird sodann auf die Gesamtdauer von drei Jahren hochgerechnet.

249. Auf dem relevanten Markt hat Unique mit den beiden Nachfragern Sprenger und AP in den letzten drei Geschäftsjahren die in der folgenden Tabelle aufgeführten effektiven (nicht hochgerechneten) Jahresumsätze erzielt²⁷⁹. Das Sekretariat hat zur Berechnung neben den Angaben von Unique auch die Angaben und Buchhaltungsbelege von Sprenger und AP beigezogen. Die zur Berechnung verwendeten Zahlen entsprechen denjenigen Geldbeträgen, die von Sprenger und AP an Unique bezahlt wurden, das heisst insbesondere Umsatzabgaben sowie Mietzins für Infrastruktur (Parkplätze, Schalter etc.)²⁸⁰:

Tabelle 3: Umsätze auf dem relevanten Markt

Umsätze Jahr	Umsatz Unique mit Sprenger	Umsatz Unique mit AP ²⁸¹
2003	[...]	bis 30.6.: [...] ab 1.7.: 0
2004	[...]	0
2005	[...]	0
Total	[...]	[...]
Gesamtumsatz	[...]	

250. Insgesamt errechnet sich somit ein effektiver Umsatz von CHF [...], den Unique in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Rechnet man den Umsatz von AP für die nahezu umsatzlosen letzten 30 Monate hoch auf CHF [...]²⁹², so ergibt das einen vorliegend massgebenden Umsatz von Unique mit Sprenger und AP von CHF 2'694'000.-.

251. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Artikel 3 SVKG zehn Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall somit CHF 269'400.-.

aa.2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

252. Gemäss Artikel 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen²⁸³. Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss von Unique zu qualifizieren ist.

253. Wie oben dargelegt wurde, hat sich Unique unzulässig im Sinne von Artikel 7 Absätze 1 und 2 Buchstabe a beziehungsweise b KG verhalten. Im vorliegenden Sanktionsverfahren massgebend ist die Frage,

²⁷⁶ Vgl. oben Rz. 73 ff.

²⁷⁷ Eingehend dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 2 f.

²⁷⁸ Die Gebühr von CHF 480.- pro Jahr, welche AP Unique für die Bewilligung zur Benützung der inneren Vorfahrt für den Shuttlebus bezahlen muss, ist in diesem Zusammenhang vernachlässigbar.

²⁷⁹ Dem Sanktionsverfahren nach Art. 50 KG (vgl. Sanktionsverfügung vom 5.12.2005) lagen die höheren Umsatzzahlen der Jahre 2002-2004 zugrunde, was dazu führte, dass der Grundbetrag der Sanktion in jenem Verfahren höher war.

²⁸⁰ Vgl. die Eingaben (und Nachträge) von Unique, Sprenger und AP bezüglich Umsatz/Gewinn. Unique hat mit AP und Sprenger insb. Umsatz gemacht in den Bereichen Umschlag-Parkplätze und Büros/Schalter am Flughafen, off airport-Parkflächen, Umsatzabgaben sowie Nebenkosten. Von den erzielten Umsätzen ist die Mehrwertsteuer abzuziehen (Art. 4 Abs. 1 VKU analog).

²⁸¹ Vgl. Rz. 248 und Rz. 250.

²⁸² Vgl. oben Rz. 248.

²⁸³ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 2 f.

ob dieses Verhalten als schwer wiegend zu qualifizieren ist. Diesbezüglich ist eine Unterscheidung zwischen AP und Sprenger zu treffen:

254. Unique hat **AP** mittels Kündigung per Mitte 2003 vom Flughafenareal verdrängt. Die Angebote, die Unique AP gestützt auf die Massnahmenverfügung unterbreitete, wurden von den Wettbewerbsbehörden als ungenügend qualifiziert. Das Verhalten von Unique gegenüber AP kann somit *nicht als leichter Verstoss* qualifiziert werden.

255. Positiver zu bewerten - wenn auch wohl zum Teil nur dank der Massnahmenverfügung - ist das Verhalten von Unique gegenüber *Sprenger*²⁸⁴: Nach der Kündigung per Mitte beziehungsweise Ende 2003 offerierte Unique Sprenger infolge der Intervention der Wettbewerbsbehörden zunächst ein erstes, ungenügendes Angebot. Mit dem späteren zweiten Angebot hingegen hat Unique wenigstens in einzelnen Bereichen den Missbrauch aufgegeben. Es bleibt zwar festzuhalten, dass Sprenger am neuen Standort im Parkhaus 3 - vor allem in der Anfangsphase (1. Quartal 2004), das heisst noch vor Inkrafttreten von Artikel 49a Absatz 1 KG - erhebliche Schwierigkeiten hatte und auch heute noch hat: So hat sich Unique zum Beispiel beim Umzug von Sprenger an den neuen Standort bezüglich der Problematik des Umzugs, der Beschilderung/Beschriftung sowie der fehlenden Büro-/Schalterinfrastruktur nur wenig konstruktiv beziehungsweise sogar destruktiv verhalten. Allerdings ist der von Unique angebotene neue Standort von der Lage her wohl dem alten ebenbürtig. Da das 2. Angebot an Sprenger als Gesamtpaket und für den Zeitraum nach dem 1. April 2004 betrachtet nur noch einen leichten Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG darstellt, ist bezüglich Sprenger von einem *leichten Verstoss* auszugehen.

aa.3 Fazit

256. Aufgrund der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses wird der Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Artikel 3 SVKG festgesetzt auf *fünf Prozent des Umsatzes*, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit *CHF 134'700.-*.

bb) Dauer des Verstosses

257. Gemäss Artikel 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich²⁸⁵. Für den vorliegenden Fall sind dabei zwei Besonderheiten zu beachten:

258. Zum einen hat der Verstoss gegen Artikel 7 KG bereits Mitte 2003 begonnen (bezüglich AP) und dauert bis heute an, Artikel 49a Absatz 1 KG sowie die KG-Sanktionsverordnung sind jedoch erst am 1. April 2004 in Kraft getreten. Für die Höhe der Sanktion massgebend kann somit nur die Dauer des Verstosses seit dem 1. April 2004 sein, das heisst maximal zweieinhalb Jahre.

259. Zum anderen hat die Weko Unique wegen Verstosses gegen die Massnahmenverfügung vom 1. Dezember 2003 bereits eine Sanktion gemäss Artikel 50 KG in Höhe von CHF 248'000.- auferlegt (Sanktionsverfügung vom 5.12.2005). Es stellt sich somit die Frage, ob für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis am 5. Dezember 2005 der Grundsatz "ne bis in idem" in dem Sinne zu berücksichtigen ist, dass Unique im vorliegenden Verfahren nach Artikel 49a Absatz 1 KG nur für den Zeitraum ab dem 6. Dezember 2005 bis heute sanktioniert werden kann. Gegen diese Auffassung könnte eingewendet werden, im Verfahren nach Artikel 50 KG sei nur Verfahrensgegenstand gewesen, ob Unique die rechtskräftig verfügten vorsorglichen Massnahmen befolgt oder aber gegen sie verstossen hat, während es im vorliegenden Verfahren nach Artikel 49a KG um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG geht. Dagegen wiederum liesse sich einwenden, dass das verpönte Verhalten - etwas abstrahiert betrachtet - in beiden Verfahren (nahezu) identisch war: nämlich die unzulässige Behinderung von Sprenger und AP im Wettbewerb.

260. Letztlich muss aber die "ne bis in idem"-Problematik vorliegend nicht abschliessend geklärt werden, denn Artikel 4 SVKG gesteht der Weko für eine Dauer des Wettbewerbsverstosses von einem bis fünf Jahren einen grossen Ermessensspielraum von 0%-50% Sanktionszuschlag zu. Aus diesen Gründen kann für den vorliegenden besonderen Fall im Rahmen des Ermessens *auf eine Erhöhung des Basisbetrags verzichtet* werden.

cc) Erschwerende und mildernde Umstände

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

cc.1 Mutmasslicher Gewinn

262. Die Konstruktion der vom alten Kartellgesetz (Art. 50 KG) geforderten Kausalität zwischen Verstoss und dem dadurch erzielten Gewinn war aus verschiedenen Gründen mit diversen Unschärfefaktoren behaftet. Sofern eine exakte Feststellung des Gewinns nicht durchführbar war, blieb nichts anderes übrig, als behelfsmässig auf eine hinreichend substantiierte Schätzung des Gewinns abzustellen oder letztlich auf Umsatzzahlen auszuweichen.

263. Dieser Problematik Rechnung tragend macht die Botschaft zum Kartellgesetz 2003 deutlich, dass die Effizienz der direkten Sanktionsmöglichkeit nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden darf, weil sie sonst die angestrebte Abschreckungs- und Präventionswirkung nicht entfalten kann²⁸⁶. Zur Vermeidung der bisherigen Beweisschwierigkeiten sehen nun sowohl der neue Artikel 49a Absatz 1 KG als auch der entsprechend revidierte Artikel 50 KG "als objektives, leicht eruierbares Berechnungskriteri-

²⁸⁴ Vgl. zum Ganzen oben Rz. 169 ff.

²⁸⁵ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 3.

²⁸⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden die Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2037 f.

um" primär Bruchteile des Jahresumsatzes anstelle des mutmasslichen Gewinnes vor²⁸⁷.

264. Zunächst gilt es somit zu prüfen, welche Rolle dem mutmasslichen Gewinn, der durch das missbräuchliche Verhalten erzielt wurde, nach dem neuen Kartellgesetz zukommt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein durch das Verhalten erzielter "Normalgewinn" bereits im Basisbetrag enthalten ist. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b SVKG Rechnung zu tragen²⁸⁸. Denn in Fällen, in denen den Wettbewerbsbehörden eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden²⁸⁹. Damit sich der Verstoss gegen Artikel 49a Absatz 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

265. Folglich ist bei der Bemessung des vorliegenden Sanktionsbetrages der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, zwar "angemessen zu berücksichtigen", er stellt jedoch nur eines von verschiedenen Bemessungskriterien dar. Letztlich sollte der Sanktionsbetrag in casu nicht tiefer sein als der berechnete oder geschätzte mutmassliche Gewinn. Ist davon auszugehen, dass der erzielte Gewinn nicht höher ist als der im Basisbetrag bereits enthaltene "Normalgewinn", so kann auf weitere Berechnungen verzichtet werden.

266. Im vorliegenden Fall ergeben sich bei der Berechnung des mutmasslichen Gewinnes gewisse Schwierigkeiten:

- Der effektive mutmassliche Gewinn, den Unique durch ihr unzulässiges Verhalten erzielt hat, entspricht jenem Gewinn, den Unique durch den allfälligen Kundenwechsel von AP und Sprenger zu Unique und Europcar erlangte. Somit erzielte Unique den mutmasslichen Gewinn nicht direkt auf demjenigen Markt, der den vorsorglichen Massnahmen vom 1. Dezember 2003 sowie der vorliegenden Verfügung²⁹⁰ zugrunde liegt, sondern auf einem benachbarten Markt.
- Im Weiteren existiert eine Reihe von Informationen, die für die Berechnung des mutmasslichen Gewinns vorliegen müssten²⁹¹, nicht in aufbereiteter Form, so dass der Beschaffungsaufwand dieser Informationen entsprechend hoch wäre. Beispielsweise ist die Betriebsbuchhaltung der Flughafen Zürich AG nicht darauf ausgelegt, das Parkinggeschäft als eigenständiges Profitcenter zu führen²⁹², weshalb der Gewinn für den Bereich Parking nicht beziehungsweise nur mit beträchtlichem Aufwand oder mittels alternativen Schätzungen verfügbar ist.

267. Der mutmassliche Gewinn könnte im vorliegenden Fall nur mit Schwierigkeiten berechnet oder geschätzt werden. Da der erzielte "Normalgewinn" - wie gesagt - bereits im Sanktions-Basisbetrag enthalten ist und keine Indizien für einen darüber hinaus-

gehenden, besonders hohen Gewinn vorliegen, wird vorliegend von der zusätzlichen (straferhöhenden) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinnes, den Unique durch ihr kartellgesetzwidriges Verhalten erzielt hat, abgesehen.

cc.2 Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung)

268. Nachdem bereits Versuche gescheitert waren, eine einvernehmliche Lösung mit dem Sekretariat zu finden, suchte Unique nach Abschluss des Verfahrens bezüglich Sanktionierung nach Artikel 50 KG im Winter/Frühling 2006 Kontakt mit Sprenger und AP, um eine Lösung des nun seit Mitte 2003 schwelenden Konflikts zu finden. Die bilateralen Verhandlungen führten zu vertraglichen Lösungen mit AP am 17. März 2006 und mit Sprenger am 15. Mai 2006²⁹³.

269. Im Anschluss an den Abschluss der Verträge mit Sprenger und AP hat Unique Kontakt mit dem Sekretariat aufgenommen. Anlässlich eines Treffens am 20. Juni 2006 einigte sich Unique mit dem Sekretariat auf eine einvernehmliche Regelung²⁹⁴.

270. Nur nebenbei sei erwähnt, dass der Anwendungsbereich einer einvernehmlichen Regelung die Frage der Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen nicht einschliesst, sondern vielmehr die Frage klärt, wie eine als unzulässig qualifizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden kann. In einer Untersuchung, die wegen Bestehens von Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eröffnet wurde, ist "die Frage der Unzulässigkeit positiv oder negativ zu entscheiden", so dass diesbezüglich für einvernehmliche Regelungen kein

²⁸⁷ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 75), S. 2037 mit dem Hinweis, dass die neue Regelung einfacher zu handhaben sei.

²⁸⁸ Dazu und zum Folgenden Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 1, 2 und 4.

²⁸⁹ Schon die Botschaft 1994 (zit. in Fn. 21, S. 154) hat festgehalten, dass eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns "regelmässig die untere Grenze der Sanktion" bilden soll; vgl. auch DUCREY (zit. in Fn. 67), Art. 50 N 14.

²⁹⁰ Dazu oben Rz. 73 ff.

²⁹¹ Für die Berechnung des mutmasslichen Gewinns müssten z.B. Informationen vorliegen, welche die Berechnung zum einen der Anzahl Fahrzeuge, die nicht mehr bei AP und Sprenger, sondern bei Unique und Europcar parkiert wurden, und zum anderen der entsprechenden Gewinnveränderung, die Unique im betrachteten Zeitraum durch die zusätzlich bei Unique und Europcar parkierten Fahrzeuge erzielt, erlauben. Dabei müssten unterschiedliche Gewinnmargen etwa von Kurz- gegenüber von Langparkierern sowie der Einfluss von exogenen Faktoren auf die Anzahl parkierter Fahrzeuge berücksichtigt werden.

²⁹² Schreiben von Unique.

²⁹³ Vgl. dazu oben Rz. 26 ff.

²⁹⁴ Vgl. dazu oben Rz. 27.

Raum mehr bleibt²⁹⁵. Entsprechendes gilt für die Frage der Sanktionierbarkeit, welche von den Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen positiv oder negativ zu beantworten ist, und zwar unabhängig vom Abschluss einer allfälligen einvernehmlichen Regelung. Selbst wenn das Unternehmen das unzulässige Verhalten vor Abschluss der Untersuchung aufgibt, darf die Untersuchung im Fall direkt sanktionsbedrohter Verhaltensweisen nur ohne Folgen eingestellt werden, "wenn sich ergibt, dass - entgegen der Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Eröffnung der Untersuchung führten - keine Verstösse gegen sanktionsbedrohte Bestimmungen [...] bestanden beziehungsweise bestehen oder nachweisbar sind"²⁹⁶. Andernfalls ist trotz einvernehmlicher Regelung eine Sanktion im Sinne von Artikel 49a Absatz 1 KG auszusprechen.

271. Vorliegend ist - wie gezeigt - der Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt, weshalb Unique zu sanktionieren ist. Der Wille und die Bereitschaft von Unique zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbsbehörden hingegen bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Artikel 2, 3 und 6 SVKG und Artikel 64 StGB (analog) Rechnung zu tragen. Unique hat sich insofern einsichtig gezeigt, als sie zukünftig off airport-Valet Parking wieder zulässt und somit ihren Beitrag für wirksamen Wettbewerb leistet; sie hat insofern aufrichtige Reue gezeigt, als sie den bisherigen Anbietern dieser Dienstleistungen (Sprenger und AP) für letztere akzeptable Angebote unterbreitet hat und sich grundsätzlich zur Bezahlung einer Sanktion im Sinne von Artikel 49a KG bereit erklärt hat, womit auch das Untersuchungsverfahren vereinfacht und zu einem schnelleren Abschluss gebracht werden konnte.

272. Aufgrund der gesamten Umstände ist der Sanktionsbetrag angemessen zu mildern: Vorliegend scheint eine **Reduktion des Betrags um 25%** angezeigt.

cc.3 Weitere erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG)

273. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Artikel 5 und Artikel 6 SVKG zu berücksichtigen²⁹⁷. Vorliegend sind weder erschwerende noch mildernde Umstände gegeben, weshalb von einer zusätzlichen Erhöhung beziehungsweise Reduktion der Sanktion abzusehen ist.

B.7.2 Zusammenfassung

274. Das gemäss Artikel 7 KG missbräuchliche Verhalten von Unique wird nach Artikel 49a Absatz 1 KG in Verbindung mit der KG-Sanktionsverordnung beurteilt. Der Sanktionsbetrag von CHF 101'000.- berechnet sich wie folgt (Beträge in CHF):

Maximalhöhe der Sanktion (Art. 49a KG):		187'700'000.-
Umsatz auf dem relevanten Markt		2'694'000.-
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG):		269'400.-
Berücksichtigung der Schwere (Art. 3 SVKG):	5%	
Basisbetrag (Art. 3 SVKG):		= 134'700.-
Dauer (Art. 4 SVKG):	+/- 0%	
mutmasslicher Gewinn (Art. 50 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG):	+/- 0%	
erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	- 25%	- 33'675.-
Total (gerundet):		101'000.-

B.8. Ergebnis

275. Dadurch, dass Unique den bisherigen Anbietern von off airport-Valet Parking (Sprenger und AP) die Verträge gekündigt und ihnen (trotz rechtskräftiger Verfügung vorsorglicher Massnahmen) in der Folge nur ungenügende Angebote zur weiteren Benützung der Flughafeninfrastruktur unterbreitet hat, hat Unique gegen Artikel 7 Absätze 1 und 2 Buchstabe a beziehungsweise b KG verstossen und damit den Tatbestand von Artikel 49a Absatz 1 KG erfüllt.

276. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten strafehöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Weko eine **Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 101'000.-** als dem Verstoß von Unique gegen Artikel 49a Absatz 1 KG angemessen.

C KOSTEN

277. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 Gebührenverordnung KG²⁹⁸ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Eine Gebührenpflicht besteht insbesondere, wenn eine Vorabklärung beziehungsweise Untersuchung durchgeführt wird und

²⁹⁵ Vgl. zum Ganzen den Entscheid der REKO/WEF vom 11.7.2006 i.S. Buchpreisbindung, Erw. 4.2; BILGER (zit. in Fn. 67), 377 f.; ZÄCH (zit. in Fn. 21), N 994; ROGER ZÄCH/CHRISTOPH TAGMANN, Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht, in: Norm und Wirkung, FS für W. WIEGAND, BUCHER/CANARIS/HONSELL/KOLLER (Hrsg.), Bern 2005, S. 985 ff., S. 1007 ff., und CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in: Jusletter vom 17.10.2005, Rz. 8 ff.

²⁹⁶ So ZÄCH (zit. in Fn. 21), Rz. 1000.

²⁹⁷ Zum Ganzen Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 265), S. 4 ff.

²⁹⁸ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen²⁹⁹.

278. In der Zwischenverfügung der Weko vom 1. Dezember 2003 (vorsorgliche Massnahmen) wurde verfügt, dass über die Kosten für dieses Verfahren mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden wird³⁰⁰. Im Verwaltungsanktionsverfahren nach Artikel 49a ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn den Verfügungsadressaten sanktionierbares Verhalten nachgewiesen wird. In casu konnte Unique ein Verstoss nach Artikel 49a Absatz 1 KG nachgewiesen werden, weshalb Unique die gesamten Kosten des vorliegenden Verfahrens sowie des Massnahmeverfahrens zu tragen hat.

279. Gemäss "Schlussbestimmung zur Änderung vom 12. März 2004" der GebV-KG gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Änderungen am 1. April 2004 noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht, und für die späteren Aufwendungen das revidierte Recht.

280. Gemäss Artikel 4 Absatz 1 der GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand. Für das Verfahren bis am 31. März 2004 gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-, wobei die Gebühr je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann (Art. 4 Abs. 2 und 3 der damaligen KG-Gebührenverordnung). Nach Artikel 4 Absatz 2 der aktuellen GebV-KG gilt für das Verfahren ab dem 1. April 2004 hingegen je nach Dringlichkeit des Geschäfts und Funktionsstufe des ausführenden Personals ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-.

281. Für die Aufwendungen in Sachen *Zwischenverfügung* der Weko vom 1. Dezember 2003 betreffend *vorsorgliche Massnahmen*, die alle vor dem 31. März 2004 erfolgt sind, berechnen sich die Gebühren und Auslagen wie folgt: Da die Weko im vorliegenden Fall keine Gründe erkennt, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr für die erfolgten Auslagen rechtfertigen würden, gilt für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Neben dem Aufwand haben die Gebührenpflichtigen die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 der ehemaligen KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...]. Die Gesamtkosten von CHF [...] in Sachen *Zwischenverfügung* sind gemäss Artikel 2 der alten KG-Gebührenverordnung von Unique zu tragen.

282. Für diejenigen Aufwendungen in der *Hauptsache*, die bis am 31. März 2004 erfolgt sind, berechnen sich die Gebühren und Auslagen wie folgt: Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...] zuzüglich der Auslagen von 1,5% der Gebühr, das heisst CHF [...]. Die Weko erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Ver-

minderung der Gebühr aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 der alten KG-Gebührenverordnung rechtfertigen würden. Diese Teilkosten von CHF [...] sind gemäss Artikel 2 der alten KG-Gebührenverordnung von Unique zu tragen.

283. Für diejenigen Aufwendungen in der *Hauptsache*, die seit dem 1. April 2004 erfolgt sind, gilt nach Artikel 4 Absatz 2 GebV-KG ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals bestimmt: Für die insgesamt aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt ein Ansatz von CHF 250.- (Direktion), CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) beziehungsweise CHF 120.- (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Die Auslagen sind in diesen Gebühren bereits eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Auch diese Teilkosten von CHF [...] sind gemäss Artikel 2 Absatz 1 GebV-KG von Unique zu tragen.

284. Die von Unique zu tragenden Gesamtkosten für Vorabklärung, vorsorgliche Massnahmen, Untersuchung und Sanktionsverfügung betragen somit total CHF [...].

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Flughafen Zürich AG (Unique) auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen zur Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere eine marktbeherrschende Stellung innehat.

2. Es wird festgestellt, dass die Verweigerung des Zurverfügungstellens der für die in Ziffer 1 genannten Dienstleistungen notwendigen Flughafeninfrastruktur an die bisherigen Anbieter (Alternative Parking AG und Sprenger Autobahnhof AG) und die Weigerung des Erteilens der notwendigen Bewilligungen durch Unique eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a beziehungsweise b KG darstellt.

3. Die Kommission genehmigt die nachfolgende einvernehmliche Regelung (vgl. den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen oben in Rz. 27 und im Anhang):

"1. Unique verpflichtet sich, auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für die Erbringung von "off airport"-Valet Parking-Dienstleistungen für Flugpassagiere auf dem nahe bei den Check-in-Schaltern gelegenen Flughafenareal - auch bei einer allfälligen Auflösung des Vertrages mit Sprenger gemäss Anhang 2 - mindestens mit einem Anbieter einen Vertrag zur

²⁹⁹ BGE in Sachen BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., E. 6.1.

³⁰⁰ Vgl. Dispositiv-Ziffer 5 und Rz. 90 der Massnahmenverfügung.

Miete der notwendigen Infrastruktur (insb. Umschlagparkplätze und Büro/Schalter in der Nähe der Check-in) abzuschliessen, diesem die in die Zuständigkeit von Unique fallenden, notwendigen Bewilligungen (Konzessionen etc.) zu erteilen und sämtliche weiteren notwendigen Vorkehrungen zu treffen, welche für die Erbringung der genannten Dienstleistungen notwendig sind (z.B. Zurverfügungstellung des notwendigen Teils des Parkplatzkontingents etc.). Diese/r Anbieter muss/müssen in seiner/ihrer Geschäftstätigkeit (z.B. in der Preisgestaltung etc.) von Unique unabhängig sein.

2. Unique verpflichtet sich, die in den Anhängen 1 und 2 aufgeführten Verträge mit AP (Vertrag von Unique und AP vom 17.3.2006) und Sprenger (Vertrag von Unique und Sprenger vom 15.5.2006) zu erfüllen. Diese beiden Verträge bilden integrierenden Bestandteil der vorliegenden Vereinbarung.

3. Ein Widerruf oder eine Änderung gestützt auf Artikel 30 Absatz 3 KG bleibt vorbehalten."

4. Die Flughafen Zürich AG (Unique) wird für das unter Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten ge-

stützt auf Artikel 49a Absatz 1 KG mit einem Betrag von CHF [...] belastet. Dieser Betrag ist innerhalb einer Frist von 30 Tagen, gerechnet ab Eröffnung dieser Verfügung, zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% nach Ablauf der Zahlungsfrist.

5. Im Übrigen wird das Untersuchungsverfahren eingestellt. Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 3 des Dispositivs genehmigten einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. Zuwiderhandlungen gegen die einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 und 54 KG belegt werden.

8. [Verfahrenskosten]

9. [Rechtsmittelbelehrung]

10. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Gaz de France - Suez

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 28. September 2006

Stellungnahme vom 12. September 2006

A Sachverhalt

1. Am 31. August 2006 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Gaz de France SA (nachfolgend GdF) und Suez SA (nachfolgend Suez) durch einen Aktientausch von Suez-Aktien gegen GdF-Aktien zu fusionieren. GdF wird Suez auf diese Weise absorbieren und als "erweiterte GdF" aus dem Zusammenschluss hervorgehen.

2. Die Zusammenschlussparteien haben erstmals am 27. Februar 2006 öffentlich ihre feste Absicht zu fusionieren bekannt gegeben. Die Modalitäten des Zusammenschlusses sind in einem Fusionsvertragsentwurf festgehalten, welcher von den Verwaltungsräten der Zusammenschlussparteien bis Ende September 2006 ratifiziert werden sollte. Voraussetzung für die Fusion ist aber vorderhand die Privatisierung von GdF, welche gegenwärtig im französischen Parlament diskutiert wird.¹

A.1 Beteiligte Unternehmen

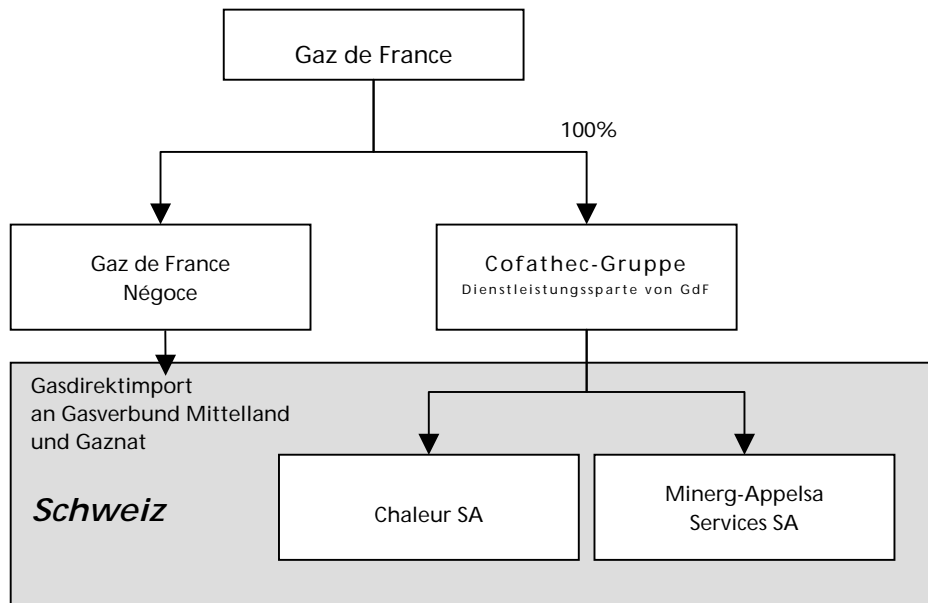
A.1.1 Gaz de France

3. GdF ist eine nach französischem Recht konstituierte und börsenkotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Paris, Frankreich.

4. GdF ist vorwiegend im Gasbereich (Gewinnung, unterirdische Lagerung, Transport, Verteilung und Lieferung von Erdgas) sowie im Bereich Energiedienstleistungen und vor allem in Belgien und Frankreich auch im Bereich Elektrizität tätig.

5. In der Schweiz ist GdF über Tochtergesellschaften in den Bereichen Gaslieferungen beziehungsweise -grosshandel und energiebezogene Dienstleistungen tätig. Die in der Schweiz aktiven Tochter- beziehungsweise Enkelgesellschaften sind in folgendem Schema dargestellt:

¹ Die zu debattierende Gesetzesänderung würde dem französischen Staat erlauben, seine aktuelle Beteiligung von 80,2% an GdF auf unter 50% zu reduzieren.



6. Gaz de France Négoce ist im Bereich Gaslieferungen beziehungsweise -grosshandel tätig. Sie hat keinen Sitz in der Schweiz, exportiert aber Erdgas direkt in die Schweiz.

7. Chaleur SA und Minerg-Appelsa Services SA sind die in der Schweiz tätigen Tochtergesellschaften der Cofathec-Gruppe und sind auf Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageinstallationen sowie auf Installation, Betrieb und Unterhalt von multi-technischen Systemen spezialisiert.

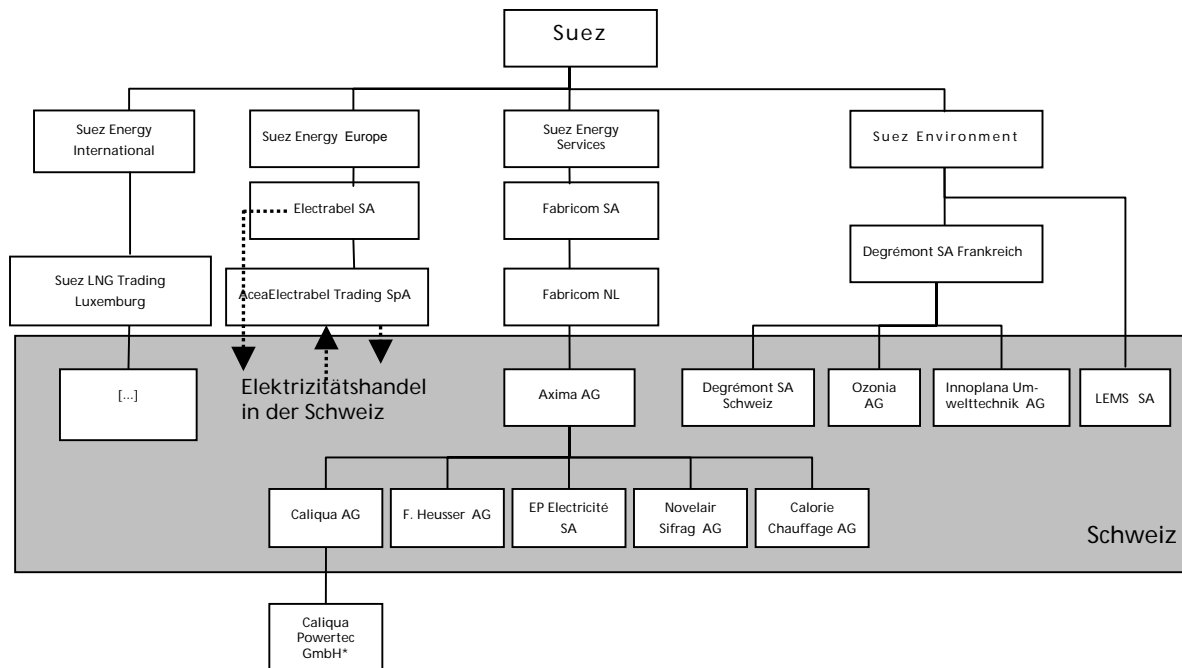
A.1.2 Suez

8. Suez ist ebenfalls eine nach französischem Recht konstituierte und börsenkotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Paris, Frankreich.

9. Suez ist in den Bereichen Elektrizität, Erdgas, Energiedienstleistungen und Wasser- und Umweltdienstleistungen tätig. Der Konzern besteht operationell

aus den folgenden vier Divisionen: Suez Energy Europe (SEE; Tätigkeitsbereich im europäischen Gas- und Elektrizitätssektor), Suez Energy International (SEI; Tätigkeitsbereich im Gas- und Elektrizitätssektor ausserhalb Europas), Suez Energy Services (SES; Aktivitäten in den Gebieten des Infrastrukturservices und der energienahen Angebote, Ingenieurwesen), Suez Environment (SE; Aktivitäten im Bereich der Wasser- und Umweltdienstleistungen).

10. In der Schweiz ist Suez hauptsächlich über Tochter- beziehungsweise Enkelgesellschaften in den Bereichen Energiedienstleistungen, Wasser- und Umweltdienstleistungen und marginal im Bereich Elektrizitätshandel tätig. Die in der Schweiz aktiven zur Suez-Gruppe gehörenden Gesellschaften sind in folgendem Schema dargestellt:



11. Im Bereich Energiedienstleistungen sind Axima AG sowie deren Tochtergesellschaften aktiv. Axima AG ist in der Gebäudetechnik tätig (Anwendungen für die Infrastrukturbereiche Heizung, Lüftung, Klima, Kälte, Sanitär, MSRL, industrielle Medien, Energietechnik, Elektrotechnik, Telematik). Sie betreibt Anlagenbau, Service und Facility Management. Zur Axima AG gehören die F. Heusser AG (Anbieterin von Heizungs-, Kälte- und Sanitärinstallationen), Caliqua AG (Anbieterin von thermischen Anlagen wie zum Beispiel Energiezentralen in Müllverbrennungsanlagen, Blockheizkraftwerke etc., sowie Rohrleitungsbau für die Prozessindustrie), EP Electricité SA (Elektroinstallationen und Gebäudetechnik) sowie Novelair Sifrag AG und Calorie Chauffage SA. Die beiden Letzteren üben keine Geschäftstätigkeiten aus und generieren keinen Umsatz in der Schweiz.

12. Im Bereich der Wasser- und Umweltdienstleistungen sind in der Schweiz die folgenden Tochtergesellschaften von Degrémont SA, Frankreich, tätig: Degrémont SA (Schweiz) (Aufbereitung und Reinigung von Trinkwasser und industriellem Wasser, Projektierung und Aufbereitung von Trinkwasser- und Kläranlagen), Ozonia AG (Entwicklung/Herstellung/Betrieb/Handel von Ozonanlagen für Wasseraufbereitung), Innoplana Umwelttechnik AG (Engineering im Bereich der Aufbereitung von Haus- und Industrie-klärschlamm) und LEMS SA ([...]).

13. Im Bereich des Gashandels ist in [...] die [...] eingetragen. Diese Filiale der Suez LNG Trading SA Luxemburg wird allerdings erst im Jahr [...] operativ tätig werden [...].

14. Im Bereich des Elektrizitätshandels ist Suez über nicht schweizerische Unternehmen (Electrabel Trading und Portfolio Management mit Sitz in Belgien und AceaElectrabel Trading SpA mit Sitz in Italien) geringfügig in der Schweiz tätig.

A.2 Ziel des Zusammenschlussvorhabens

15. Den Angaben der Parteien zufolge ist das Zusammenschlussvorhaben zum einen eine Antwort auf die aktuelle Entwicklung im Gasmarkt in Europa. Sie führen dazu aus, dass die Nachfrage nach Gas in Europa stark steigend ist, dass hingegen die europäische Gasproduktion aufgrund der Erschöpfung der einheimischen Quellen rückläufig ist. Dies hat eine starke Abhängigkeit der europäischen Gas- und somit auch Energieversorgung von Drittstaaten zur Folge. GdF und Suez beabsichtigen nun, durch den Zusammenschluss als grösseres Energieunternehmen auf dem Erdgasmarkt auftreten zu können und somit durch die Verbesserung ihrer Wettbewerbsfähigkeit die Versorgungssicherheit in der EU zu verbessern.

16. Zum andern soll ein starker Konkurrent zu den grossen Energieunternehmen wie E.On., RWE und EDF, welche sowohl im Gas- wie auch im Elektrizitätsbereich tätig sind, entstehen. Diesbezüglich ist die komplementäre räumliche und sachliche Ergänzung der Parteien hervorzuheben. Während GdF in Frankreich fast ausschliesslich im Gasbereich tätig und im Elektrizitätsbereich nur schwach vertreten ist, verfügt Suez hauptsächlich über Aktivitäten im Elektrizitätsbereich in Belgien. Durch den Zusammenschluss bezwecken die Parteien namentlich eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber EDF auf den französischen Elektrizitätsmärkten.

A.3 Verfahren vor der europäischen Wettbewerbsbehörde

17. Das Zusammenschlussvorhaben ist auch in der EU meldepflichtig. Die Meldung wurde am 10. Mai 2006 bei der zuständigen Wettbewerbsbehörde eingereicht. Am 19. Juni 2006 beschloss die Europäische Kommission, eine eingehende Untersuchung im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b EU-Fusions-

kontrollverordnung² des geplanten Zusammenschlusses einzuleiten, da die vorläufige Prüfung ergeben hatte, dass das Zusammenschlussvorhaben wettbewerbsrechtliche Probleme auf allen Ebenen der Gas- und Stromversorgung in Belgien und auf allen Ebenen der Gasversorgung in Frankreich aufwirft. Die Kommission muss nun bis zum 25. Oktober 2006 abschliessend entscheiden, ob durch den Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich beeinträchtigt wird.

18. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind die Zusammenschlussparteien in der Schweiz nicht auf denjenigen sachlich relevanten Märkten tätig, auf welchen in der EU allenfalls wettbewerbsrechtliche Probleme durch den Zusammenschluss entstehen könnten. Zudem sind die Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf anderen sachlich relevanten Märkten in der Schweiz so geringfügig, dass sich eine zeitliche Koordination mit dem Entscheid der EU-Wettbewerbsbehörde nicht aufdrängt. Schliesslich präjudiziert der Entscheid der Wettbewerbskommission den Entscheid der EU-Kommission nicht, da die Zusammenschlussparteien in der Schweiz nur auf national abzugrenzenden Märkten tätig sind (Rz. 49 ff.) und sich vorliegende Beurteilung nur auf allfällige wettbewerbsrechtliche Probleme in der Schweiz bezieht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

19. 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

20. 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

21. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG). Bei einer Absorptionsfusion nimmt die übernehmende Gesellschaft die übertragende Gesellschaft vollständig in sich auf. Die übertragene Gesellschaft hört damit auf zu existieren, während die übernehmende Gesellschaft fortbesteht.

22. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um eine Absorptionsfusion durch einen Aktienaustausch. Eine Aktie von Suez wird in eine Aktie von GdF umgetauscht. Suez wird dadurch von GdF absorbiert und geht als juristische Person unter.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

24. Die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens hat gemäss Artikel 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zu erfolgen. Voraussetzung für die Meldung ist grundsätzlich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Ist der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt oder ist die Realisierung des Verpflichtungsgeschäfts noch von gewissen Bedingungen abhängig, kann das Zusammenschlussvorhaben - analog zu der Regelung in der EU - dennoch gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen glaubhaft machen, dass sie gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen beziehungsweise die Bedingungen zur Realisierung des Geschäfts zu erfüllen (vgl. Art. 4 Abs. 1 EG-Fusionskontrollverordnung). Vorliegend haben die Parteien ihren Zusammenschlusswillen glaubhaft gemacht und das Zusammenschlussvorhaben ist trotz des ausstehenden Entscheides des französischen Parlaments betreffend die Privatisierung von GdF zum gegenwärtigen Zeitpunkt meldefähig.

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

26. Weltweit erzielte GdF im Geschäftsjahr 2005 einen Umsatz von CHF 34,7 Mia.³ Der weltweite Umsatz von Suez für das Geschäftsjahr 2005 betrug CHF 64,2 Mia. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit zusammen einen weltweiten Umsatz von CHF 98,9 Mia.

27. Der Umsatz von GdF in der Schweiz betrug im Geschäftsjahr 2005 CHF [...]. Suez erzielte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2005 einen Umsatz von CHF [...]. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit in der Schweiz einen Gesamtumsatz von CHF [...].

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

¹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. L 24/1 vom 29.1.2004.

² Für die Umrechnung von EUR in CHF wurde der Jahresdurchschnittskurs 2005 (1 EUR = CHF 1.5484) verwendet.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

29. 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).

30. 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.

31. Nachfolgend werden nur diejenigen Märkte abgegrenzt und einer Prüfung unterzogen, in welchen der Zusammenschluss Auswirkungen in der Schweiz zeitigt.

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

32. 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).

33. Ausgegangen wird nur von den Tätigkeitsbereichen der Zusammenschlussparteien in der Schweiz. Wie unter Randziffer 5 ff. und Randziffer 9 ff. aufgeführt, ist die GdF-Gruppe in der Schweiz im Gasbereich und Energiedienstleistungsbereich und die Suez-Gruppe in den Bereichen Energiedienstleistungen, Wasser- und Umweltdienstleistungen und geringfügig im Elektrizitätsbereich tätig.

a) Elektrizität

34. Die Wettbewerbskommission hat im Elektrizitätsbereich bis anhin folgende sachlich relevante Märkte abgegrenzt: Stromerzeugung (Stromproduktion), Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung, Stromhandel (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 33; RPW 2001/4, S. 707 Rz. 12; RPW 2002/2, S. 348, Rz. 23; RPW 2005/2, S. 347, Rz. 42; Atel - EOSH-Aktiven, RPW 2006/3, S. 476, Rz. 64 ff.).

35. Auf dem Elektrizitätsmarkt ist Suez über ihre Tochtergesellschaft AceaElectrabel Trading SpA (nachfolgend AET) und über Electrabel Trading and Portfolio Management (nachfolgend ETPM) im Bereich Stromhandel tätig. Beide Zusammenschlussparteien sind zudem über in der Schweiz tätige Gruppengesellschaften im Bereich Energiedienstleistungen aktiv.

aa) Stromhandel

36. Der Markt für Stromhandel umfasst den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betroffenen Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind. Der Begriff Stromhandel beinhaltet physischen Stromhandel sowie Handel mit nicht physischen Stromderivaten. Beim physischen Stromhandel folgt gestützt auf das Rechtsgeschäft ein physischer Stromtransfer. Dieser physische Stromtransfer unterliegt

immer dem Angebot der Stromproduktion und der Nachfrage nach Strombezug. Im Gegensatz dazu handelt es sich beim nicht physischen Stromhandel um Geschäfte spekulativer Natur, die nicht zu einem physischen Stromtransfer führen (Atel - EOSH-Aktiven, RPW 2006/3, S. 476, Rz. 67).

37. AET tritt gelegentlich auf dem Schweizer Markt als Abnehmer von Strom [...] auf.⁴ Stromhandel zwecks Lieferung in das Ausland fällt allerdings mangels Auswirkungen auf den Schweizer Markt nicht unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes (vgl. Art. 2 Abs. 2 KG). Im Jahr 2005 importierte AET jedoch aufgrund von Unterbrüchen im [...] Verbundsystem einen kleinen Teil des exoptierten Stroms in die Schweiz zurück und trat somit als Anbieterin auf dem Stromhandelsmarkt in der Schweiz auf.⁵ Nach Angaben der Zusammenschlussparteien handelte es sich dabei aber um eine einmalige Ausnahmesituation.

38. ETPM ist erst seit dem 1. Januar 2006 auf dem Stromhandelsmarkt in der Schweiz tätig, sodass noch keine Umsatzzahlen vorhanden sind. Nach Angaben der Parteien ist ihre Aktivität jedoch vernachlässigbar.

ab) Energiedienstleistungen

39. Die Wettbewerbskommission hat bis anhin keine Märkte im Bereich Energiedienstleistungen abgegrenzt. Insbesondere wurde nie definiert, welche Dienstleistungen unter den Überbegriff Energiedienstleistungen fallen. Von einer abschliessenden Aufzählung kann auch vorliegend abgesehen werden. Vielmehr wird nachfolgend nur von den durch die Zusammenschlussparteien im Zusammenhang mit Energie erbrachten Dienstleistungen ausgegangen.

40. GdF ist über Chaleur SA und Minerg-Appelsa Services SA in der Schweiz in den Bereichen Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageinstallationen sowie Installation, Betrieb und Unterhalt von multi-technischen Systemen tätig. Suez ist über Axima AG und deren Tochtergesellschaften im Bereich Gebäudetechnik tätig. Dieser umfasst unter anderem die Infrastrukturbereiche Heizung, Lüftung, Klima, Kälte, Sanitär, MSRL, industrielle Medien, Energietechnik, Elektrotechnik und Telematik.

41. Der Überbegriff Gebäudetechnik, wie er von den Parteien vorliegend definiert wird, ist vom Begriff Facility Management abzugrenzen. Nach Praxis der Wettbewerbskommission beinhaltet Facility Management alle Dienstleistungen, die zum Betrieb und Unterhalt eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind, namentlich Immobilien-Beratungsdienstleistungen, Dienstleistungen zur Vermarktung von Immobilien sowie Bewirtschaftung, Betrieb und Instandhaltung von Immobilien und kaufmännisches

⁴ Im Jahr 2005 kaufte AET [...] in der Schweiz und exportierte diesen Strom nach [...].

⁵ Der in die Schweiz weiter- bzw. zurückverkaufte Strom belief sich auf [...] und generierte einen Umsatz von ca. CHF [...].

Gebäudemanagement. Letzterer Bereich umfasst unter anderem den technischen Gebäudeunterhalt (Heizung, Sanitär etc.) und das infrastrukturelle Gebäudemanagement (RPW 2004/1, S. 141, Rz. 11 ff.). Die Tätigkeitsbereiche der Zusammenschlussparteien stellen somit nur einen Teilbereich des oben definierten Facility Managements dar und können folglich nicht mit diesem Begriff gleichgesetzt werden. Zudem hat die Wettbewerbskommission ohnehin offengelassen, ob überhaupt ein einheitlicher Markt für Facility Management abzugrenzen ist.

42. Gemäss der Praxis der EU-Kommission betreffend die Marktabgrenzung von einzelnen Energiedienstleistungen könnten die oben genannten Tätigkeitsbereiche in folgende sachlich relevanten Märkte eingeteilt werden: Installation und Betrieb/Unterhalt von multi-technischen Systemen⁶, Fernwärmetechnik⁷, Kältetechnik⁸. Multi-technische Systeme umfassen dabei namentlich Heizsysteme, Kühlsysteme, mechanische Systeme, Elektroinstallationen etc. Nach europäischer Rechtsprechung ist die Installation vom Betrieb/Unterhalt multi-technischer Systeme abzugrenzen, da sich die Nachfrage nach diesen Dienstleistungen sowie die Dienstleistungen selbst stark unterscheiden.⁹ Bei der Fernwärmetechnik wird, im Gegensatz zu einem im Gebäude installierten Heizsystem, die Fernwärme in einer zentralen Anlage erzeugt und den Kunden über ein Rohrleitungsnetz zugeführt. Ebenso wird bei der Kältetechnik die Kälte den Kunden von einer zentralen Produktionsanlage über ein bestimmtes Verteilnetz zugeleitet, wobei diese Zufuhrleitungen nicht mit denjenigen für die Lieferung von Fernwärme substituierbar sind.

43. Eine genaue Marktabgrenzung der Tätigkeitsbereiche der Parteien in Bezug auf Energiedienstleistungen kann jedoch vorliegend analog zur Vorgehensweise in Sachen Zusammenschlussvorhaben Atel - EOSH-Aktiven (RPW 2006/3, S. 476, Rz. 77) offengelassen werden, da die Marktanteile der Parteien im Bereich Energiedienstleistungen weit unter den erforderlichen Marktanteilen für die Qualifikation eines betroffenen Marktes im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) liegen. Dies wird nachfolgend illustrativ anhand der sich an die EU-Praxis orientierenden Marktabgrenzung (Installation von multi-technischen Systemen, Betrieb/Unterhalt multi-technischer Systeme, Fernwärmetechnik, Kältetechnik) aufgezeigt (Rz. 55).

b) Gas

44. Die Wettbewerbskommission hatte aufgrund der von ihr bis anhin im Gasbereich geführten Verfahren nur die Gelegenheit, einen Gasgrosshandelsmarkt abzugrenzen, ohne sich über allfällige weitere sachliche Märkte im Gasbereich auszusprechen. Der Gasgrosshandelsmarkt umfasst nach Praxis der Wettbewerbskommission die Belieferung von Gasweiterverteilern durch importierende Ferngasunternehmen (RPW 2003/1, S. 171, Rz. 23).

45. Gemäss Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörde kann der Gasbereich in folgende sachlich rele-

vanten Märkte eingeteilt werden: Erschliessung und Erzeugung, Transport (über das Hochdruckrohrleitungsnetz), Verteilung (über Niederdruckrohrleitungsnetze), Speicherung, Handel und Lieferung.¹⁰ Der sachliche Markt für Handel und Lieferung kann je nach Liberalisierungsgrad des zu untersuchenden Gasmarktes zusätzlich weiter nach Abnehmerkategorien unterteilt werden.¹¹

46. GdF beliefert über Gaz de France Négoce die Gasverteiler Gasverbund Mittelland und Gaznat. Suez ist gegenwärtig in der Schweiz nicht im Gasbereich tätig.¹² Die Belieferung durch GdF von Gasverbund Mittelland und Gaznat entspricht dem von der Wettbewerbskommission bereits abgegrenzten Markt Gasgrosshandel. Vorliegend kann somit offengelassen werden, ob in der Schweiz analog zur EU-Rechtsprechung zusätzliche sachlich relevante Märkte im Gasbereich abzugrenzen sind und welche Produkte/Dienstleistungen solche Märkte allenfalls umfassen würden.

c) Wasser- und Umweltdienstleistungen

47. Im Bereich Wasser- und Umweltdienstleistungen ist Suez in der Schweiz über Degrémont SA, Ozonia AG und Innoplana Umwelttechnik AG tätig. Degrémont SA ist hauptsächlich Anbieterin von Wasseraufbereitung sowie Projektierung und Ausführung damit zusammenhängender Anlagen (Trinkwasser-, Regenwasser-, Reinigungs- und Klärschlammrecyclinganlagen) für Gemeinden und die Industrie. Ozonia SA dagegen ist spezialisiert auf den Teilbereich Wasseraufbereitung durch Ozonbehandlung und Innoplana Umwelttechnik AG auf den Teilbereich Klärschlamm-trocknung. GdF übt keine Aktivitäten in diesen Bereichen aus.

48. Die Wettbewerbskommission hat bis anhin keinen eigenen Markt für Wasser- und Umweltdienstleistungen beziehungsweise keine verschiedenen Märkte in diesem Bereich abgegrenzt. Eine genaue Marktabgrenzung kann auch vorliegend offengelassen werden. Würde ein Markt für kommunale Anlagen zur Wasser- und Abwasseraufbereitung abgegrenzt, welcher alle von der Suez-Gruppe im Zusammenhang mit Wasser erbrachten Dienstleistungen in der Schweiz erfasst, wäre, wie nachfolgend unter Randziffer 55 aufgezeigt wird, der Marktanteil von Suez zu gering,

⁶ Fall Nr. COMP/M.2447 FABRICOM/GTI vom 9.8.2001; Fall Nr. COMP/M.2536 FABRICOM/SULZER vom 9.8.2001.

⁷ Fall Nr. COMP/M.1803 ELECTRABEL/EPON vom 7.2.2000.

⁸ Fall Nr. COMP/M.2704 ELYO/COFATHEC/CLIMSPACE vom 5.3.2002.

⁹ Fall Nr. COMP/M.2447 FABRICOM/GTI vom 9.8.2001, Rz. 10.

¹⁰ Fall Nr. COMP/M.3318 ECS/Sibelga vom 19.12.2003, Rz. 14 ff.; Fall Nr. COMP/M.3696 E.ON/MOL vom 21.12.2005, Rz. 88 ff.

¹¹ Gaslieferung an Händler, regionale Verteilunternehmen, grosse Kraftwerke, grosse Industriekunden, kleine Industrie und Gewerbetunden. Die Gaslieferung an Händler, regionale Verteilgesellschaften und Grosskunden wird oft als Grosshandelsversorgung bezeichnet, während die Gaslieferung an kleine Kunden als Einzelhandelsversorgung bezeichnet wird.

¹² [...].

um einen betroffenen Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU darzustellen. Sogar bei einer viel engeren Marktabgrenzung der Wasserdesinfizierung durch Ozonbehandlung, des Spezialgebiets der Ozonia AG, wäre ein solcher Markt nicht betroffen (Rz. 55). Es kann somit vorliegend offengelassen werden, ob von einer weiten (Wasser- und Abwasseraufbereitung allgemein) oder engen Marktabgrenzung (bspw. Unterteilung in Wasseraufbereitung und Abwasseraufbereitung, Unterteilung nach der Aufbereitungsmethode etc.) auszugehen ist.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

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

a) Elektrizität

aa) Stromhandel

50. Die Wettbewerbskommission grenzte den räumlich relevanten Markt für Stromhandel meist national ab oder liess die genaue Marktabgrenzung offen (RPW 2001/4, S. 707, Rz. 19; RPW 2003/4, S. 774, Rz. 20). Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Atel - EOSH-Aktiven erachtete sie den räumlich relevanten Markt für Stromhandel grösser als die Schweiz, liess die genaue räumliche Marktabgrenzung (ob der Markt sich z.B. nur auf die angrenzenden Länder oder allenfalls auf die EU ausdehnt) jedoch offen (Atel - EOSH-Aktiven, RPW 2006/3, S. 476, Rz. 75). Analog kann auch vorliegend von einer genaueren Marktabgrenzung abgesehen werden, da, wie unter Randziffer 55 aufgezeigt wird, sogar bei einer engen (nationalen) Marktabgrenzung der Markt nicht betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU wäre.

ab) Energiedienstleistungen

51. Die Märkte im Bereich Energiedienstleistungen (Installation von multi-technischen Systemen, Betrieb/Unterhalt von multi-technischen Systemen, Fernwärme- und Kältetechnik) sind mindestens national abzugrenzen, da diese Dienstleistungen mindestens schweizweit nachgefragt werden.

b) Gas

52. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission ist aufgrund der Leitungsgebundenheit von Gaslieferungen von einer engen räumlichen Marktabgrenzung auszugehen. Der Gasgrosshandelsmarkt ist somit nicht grösser als die Schweiz (RPW 2003/1, S. 171, Rz. 23).

c) Wasser- und Umweltdienstleistungen

53. Die Projektierung und Ausführung von Wasseraufbereitungsanlagen - sowie die Wasserdesinfizierung bei einer engen Marktabgrenzung - wird mindestens schweizweit nachgefragt. Folglich ist von einem nationalen Markt auszugehen.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

54. 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.

55. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den oben abgegrenzten¹³ Märkten sind in unten stehender Tabelle aufgeführt:

<i>Markt</i>	<i>Marktanteil GdF</i>	<i>Marktanteil Suez</i>
Stromhandel	0%	0%-10%
<i>Betrieb und Unterhalt von multi-technischen Systemen</i>	0%-10%	0%-10%
<i>Installation von multi-technischen Systemen</i>	0%-10%	0%-10%
<i>Fernwärmetechnik</i>	0%	10%-20%
<i>Kältetechnik</i>	0%	0%-10%
Gasgrosshandel	10%-20%	0%
<i>Kommunale Anlagen zur Wasseraufbereitung</i>	0%	0%-10%
<i>Wasserdesinfizierung durch Ozonbehandlung</i>	0%	20%-30%

56. Aus obiger Tabelle ist ersichtlich, dass nur im Bereich Energiedienstleistungen betreffend Installation, Betrieb und Unterhalt von multi-technischen Systemen sowohl GdF als auch Suez tätig sind. Die kumulierten Marktanteile der Zusammenschlussparteien in diesen Bereichen liegen jedoch weit unter 20%. In allen anderen Märkten ist jeweils nur eine der Zusammenschlussparteien tätig ohne einen Marktanteil von 30% zu erreichen. Die Marktanteilsschwellen von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU sind somit nicht erreicht, und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens für die Schweiz ausgegangen werden. Im Übrigen ist auf den oben genannten

¹³ Auch die oben nicht abschliessend abgegrenzten Märkte sind hiernach zur Illustration der unbedeutenden Stellung der Zusammenschlussparteien in diesen Bereichen in kursiver Schrift aufgeführt.

ten Märkten auch keine wesentliche Verschlechterung der potenziellen Konkurrenz ersichtlich.

B.5.3 Ergebnis

57. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss in der Schweiz eine marktbeherrschende Stel-

lung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

2. *GE/CSFBPE/GIMP*

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 4. September 2006

A Sachverhalt

1. Am 7. August 2006 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Firma General Electric Company (nachfolgend "GE"), der Credit Suisse First Boston Private Equity, Inc. (nachfolgend "CSFBPE") und der Global Infrastructure Management Participation, LLC (nachfolgend "GIMP") erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft die Gründung der Global Infrastructure Management, LLC (nachfolgend JV), ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen. JV wird eine Reihe von verschiedenen Infrastruktur Investment Funds (nachfolgend "JV Funds") verwalten. JV will die steigende Nachfrage zur Verbesserung der Transportwege, der Energieerzeugung und -übertragung und anderer weltweiter Infrastruktur bedienen. Der Fund wird hauptsächlich in Infrastruktur und infrastrukturbezogenen Anlagen investieren. Anlagen, auf die JV besonders abzielt, sind: Gaslagerung und Pipelines, Wasser, Flughäfen, Luftraumüberwachung, Häfen, Schienenverkehr und Strassen mit Maut. Der erste derartige Fund ist Global Infrastructure Partners L.P. (nachfolgend "Fund"). Der Fund wird die Rechtsform einer in Delaware inkorporierten Teilhaberschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Delaware haben.

2. GE ist ein global tätiges, diversifiziertes Produktions-, Technologie- und Serviceunternehmen mit Sitz in Fairfield, Connecticut, USA. GE verfügt über einen Breiten Fächer von Hauptgeschäftseinheiten, von denen jede aus mehreren Divisionen zusammengesetzt ist. Die Hauptgeschäftseinheiten umfassen: GE Infrastructure, GE Industrial, GE Commercial Finance, NBC Universal, GE Healthcare und GE Consumer Finance.

3. CSFBPE wird kontrolliert durch die Credit Suisse Group (nachfolgend "CSG"), ein weltweit tätiges Finanzdienstleistungsunternehmen, welches über ihre wichtigste Tochtergesellschaft, die Credit Suisse, eine Bandbreite von Finanzdienstleistungen wie Investment Banking, Private Banking und Asset Management anbietet. Der Bereich Private Equity der Credit Suisse umfasst Investment Funds, die den Fokus ihrer Geschäftstätigkeit auf fremdfinanzierte Unternehmenskäufe, strukturierte Aktienkapitalinvestments, Mezzanine-Finanzierungen, Investitionen in Liegenschaften, Risiko- und Wachstumskapital und Investiti-

onen in andere private Kapitalbeteiligungs-Funds richten.

4. GIMP wurde von einer Anzahl Personen, welche als Manager von JV tätig sein werden, gegründet. GIMP soll die Aktien des Managements an JV halten.

5. Im Vorfeld der Gründung der JV haben Tochtergesellschaften von GE, die GE Energy Financial Services, Inc. (nachfolgend "GEFS") und die GE Commercial Aviation Services, LLC (nachfolgend "GECAS"), sowie die CSFBPE zusammen Eckpunkte des Gemeinschaftsunternehmens in einem "Summary of Key Terms" vereinbart. Zudem haben GE, CSFBPE und GIMP eine Vereinbarung zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ausgehandelt und am 20. Juli 2006 unterzeichnet.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 28. Juli 2006 ebenfalls der Europäischen Kommission gemeldet (Fall-Nummer M.4315). Diese hat den Zusammenschluss am 1. September 2006 freigegeben. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

B Unterstellung unter das Kartellgesetz

B.1 Unternehmenszusammenschluss

7. Gründen zwei oder mehrere Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996, (VKU; SR 251.4); RPW 1998/3, S. 471 ff., Rz. 5.1 - 5.3).

8. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen kontrolliert (*infra a*);
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen (*infra b*);
- Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fließen in das Gemeinschaftsunternehmen ein (*infra c*).

a) Gemeinsame Kontrolle

9. 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 bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszu-

üben (Art. 1 Abs. 1 VKU). Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen (z.B. Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung), die das beherrschte Unternehmen betreffen, eine Übereinstimmung erzielen müssen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle oben genannten Rechte gleichzeitig bestehen muss (Komm. KG - HOMBURGER, Zürich 1997, N 110 zu Art. 4 KG; analog: Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend: Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses), Abl. C 66 vom 02.03.1998, § 23, 24).

10. Im vorliegenden Fall wird zwischen den Class A Members (GE und CSFPBE) und dem Class B Member (GIMP) unterschieden, wobei die Class A Member leicht unterschiedliche Rechte gegenüber dem Class B Member haben. Was die Zusammensetzung des Board des JV betrifft, so besteht dieses insgesamt aus sieben Direktoren. Die Class A Member setzen je zwei Direktoren und das Class B Member setzt die weiteren drei Direktoren ein.

11. Jeder der gründenden Parteien kommen zudem gewisse Veto-Rechte mit Bezug auf die Beschlüsse des Boards zu. Derartige Beschlüsse umfassen beispielsweise die Gründung neuer Funds und den Abschluss von Fondsvereinbarungen und verwandten Zeichnungsunterlagen.

12. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die gründenden Unternehmen insbesondere bezüglich der Ernennung der Mitglieder des Boards sowie bezüglich der Vetorechte, was gewisse strategische Beschlüsse des JV anbelangt, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeiten des JV und somit die gemeinsame Kontrolle über das JV ausüben.

b) Vollfunktionsunternehmen

13. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor (PATRIK DUCREY, "Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen" in ROLAND VON BÜREN, LUCAS DAVID, "Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht", S. 242):

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbstständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, das heisst, es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Per-

sonal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen (vgl. Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Abl. C 66 vom 02.03.1998, §12).

14. JV wird eine Reihe von verschiedenen Infrastruktur Investment Funds selbstständig verwalten und als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten. JV wird im Tagesgeschäft durch das "Investment Committee", das "Operating Committee" und das "Portfolio Committee" geführt. JV wird seine Investmentpolitik in Bezug auf den Fund somit selber bestimmen können.

15. Was die Ressourcen anbelangt, so wird zwar jeder Class A Member einige, aber nicht alle Mittel zu JV beisteuern. Die restlichen Mittel werden von Drittinvestoren durch die Zahlung von "Management Fees" einbezahlt. JV wird zudem genügend Personal anstellen, um die Managementaufgaben von JV zu erledigen und die diversen Komitees zu besetzen. Deshalb werden dem JV in personeller Hinsicht genügend Ressourcen zur Verfügung stehen.

16. Schliesslich beabsichtigen die Parteien das Geschäft langfristig zu betreiben und eine Auflösung von JV innert fünf Jahren seit der Gründung ist zurzeit nicht geplant.

17. Gestützt auf diese Tatsachen ist davon auszugehen, dass JV auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und ein Vollfunktions-GU gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU darstellt.

c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

18. Eine weitere Voraussetzung für einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 2 Absatz 2 VKU ist, dass in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen müssen. Die Wettbewerbskommission legt dieses Tatbestandsmerkmal eher weit aus (vgl. RPW 1997/2, S. 200; RPW 1998/2, S. 253; RPW 2000/1, S. 37; RPW 2002/3, S. 502). Der Tatbestand ist beispielsweise dann erfüllt, wenn ein Mutterunternehmen seine Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentliches Know-how in das GU einbringt (vgl. PATRIK DUCREY, Gemeinschaftsunternehmen [Joint Ventures] - kartellrechtliche Aspekte, in: Mergers & Acquisitions III, Europa Institut Zürich 2001, S. 138; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, S. 360 f.).

19. Demgegenüber genügt das Einbringen von Kapital allein zumindest nach bisheriger Lehre nicht für die Annahme eines Zusammenschlusses im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG (Komm. KG - DUCREY/DROLSHAMMER, N 135 zu Art. 4 KG; CR Concurrence - VENTURI, Genève, Bâle, Munich 2002, N 124 zu Art. 4 Abs. 3 LCart; DOMINIK C. SUTER DEPLAZES, Gemeinschaftsunternehmen im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht, Europa Institut Zürich 2000, S. 35). Diese Aussagen wurden allerdings für den Finanzdienstleistungssektor im Fall Cashgate/Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding von der Wettbewerbsbehörde relativiert (vgl. RPW 2005/2, S. 360). Obwohl die Frage letztlich offengelassen werden

konnte, wurde der Standpunkt vertreten, dass der Faktor Kapital im Finanzdienstleistungssektor eine hauptsächliche Rolle spielt. Genügt beispielsweise bei Produktionsunternehmen bereits das Einbringen von Betriebsanlagen (vgl. PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR V/2, Basel 2000 mit Verweis auf die Praxis), sollte das Einbringen von Kapital den Anforderungen nach Artikel 2 Absatz 2 VKU genügen, sofern dieses als Mittel für die Geschäftstätigkeit (z.B. für Ausleihungen an Kunden) verwendet wird (vgl. RPW 2005/2, S. 360).

20. Im vorliegenden Fall werden CSFBPE und GE hauptsächlich Kapital in das JV einfließen lassen. Das JV wird im Bereich der Verwaltung von Infrastruktur Anlagefonds tätig sein. Aus den oben genannten Gründen (vgl. Rz. 19) kann das Einbringen von Kapital in einem solchen Bereich, das Kriterium von Artikel 2 Absatz 2 VKU erfüllen. Zusätzlich zum Kapital werden die gründenden Unternehmen zudem auch Expertenwissen und Know-how zum JV beitragen. CSFBPE wird ihre Erfahrung im Bereich der Investition in Transportanlagen und Energie wie auch im Bereich von Finanzprodukten und GE im Bereich der Verwaltung von infrastrukturbezogenen Anlagen einbringen. Schliesslich wird das Senior Management des JV von CSFBPE gestellt, da diese Mitarbeiter zurzeit von CSFBPE beschäftigt sind. Gerade im Bereich der Vermögensverwaltung ist das Know-how von grundlegender Bedeutung, weshalb das Kriterium von Artikel 2 Absatz 2 VKU auch aus diesem Grunde erfüllt ist.

21. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass das Einfließen einer Tätigkeit eines Gründerunternehmens die Abspaltung dieser Geschäftstätigkeit bei einem der Gründerunternehmen bedeutet und dieses somit nicht mehr auf diesem Geschäftsgebiet aktiv bleibt (vgl. CR Concurrence - VENTURI, Genève, Bâle, Munich 2002, N 120 zu Art. 4 Abs. 3; Komm. KG - DUCREY/DROLSHAMMER, N 134 zu Art. 4 KG). Im Falle Swisskey AG wurde das Vereinbaren eines Konkurrenzverbotes als Indiz für die Aufgabe der Geschäftstätigkeit angenommen (vgl. RPW 1998/2, S. 254). Vorliegend werden sowohl CSG als auch GE und GIMP weiterhin im Asset Management tätig sein. Gemäss dem Entwurf des Limited Liability Company Agreements können die Gründungsunternehmen sogar unter gewissen Bedingungen weiterhin in Infrastrukturanlagefonds investieren (vgl. Agreement, Ziff. 4.12) und somit im Wettbewerb mit dem Gemeinschaftsunternehmen stehen (vgl. EU-Meldung, S. 31; Ziff. 8.2).

22. Es stellt sich somit die Frage, ob Artikel 2 Absatz 2 VKU bereits erfüllt ist, wenn der Nachweis gelingt, dass die übertragenen Aktiven es dem JV erlauben, eine eigenständige Tätigkeit auszuüben, oder ob zusätzlich eines der gründenden Unternehmen diese Geschäftstätigkeit aufgeben muss. Weder die Lehre noch die Praxis erlauben eine klare Antwort auf diese Frage. Im vorliegenden Fall kann diese Frage aber offengelassen werden, da - wie noch zu zeigen bleibt (vgl. Rz. 43 ff.) - das Vorhaben aufgrund der geringen Marktanteile weder auf der konzentrativen noch auf der kooperativen Ebene kartellrechtliche Bedenken aufwirft.

B.2 Meldepflicht

23. Weltweit erzielten GE, CSG und GIMP im Geschäftsjahr 2005 insgesamt einen Bruttoertrag von CHF [...] Mio.

24. In der Schweiz erzielten GE, CSG und GIMP im Geschäftsjahr 2005 insgesamt einen Bruttoertrag von CHF [...] Mio.

25. Zwei der beteiligten Unternehmen erzielten zudem in der Schweiz einen Bruttoertrag von über CHF 100 Mio. (GE: CHF [...] Mio.; CSG: CHF [...] Mio).

26. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

27. 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).

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

C.1 Relevanter Markt

C.1.a Sachlich relevanter Markt

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

30. Im Einklang mit der Praxis der Europäischen Kommission gehen die Parteien von einem globalen Markt für das Asset Management aus. Dabei umfassen Asset Management Dienstleistungen die folgenden Dienstleistungen: a) Beratung von Kunden, b) Entwicklung und Verwaltung von Anlagefonds, welche als Standardprodukte vorwiegend an Retail-Kunden verkauft werden und c) Erbringung von Portfolio-Verwaltungs-Dienstleistungen für institutionelle Anleger, Pensionskassen und Institutionen (vgl. Unicredito/HVB, Case COMP/M.3894, Rz. 35).

31. Vorliegend steht die Verwaltung von Anlagefonds im Vordergrund. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben sich mit diesem Bereich bisher nicht spezifisch auseinandergesetzt. Es wurden allerdings bereits verschiedene Aussagen zum allgemeinen Bereich der Vermögensverwaltung beziehungsweise zum Anlagefonds als Produkt gemacht:

32. Nach anfänglicher Praxis der Wettbewerbsbehörde galten Sparen und Anlegen sachlich als dem Retail Banking zugehörend, ohne dass dabei zwischen einzelnen Dienstleistungen und deren Nachfragern differenziert worden war (SLB - GKB - BB Bank Belp, RPW

1997/1, S. 50; Valiant Holding/Bank in Langnau, RPW 1997/4, S. 517). Im Entscheid Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen (vgl. RPW 1997/4, S. 526) machte die Weko sodann eine Unterscheidung zwischen dem Markt für "traditionelles Banksparen" (Sparhefte, Kassenobligationen), dem Markt für Anlageberatung und Vermögensverwaltung sowie Treuhandanlagen (Private Banking) und dem Markt für die Vermögensverwaltung institutioneller Kunden (Asset Management i.e.S.). Schliesslich stellte sich der Weko im Entscheid Zürcher Kantonalbank/BZ Visionen erstmals die Frage einer Differenzierung zwischen individueller und kollektiver Kapitalanlage (vgl. RWP 2002/3, S. 496 ff.). Die Weko argumentierte insbesondere, dass die vier Beteiligungsgesellschaften lediglich Anlagevehikel darstellen, jedoch keine eigentlichen (individualisierten) Dienstleistungen (wie Vermögensverwaltung oder Anlageberatung) erbringen würden. Letztlich wurde ein Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte abgegrenzt, wobei die definitive Markt- abgrenzung offengelassen wurde, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Markt- abgrenzung als unbedenklich qualifiziert wurde (vgl. RWP 2002/3, S. 499, Rz. 13).

33. Es stellt sich die Frage, ob vorliegend der Anlagefonds als Produkt im Vordergrund steht oder ob die Verwaltung eines Anlagefonds als Dienstleistung zu definieren ist.

34. Je nach Strategie kann der Anleger direkt in Finanzinstrumente wie Aktien, Obligationen, Fonds oder strukturierte Produkte, investieren. Diesfalls steht das "Anlageprodukt" im Vordergrund und die Frage der Markt- abgrenzung richtet sich aus Sicht des Anlegers nach der Substituierbarkeit unter Anlageprodukten (vgl. Rz. 39 ff.). Er kann sich dabei aber auch vorgängig oder während der Anlagetätigkeit beraten lassen (Anlageberatung) oder er vertraut sein ganzes oder Teile seines Vermögens einem Vermögensverwalter an und lässt es durch diesen verwalten (Vermögensverwaltung). Diesfalls steht die Dienstleistung im Vordergrund.

35. Der in der EU angewendete Begriff "Asset Management"¹ beinhaltet verschiedene Dienstleistungen, so namentlich die Vermögensberatung ("investment advice"), die Ausführung von Wertschriftenaufträgen ("implementation of this advice") und auch Errichtung, Verwaltung und Verkauf von Fonds ("creation and managing of mutual funds, which are then marketed [...] to retail clients"; "manufacture of [...] tailor-made funds for corporate and institutional customers"). Weiter umfasst der Begriff "Asset Management" die Vermögensverwaltung im engeren Sinn ("portfolio management services for private investors, pension funds and institutions"; "asset allocation"²) sowie Risiko- und Performance-Analysen oder die betriebliche Altersvorsorge. Darüber hinaus werden sogar Dienstleistungen im Bereich der Verwahrung von Wertschriften zum Asset Management gezählt ("the provision of custody services related to the assets under management").

36. Inwiefern alle diese Dienstleistungen in einen einheitlichen Markt gehören, hängt von den persönli-

chen Zielen und Wünschen des Anlegers bezüglich der Anlagestrategie und seiner Risikoneigung ab. In dieser Hinsicht kann einmal zwischen der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung unterschieden werden.

37. Unter Anlageberatung versteht man die sorgfältige Beratung von Kunden in Fragen der Geld- und Kapitalanlage, insbesondere auch die Abgabe von Anlageempfehlungen. Im Gegensatz zur Vermögensverwaltung fällt der Kunde selbst den Kaufs- oder Verkaufsentscheid. In der Vermögensverwaltung verwaltet der Vermögensverwalter das Kundenvermögen selbstständig aufgrund eines schriftlichen Verwaltungsmandates des Kunden. Durch das Verwaltungsmandat überlässt der Kunde den Anlageentscheid dem Vermögensverwalter. Im Verwaltungsvertrag werden lediglich die einzuhaltenden Rahmenbedingungen, namentlich das Anlageziel, festgehalten. Über die Anlagestrategie und die einzelnen Anlageprodukte entscheidet der Vermögensverwalter selber. Bei den Vermögensverwaltungsstrategien wird zwischen individueller und kollektiver Vermögensverwaltung unterschieden. Währenddem im Rahmen der individuellen Vermögensverwaltung die persönlichen Zielsetzungen des Kunden sowie seine spezifischen Restriktionen bezüglich Asset Allokation unter anderem zu beachten sind, sind im Bereich der kollektiven Vermögensverwaltung keine kundenspezifischen Restriktionen zu beachten; hier werden Portfolios einer globalen Asset Allokation zugeordnet und nach einheitlichen Kriterien betreut.

38. Obwohl die Verwaltung eines Anlagefonds in der Regel unter dem Begriff des "Asset Management" subsumiert wird, handelt es sich dabei aber nicht um eine mit der Vermögensverwaltung oder der Anlageberatung substituierbaren Dienstleistung. Im Gegensatz zu einem Vermögensverwalter beziehungsweise einem Anlageberater steht die Fondsleitung nicht in direktem Kontakt mit dem Anleger. Die Fondsleitung verwaltet einzig den Anlagefonds. Sie entscheidet über die Ausgabe von Anteilen, die Anlagen, setzt Ausgabe- und Rücknahmepreise sowie Gewinnausschüttungen fest und macht alle zum Anlagefonds gehörenden Rechte geltend. In diesem Sinne stellt sie sicher, dass das Anlagefondsprodukt Renditen erzielt und gegenüber anderen Anlageprodukten aus Sicht des Anlegers kompetitiv ist. Im Gegensatz zu einem Vermögensverwalter oder Anlageberater betreibt die Fondsleitung aber keine individuelle Beratung über die bestmögliche Anlagestrategie im Hinblick auf die Risikopräferenzen des Anlegers und die entsprechenden voraussichtlichen Renditen und Risiken der verschiedenen Anlageprodukte. Aus diesen Gründen gehört die Errichtung, die Verwaltung und der Ver-

¹ Case No COMP/M.3894 - Unicredito/HVB; Entscheid der EU-Kommission vom 18. Oktober 2005.

² Den Anlagepräferenzen des Anlegers nach wird bei der Asset Allocation in verschiedene Wertpapiere und Länder investiert. Man unterscheidet generell zwischen nationaler und internationaler Allokation und zwischen kurz- mittel- und langfristigen Investitionen.

kauf von Anlagefonds aus Sicht der Wettbewerbsbehörde nicht in den Markt für Vermögensverwaltung. Da die Dienstleistung der Verwaltung auch nicht unabhängig vom Produkt existiert³, ist davon auszugehen, dass es sich um eine an das Produkt des Anlagefonds angeknüpfte Dienstleistung handelt. Dies wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass einerseits sämtliche Finanzinstitute Anlagefonds als Produkte und nicht als Vermögensverwaltungsdienstleistung anbieten und andererseits bei der Abgeltung von Fondsprodukten der Fondspreis und die Rendite im Vordergrund stehen. Der Verwaltungszuschlag beträgt nur ein minimaler Bruchteil davon und ist als Kommission in einem Prozentsatz festgelegt. Anders bei der Vermögensverwaltung. Hier wird die Dienstleistung gesondert abgerechnet.

39. Auf der Produkt-Ebene dienen Finanzinstrumente einerseits als Kapitalbeschaffungsprodukt für Unternehmen. Ausgehend von den Möglichkeiten zur Kapitalbeschaffung, können verschiedene Formen von Finanzierungen unterschieden werden (Kreditfinanzierung - Forderungspapiere, Beteiligungsfinanzierung - Beteiligungspapiere/Anlagefonds/Beteiligungsgesellschaften, derivate Finanzinstrumente). Inwiefern diese Finanzierungsformen Substitute für die Unternehmen sind, kann vorliegend offengelassen werden, da nicht zu erwarten ist, dass das Vorhaben Auswirkungen auf den Kapitalbeschaffungsmarkt haben könnte. Andererseits dient der Anlagefonds als Anlageprodukt. Marktgegenseite werden in diesem Falle die Anleger sein. Dabei wird gemäss gängiger Praxis zwischen institutionellen und privaten Anlegern differenziert.

40. Inwiefern aus der Sicht des Anlegers der Fond mit einem anderen Anlageprodukt substituierbar ist, muss hier nicht abschliessend beantwortet werden. In Anlehnung an die bisherige Praxis kann aber zumindest davon ausgegangen werden (vgl. RWP 2002/3, S. 499, Rz. 13), dass Fonds und fondsähnliche Produkte aufgrund ihres unterschiedlichen Risikoprofils einen eigenen Markt darstellen. Zusammenfassend ist somit vorliegend - analog zum Fall ZKB/BZ Visionen (vgl. RWP 2002/3, S. 496 ff) - von einem Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte und nicht von einem Markt für Asset Management auszugehen.

C.1.b. Räumlich relevanter Markt

41. 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).

42. Die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission hat die Märkte bis anhin zumindest national abgegrenzt. Im Fall ZKB-BZ Visionen grenzte die Weko den Markt räumlich national ab, liess es aber aufgrund der Unbedenklichkeit offen, ob allenfalls ein europäischer oder sogar internationaler Markt zu definieren sei (vgl. RPW 2002/3, S. 499, Rz. 15). Von dieser Markttabgrenzung kann auch im vorliegenden Fall ausgegangen werden, da selbst bei einer nationalen Markttab-

grenzung das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich zu betrachten ist.

C.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

44. Vorliegend ist von einem internationalen Markt auszugehen. Weltweit beträgt der konservativ geschätzte Anteil von JV näherungsweise [< 1]% (anfangs durch das JV verwaltete Vermögenswerte) und [< 1]% (im Fall, dass der Fund das angestrebte Total von CHF [...] Mia. [USD [...] Mia. erreicht]). Gemessen an den weltweiten "Assets under Management" weisen GE und CSG einen Marktanteil von Schätzungsweise [< 1]% beziehungsweise [< 5]% vor. Der gemeinsame weltweite Marktanteil beträgt daher nur ca. [< 5]%. Vom Zusammenschlussvorhaben werden keine weiteren Märkte tangiert.

45. Auch aufgrund der Berechnung der Marktanteile in der Schweiz liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor, da einzig die CSG auf diesem Markt in der Schweiz tätig ist und ihr Marktanteil weniger als [20-30]% beträgt, womit die Schwelle von 30% nicht überschritten wird.

46. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben auf sämtlichen mutmasslich relevanten Märkten zu addierten Marktanteilen von unter 5% führt. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird das bestehende Marktgefüge nicht verändert.

C.3 Ergebnis

47. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben. Artikel 38 KG bleibt vorbehalten.

³ Kollektive Kapitalanlagen unterscheiden sich insofern von anderen Finanzinstrumenten, als in jedem Fall eine Fondsleitung für die Verwaltung eines Anlagefonds bzw. einer Beteiligungsgesellschaft notwendig ist. Im Gegensatz zu Aktien oder Obligationen ist das Fondsprodukt somit immer mit einer Verwaltungsdienstleistung verbunden.

B 2.3	3. ISS/Edelweissfm
-------	---------------------------

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 28. Juli 2006

A Sachverhalt

1. Am 8. Juli 2006 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die ISS Holding AG (nachfolgend ISS) sämtliche Aktien der Edelweiss Facility Management AG (nachfolgend Edelweissfm) zu übernehmen. Hierzu haben die neun Aktionäre der Edelweissfm und die ISS am 8. Juni 2006 einen Aktienkaufvertrag betreffend Erwerb von 100% der Aktien der Edelweissfm unterzeichnet.

2. Die Parteien vereinbarten im Rahmen dieses Aktienkaufvertrags zwei Konkurrenzverbote zulasten der Aktionäre und Verkäufer der Edelweissfm. Das erste betrifft gemäss Aktienkaufvertrag die zwei Hauptaktionäre und wurde für eine Dauer von drei Jahren abgeschlossen, das zweite Konkurrenzverbot betrifft sämtliche neun Aktionäre, welche auch Geschäftsleitungsmitglieder der Edelweissfm sind, und ist auf eine Dauer von **fünf Jahren** angelegt. Das im Aktienkaufvertrag ursprünglich auf sieben Jahre festgesetzte Verbot wurde nach einer informellen Intervention des Sekretariats der Wettbewerbskommission von den Parteien auf fünf Jahre gesenkt. Da in der Schweiz hinsichtlich der zulässigen Höchstdauer von horizontalen Konkurrenzverboten keine gefestigte Praxis besteht, befasst sich der zweite Teil (Rz. 29 ff.) des vorliegenden Antrags ausführlich mit dieser Frage.

3. Die ISS als übernehmendes Unternehmen ist eine schweizerische Tochtergesellschaft des dänischen Konzerns ISS A/S und ihrerseits als Holding-Gesellschaft ausgestaltet, welche über die folgenden 100%-Tochtergesellschaften verfügt: ISS Facility Services AG, Dietikon; ISS Facility Services (Liechtenstein) AG, Schaan; ISS Bernasconi AG, Agno; Jakober Transporte und Kanalreinigung AG, Stans; Jakober AG, Kägiswil; Notter Kanalservice AG, Boswil; ISS Gartenbau AG, Dietikon; Erwin Jakober AG, Dietikon; ISS Aviation AG Dietikon; ISS Aviation SA, Lancy sowie die ISS Pest Control AG, Dietikon. Die ISS Gruppe erbringt nach eigenen Angaben ein integrales Angebot für Facility Services-Lösungen.

4. Kontrolliertes Unternehmen im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist die Edelweissfm, die anlässlich des Outsourcings des FM-Bereichs der [...] (im Folgenden: "Hauptkundin") entstanden ist¹ und FM-Dienstleistungen als Einzelleistungen, Leistungsbündel oder Komplettleistungen anbietet.

Die Parteien erbringen im Einzelnen jeweils folgende Dienstleistungen:

Dienstleistungen	Tätigkeit ²	
	Edelweissfm	ISS
Ver- und Entsorgung	x	x
Reinigung und Pflege	x	x
Instandhaltung	x	x
Betriebsoptimierung	x	-
Kontroll- und Sicherheitsdienste	x	-
Hauswartung	x	x
Miete	x	-
Vermietung	x	-
Mieterbetreuung	x	-
Mietzinsanpassung	x	-
Mieter-Marketing	x	-
Kündigung	x	-
Heiz- und Nebenkostenabrechnung	x	-
Objektbuchhaltung	x	-
Flächenmanagement	x	-
Schlüsselverwaltung	x	-
Parkplatzmanagement	x	-
Mietzinsinkasso	x	-
Postdienst	x	x
Catering	-	-
Empfangsdienst	x	x
Sicherheitsdienst	-	-
Bereitstellung von Audio-, Video- und Kommunikations-Infrastruktur	x	-
Telefondienst	-	-
Transportdienst	x	x
Druck- und Kopierdienst	x	-
Umzugsmanagement	x	x
Layout- und Belegsplanung	x	-

¹ Die Aktionäre der Edelweissfm sind zugleich auch deren Geschäftsleitungsmitglieder und waren früher Angestellte der Hauptkundin.

² "x" bedeutet: Unternehmen ist in diesem Bereich tätig; "-" bedeutet: keine Tätigkeit in diesem Bereich.

5. Die ISS Gruppe strebt mit der Übernahme der Edelweissfm an, ihr Leistungsangebot in der Schweiz weiter auszubauen und zu ergänzen. Der schweizerische Facility Management-Markt erscheint angesichts der Wachstumschancen und dessen Entwicklungspotenzial für die ISS attraktiv. Durch die Übernahme gewinnt die ISS nach eigenen Angaben wertvolle Mitarbeitende mit einem grossen Erfahrungsschatz und Potenzial.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als **Unternehmen** gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG, indem die ISS sämtliche Aktien der Edelweissfm übernimmt. Die neun Aktionäre der Edelweissfm und ISS haben am 8. Juni 2006 einen Aktienkaufvertrag betreffend den Erwerb von 100% der Aktien der Edelweissfm durch die ISS unterzeichnet.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

10. Die am vorliegenden Unternehmenszusammenschluss beteiligte ISS beziehungsweise das mit dieser verbundene Mutterunternehmen ISS A/S erzielten im Jahr 2005 weltweit CHF [...] Umsatz, die ISS in der Schweiz CHF [...] Die Edelweissfm ist nur in der Schweiz und operativ erst seit dem 1. Januar 2006 tätig. Nach Schätzungen der Parteien wird der Umsatz im Jahre 2006 rund CHF [...] erreichen. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG sind damit erfüllt, womit das Zusammenschlussvorhaben den schweizerischen Wettbewerbsbehörden gemeldet werden muss.

B.4 Vorläufige Prüfung

11. 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).

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevante Märkte

13. 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).

14. Die Parteien sind der Ansicht - obwohl sie die Frage einer exakten Marktabgrenzung letztlich offenlassen - dass von einem einheitlichen Markt für Facility Management Services (FM-Markt) ausgegangen werden müsse, zumal die Kunden ganzheitliche Lösungen bei einem einzigen Dienstleister nachfragten.

15. Umfassendes **Facility Management** ("FM") beinhaltet alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind. Gemäss einer Definition der German Facility Management Association (GEFMA) ist Facility Management "die ganzheitliche strategische Betrachtung, Analyse und Optimierung aller Abläufe um ein Gebäude und alle gebäudespezifischen Dienstleistungen des Unternehmens, die nicht zum Kerngeschäft gehören". Dabei ist das FM auch in zeitlicher Hinsicht umfassend und beschlägt den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie (vom Bau über den Betrieb bis zum Abriss).

16. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat die Frage, ob bei der Feststellung des sachlich relevanten Marktes von einem einheitlichen FM-Markt, von einzelnen Bündeln von FM-Dienstleistungen oder einzelnen FM-Leistungen auszugehen ist, bisher offenlassen können.³ Dies rührt daher, dass bis anhin im FM-Bereich nur Unternehmenszusammenschlüsse zu beurteilen waren, in denen eines der Unternehmen in ganz anderen sachlichen Märkten tätig war als das andere Unternehmen. Dadurch war eine Veränderung der Marktstruktur durch den Zusammenschluss von vornherein ausgeschlossen.⁴

17. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist freilich anders gelagert. Sowohl die ISS wie die Edelweissfm sind beide im FM-Bereich tätig, womit es - zumindest in Teilbereichen - zu Marktanteilsadditionen kommt,⁵ so dass eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht von vornherein gestützt auf die fehlende Veränderung der Marktstruktur unterbleiben kann.

³ Vgl. etwa EQT/The Goldman Sachs Group/ISS A/S, RPW 2005/2, S. 399 ff.; 3i Group plc/MIB AG, RPW 2004/1, S. 141 ff.

⁴ Vgl. hierzu auch den Fall CIE Management II Limited/Hirslanden Holding AG, RPW 2003/1, S. 168 ff.

⁵ Vgl. die Übersicht unten N 20.

18. Der Bereich FM gewinnt auch in der Schweiz - die Entwicklung ging von den USA aus und ist heute in Europa namentlich in England und Holland sehr ausgeprägt - zunehmend an Bedeutung.⁶ Dennoch ist zum heutigen Zeitpunkt die Existenz eines eigenständigen FM-Marktes zu verneinen, da die Nachfrage nach integralem FM nach wie vor verschwindend klein ist. Auch eine entsprechende Entwicklung einer vermehrten Inanspruchnahme ganzer Leistungspakete findet nicht statt. Ein diesbezüglicher Trend im Jahr 2003 wurde 2004 nicht bestätigt⁷ und hat sich bis heute nicht wieder eingestellt. Im Gegenteil erachteten 2004 83% (mit stark steigender Tendenz gegenüber den Vorjahren) der Eigentümer und Benutzer von Liegenschaften sowie der FM-Dienstleister die Aussage als richtig, dass bei einer effizienten Organisation eine FM-Dienstleistung intern ebenso wirtschaftlich erbracht werden könne wie durch ein externes Unternehmen.⁸

19. Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass gemäss einer Erhebung der ETH 58% der befragten Eigentümer von Immobilien interne Organisationseinheiten mit FM-Dienstleistungsaufgaben beauftragte, während 33% der FM-Aufgaben externen spezialisierten Einzeldienstleistern, jedoch nur 8% einem externen Anbieter von Dienstleistungsbündeln und gerade einmal 3% einem Komplettanbieter übertragen wurden.⁹ Es bestehen daher nicht unerhebliche Anzeichen, dass nicht von einem eigenständigen FM-Markt ausgegangen werden kann.

20. Nach Angaben der Parteien lassen sich folgende (nicht abschliessende) Gruppen von FM-Märkten und Teilmärkten bilden,¹⁰ wobei - wie noch zu zeigen sein wird - offenbleiben kann, ob diese tatsächlich als je eigene sachlich relevante Märkte abzugrenzen sind.

FM-Märkte	Teilmärkte	Tätigkeit	
		EFM	ISS
Verwaltung (Kaufmännische Sicht)	Miete	x	-
	Vermietung	x	-
	Mieterbetreuung	x	-
	Mietzinsanpassung	x	-
	Mieter-Marketing	x	-
	Kündigung	x	-
	Heiz- und Nebenkostenabrechnung	x	-
	Objektbuchhaltung	x	-
	Flächenmanagement	x	-
	Schlüsselverwaltung	x	-
	Parkplatzmanagement	x	-
Dienste (Infrastrukturelle Sicht)	Postdienst	x	x
	Catering	-	-
	Empfangsdienst	x	x
	Sicherheitsdienst	-	-
	Bereitstellung von Audio-, Video- und Kommunikations-Infrastruktur	x	-
	Telefondienst	-	-
	Transportdienst	x	x
	Druck- und Kopierdienst	x	
	Umzugsmanagement	x	x
	Layout- und Belegsplanung	x	-

⁶ FM Monitor 2004, S. 50; die entsprechenden Zahlen für 2003 und 2002 lauteten 76% bzw. 67%.

⁷ FM Monitor 2004, S. 54.

⁸ Vgl. auch FM-Monitor 2003, S. 162 f.; FM-Monitor 2004, S. 78 f.; FM-Monitor 2005, S. 70 f.

⁹ FM Monitor 2004, S. 54.

¹⁰ Vgl. auch FM-Monitor 2003, S. 162 f.; FM-Monitor 2004, S. 78 f.; FM-Monitor 2005, S. 70 f.

Betrieb und Instandhaltung (Technische Sicht)	Ver- und Entsorgung	x	x
	Reinigung und Pflege	x	x
	Instandhaltung	x	x
	Betriebsoptimierung	x	-
	Kontroll- und Sicherheitsdienste	x	-
	Hauswartung	x	x
Prozessführung (strategische Sicht) ¹¹	Strategische Planung	-	-
	Dienstleistungsmanagement (Contracting)	-	-
	Controlling FM-Leistungen und Benchmarking	-	-
	Festlegen von Standards und Service Levels	-	-
	Steuerung operatives FM	-	-
	Strategische Flächenplanung	-	-
Bauprozess (bauliche Sicht)	Beratungsleistungen	-	-

Werden nur diejenigen Teilmärkte berücksichtigt, bei denen Marktanteilsadditionen stattfinden, ergibt sich folgendes Bild:

<i>FM-Märkte</i>	<i>Teilmärkte</i> ¹²	<i>Tätigkeit</i> ¹³	
		<i>EFM</i>	<i>ISS</i>
Dienste (Infrastrukturelle Sicht)	Postdienst	x	x
	Empfangsdienst	x	x
	Transportdienst	x	x
	Umzugsmanagement	x	x
Betrieb und Instandhaltung (Technische Sicht)	Ver- und Entsorgung	x	x
	Reinigung und Pflege	x	x
	Instandhaltung	x	x
	Hauswartung	x	x

21. Die Situation auf den Teilmärkten mit Marktanteilsadditionen präsentiert sich wie folgt:

¹¹ Diese Dienstleistungen verbleiben in der Regel beim Outsourcing-Auftraggeber oder werden durch diesen an spezialisierte Beratungsunternehmen vergeben.

¹² Die Marktunterteilung entspricht der im FM Monitor 2003, 2004 und 2005 gewählten Unterteilung in einzelne FM-Prozesse.

¹³ "x" bedeutet: Unternehmen ist in diesem Bereich tätig; "-" bedeutet: keine Tätigkeit in diesem Bereich.

<i>Teilmarkt</i>	<i>Marktstruktur und geschätzte Marktanteile</i>
Postdienst	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Der Zusammenschluss führt nur zu einer geringen Marktanteilsaddition (Umsatz EFM: CHF [...], Umsatz ISS: CHF [...], Umsatz kumuliert: CHF [...]). Die Parteien schätzen, dass sie über einen kumulierten Marktanteil von weit weniger als 5% verfügen.
Empfangsdienst	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Beide Parteien erzielen in diesem Teilmarkt relativ geringe Umsätze (zusammen CHF [...]). Die Parteien schätzen ihren kumulierten Marktanteil in diesem Bereich als weit unter 5% liegend.
Transportdienst	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Die Parteien verfügen in diesem Teilmarkt über geringe Umsätze (kumulierter Umsatz von CHF [...]). Sie schätzen, dass ihr kumulierter Marktanteil in diesem Bereich zusammen weit unter 5% liegt.
Umzugsmanagement	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Zudem bieten die meisten Büroausrüstungs- sowie Umzugs- und Transportunternehmungen diese Dienstleistungen an. Der Zusammenschluss führt in diesem Bereich zu einer geringen Marktanteilsaddition (Umsatz EFM: CHF [...], Umsatz ISS: CHF [...], Umsatz kumuliert: CHF [...]). Die Parteien schätzen, dass ihr kumulierter Marktanteil in diesem Bereich unter 5% liegt.
Ver- und Entsorgung	Die Anzahl Marktteilnehmer ist sehr hoch. Vom Kleinunternehmen bis hin zum grossen Unternehmen ist dieser Teilmarkt äusserst heterogen aufgebaut. Die Fusion führt in diesem Bereich zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition (Umsatz EFM: CHF [...], Umsatz ISS: CHF [...], Umsatz kumuliert: CHF [...]). Die Parteien schätzen ihren kumulierten Marktanteil auf weniger als 5%.
Reinigung und Pflege	Das Marktumfeld ist mit demjenigen der Ver- und Entsorgung vergleichbar. Allein der Verband Schweizerischer Reinigungsunternehmer Allpura verfügt über ca. 180 Mitgliedsfirmen. Das geschätzte Marktvolumen liegt bei ca. CHF 2,3 bis 2,6 Mia. ¹⁴ Die Parteien verfügen in diesem Teilmarkt zusammen über einen Umsatz von CHF [...] (ISS [...]; EFM [...]), was einem geschätzten kumulierten Marktanteil der Parteien von rund 7,5% bis 8,5% entspricht.
Instandhaltung	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Zudem bieten beinahe alle Haustechnik-Installationsunternehmen (Heizung, Lüftung, Klima, Sanitär, Elektro) Leistungen in diesem Teilmarkt an. Die Fusion führt nur zu einer sehr geringen Marktanteilsaddition (Umsatz EFM: CHF [...]; Umsatz ISS: CHF [...]; Umsatz total: CHF [...]). Obwohl es den Parteien nicht möglich ist, eine zuverlässige Schätzung des Marktvolumens anzugeben, liegt der Marktanteil der ISS und EFM zusammen wohl unter 5%.
Hauswartungen	Das Marktumfeld ist mit den oben stehenden Märkten vergleichbar. Vielfach wird diese Dienstleistung auch in Kombination mit der Leistung Reinigung und Pflege erbracht. Die Parteien verfügen in diesem Teilmarkt zusammen über einen Umsatz von CHF [...] (ISS [...]; EFM [...]) Obwohl es den Parteien nicht möglich ist, eine zuverlässige Schätzung des Marktvolumens anzugeben, liegt er wohl unter 10%.

22. Die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien gehen von einem recht grosszügig bemessenen Marktvolumen für die Bereiche Betrieb und Instandhaltung, Verwaltung, Dienste und Prozessführung von insgesamt CHF 7 Mia. aus, womit ihr kumulierter Marktanteil 6,3% betragen würde. Da allerdings auch ein deutlich kleiner geschätzter Gesamtmarkt - im Fall EQT/The Goldman Sachs Group/ISS A/S aus dem Jahre 2005 (RPW 2005/2, S. 399 ff., S. 402) wurde von einem Marktvolumen von CHF 3,9-5,85 Mia. ausgegangen - nur zu einem kumulierten Marktanteil von 7,7%-11,5% führt, und aufgrund der ebenfalls geringen (kumulierten) Marktanteile auf den umschriebenen (wesentlich enger gefassten) Teilmärkten muss die Frage der exakten Marktabgrenzung der einzelnen Dienstleistungen, wie erwähnt, im vorliegenden Fall jedoch nicht abschliessend geklärt werden.

B.4.1.b Räumlich relevanter Markt

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

24. Die Parteien bringen mit Blick auf den Entscheid 3i Group plc/MIB AG (RPW 2004/1, S. 141 ff.), vor, dass bei der klassischen Immobilienbewirtschaftung von ei-

¹⁴ Das Marktvolumen wird hergeleitet aus dem Reinigungskostensatz von CHF 14.90/m² bzw. CHF 15.45/m² (vgl. FM Monitor 2003, Abb. 97 und FM Monitor 2004, Abb. 25) multipliziert mit der vorhandenen Geschäftsfläche in der Schweiz von 229 Mio. m² (Schätzung) und multipliziert mit dem outgesourceten Anteil dieser Dienstleistung von 68% bzw. 73% (vgl. FM Monitor 2003, Abb. 42 und FM Monitor 2004, Abb. 70).

nem nationalen Markt auszugehen sei und diese Marktabgrenzung "vermutlich auf den gesamten Bereich des Facility Management[s] ausgedehnt werden" könnte. Die Parteien begründen diese Marktabgrenzung insofern, als die Marktgegenseite aus national- und international tätigen grösseren Unternehmungen bestehe, welche die FM-Anbieter für die Betreuung ihrer in der Schweiz gelegenen Liegenschaften verpflichteten.

25. Entscheidend ist freilich nicht, wie von den Parteien dargestellt, auf welchen Märkten die Nachfrager der Leistungen des sachlich relevanten Marktes *tätig* sind ("national und international tätige grössere Unternehmen"), sondern auf welchen Märkten diese Leistungen tatsächlich nachgefragt beziehungsweise angeboten werden. Dabei könnte von einem nationalen Markt für FM-Dienstleistungen ausgegangen werden, zumal die wesentlichen Anbieter dieser Leistungen gesamtschweizerisch oder zumindest in mehreren Kantonen tätig sind und ihre Leistungen entsprechend grossräumig anbieten. Auch bei den Nachfragern von FM-Leistungen ist entsprechend davon auszugehen, dass sie diese vor allem aufgrund qualitativer Kriterien,¹⁵ nicht jedoch gebietsbezogen nachfragen. Auch wenn diese Tatsachen auf einen gesamtschweizerischen Markt hindeuten, könnte man sich freilich fragen, ob für gewisse Dienstleistungen eher ein regionaler Markt abzugrenzen wäre. In grenznahen Gebieten erscheint ein national abgegrenzter Markt zudem als künstlich und zu eng, werden doch FM-Dienstleistungen ohne weiteres auch grenzüberschreitend erbracht. Aufgrund der geringen (kumulierten) Marktanteile der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen kann jedoch im vorliegenden Fall von einer exakten Marktabgrenzung abgesehen werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

26. 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 diesfalls eine nähere Prüfung.

27. Da das Zusammenschlussvorhaben ISS/Edelweissfm auf sämtlichen mutmasslich relevanten Märkten zu addierten Marktanteilen von unter 10% führt, wird durch das Zusammenschlussvorhaben das bestehende Marktgefüge nicht verändert. Weil dadurch die Marktanteilsschwellen auf den betroffenen Märkten im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht erreicht werden, kann auf eine eingehendere Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite verzichtet

werden. Es ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

B.4.3 Ergebnis

28. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den verschiedenen Märkten für FM-Dienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 beziehungsweise Artikel 32 f KG sind daher nicht gegeben.

C. Nebenabreden - Konkurrenzverbot

C.1 Die kartellrechtliche Fundierung von Konkurrenzverboten

C.1.1 Ausgangslage und Rechtsprechung

29. Konkurrenzverbote, die unter dem Gesichtspunkt der Inhaltsfreiheit von Verträgen nicht zu beanstanden sind, schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.¹⁶ Konkurrenzverbote kommen - wie vorliegend - im Rahmen von Unternehmenskäufen häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.¹⁷ Würde auf Konkurrenzverbote verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und "dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen" könnte.¹⁸

30. Ob solche einseitige Konkurrenzverbote eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG¹⁹ und Artikel 5 KG darstellen, ist umstritten. Das Bundesgericht hat in BGE 124 III 495, Seite 499 f.,²⁰ festgehalten, dass einseitige Konkurrenzverbote grundsätzlich keine Wettbewerbsabrede im

¹⁵ Gemäss FM Monitor 2004, S. 32 und 34 stimmten nahezu 80% der befragten FM-Dienstleister, Eigentümer und Benutzer von Liegenschaften der Aussage zu, dass bei der Vergabe von FM-Leistungen die Leistungsfähigkeit und Kompetenz des FM-Anbieters im Vordergrund stehe, nicht aber der Preis.

¹⁶ Vgl. ROGER ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 248.

¹⁷ MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 ff., 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABI 2005/C 56/03), N 18.

¹⁸ Einleuchtend BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, sic! 2001, S. 481 ff.; ferner Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 18.

¹⁹ Art. 4 Abs. 1 KG hält fest, dass als Wettbewerbsabrede rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, einzustufen sind.

²⁰ Zu diesem Urteil ausführlich LUKAS COTTI, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Diss. Freiburg i.Ue. 2001 (AISUF Nr. 207), N 231 ff.

Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellten und demzufolge kartellrechtlich unbedenklich seien.²¹ Das Bundesgericht stützte seinen Entscheid namentlich auf Artikel 31^{bis} Absatz 3 Buchstabe d aBV, welcher die Verfassungsgrundlage für Vorschriften gegen "Kartelle und ähnliche [...] Organisationen" bildete. Das Bundesgericht setzte für die Annahme einer Wettbewerbsabrede entsprechend ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von zwei oder mehreren Unternehmen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht voraus. Der bundesgerichtliche Entscheid ist im Schrifttum auf einhellige Ablehnung gestossen.²²

31. LEUPOLD²³ wirft dem Bundesgericht etwa vor, dass es einem überkommenen und überwundenen kartellorganisationsrechtlichen Denken verhaftet sei, indem es für eine kartellrechtsrelevante Wettbewerbsabrede das Vorliegen einer "einen bestimmten Organisationsgrad überschreitende[n] interessenvergemeinschaftende[n] Struktur" verlange. Vielmehr würden von Artikel 4 Absatz 1 KG auch Vereinbarungen auf austauschvertraglicher Basis erfasst.²⁴ LEUPOLD kritisiert zudem die grammatikalische Auslegung der Wettbewerbsabrede im Kartellgesetz gestützt auf die damalige Verfassungsnorm, welche den mit dem Kartellgesetz 95 einhergehenden Paradigmawechsel²⁵ noch nicht vollzogen hatte.²⁶

32. ETTER kritisiert ebenfalls das vom Bundesgericht aufgestellte Kriterium der gleichgerichteten Interessen der Parteien, welches entscheidend sein soll, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliege oder nicht. Vielmehr sei eine ökonomische Betrachtungsweise angezeigt und die Auslegung des Kartellgesetzes im Lichte von Artikel 1 KG vorzunehmen. Da das Konkurrenzverbot regelmässig durch den Kaufpreis abgegolten werde, könne zudem "nicht notwendigerweise von einem Interessengegensatz" ausgegangen werden.²⁷ Ablehnend äussern sich auch ZÄCH²⁸ und HOFFET,²⁹ die namentlich das vom Bundesgericht aufgestellte Kriterium "der gleichgerichteten Interessen an einer bestimmten Ausübung von Marktmacht" kritisieren, da das Marktmachtelement weder in Artikel 4 Absatz 1 noch Artikel 5 f. KG enthalten sei.³⁰

C.1.2 Vorgeschlagene Lösungen im Schrifttum

33. Auch wenn das bundesgerichtliche Urteil in dogmatischer Hinsicht im Einklang mit der herrschenden Lehre somit abzulehnen ist, schärfte es doch immerhin im Schrifttum die Sensibilität für die Problematik der kartellrechtlichen Einordnung von Konkurrenzverboten. Dabei sind bis anhin grundsätzlich drei Wege angedacht worden:³¹ (1) Die Qualifizierung der Konkurrenzverbote als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, was die anschließende Prüfung einer allfälligen Unzulässigkeit der Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 KG bedingt. Falls keine Wettbewerbsbeseitigung stattfindet, mithin die gesetzliche Vermutung umgestossen wird, ist hernach zu prüfen, ob Artikel 5 Absatz 1 KG erfüllt ist, und anschliessend eine allfällige Rechtfertigungsmöglichkeit nach Artikel 5 Absatz 2 KG zu untersuchen.³² (2) Der zweite Ansatz besteht darin, der deutschen Immanenzlehre folgend, wonach Konkurrenzverbote nicht gegen das

Kartellrecht verstossen, wenn sie zur Durchführung eines rechtlich zulässigen Hauptvertrags objektiv notwendig sind,³³ - eine Tatbestandsreduktion (teleologische Reduktion) von Artikel 5 Absatz 1 KG vorzunehmen, womit die Konkurrenzverbote von vornherein nicht unter diesen Tatbestand fallen und damit per se unerheblich sind, so dass sich eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Absatz 2 erübrigt.³⁴ (3) Eine dritte Möglichkeit stellt eine nach US-amerikanischem Muster ausgestaltete "rule of reason" dar, wonach Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfüllt ist, soweit das Verbot "truly ancillary" zum Hauptvertrag unabdingbar für die Funktionsfähigkeit des Hauptgeschäfts und in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht angemessen ist.³⁵

²¹ "Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation liegt - abgesehen vom Spezialfall der marktbeherrschenden Unternehmen - nur dort vor, wo zwei oder mehrere Unternehmen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht bewusst und gewollt zusammenwirken. Ein derartiges Zusammenwirken fehlt bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird. Ein solches Konkurrenzverbot beruht nicht auf gleichgerichteten Interessen an einer bestimmten Ausübung von Marktmacht, sondern ist Ausfluss einer vertraglichen Regelung, welche die Parteien zur Auflösung eines Interessengegensatzes treffen und in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich auch beliebig treffen können. Es liegt deshalb keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG vor."

²²Vgl. COTTI (Fn. 20), N 236, mit zahlreichen Hinweisen auf das Schrifttum.

²³ MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes? Urteilsbesprechung von BGE 124 III 495 ff., SZW 1999, S. 150 ff.

²⁴ LEUPOLD (Fn. 23), S. 152; siehe auch COTTI (Fn. 20), N 239 ff.

²⁵ Das bedeutet keine Anknüpfung mehr an den Kartellbegriff zu Gunsten eines funktionalen Verständnisses von Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. LEUPOLD [Fn. 23], S. 152).

²⁶ So auch MARC AMSTUTZ, Bemerkungen zu BGE 124 III 495, AJP 1999, S. 1477 ff., 1481. Die Änderung der Bundesverfassung wurde freilich nur wenige Monate nach dem Bundesgerichtsurteil mit der neuen Verfassungsnorm in Art. 96 Abs. 1 BV, der von "Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen" ausgeht, vollzogen.

²⁷ ETTER (Fn. 18), S. 485.

²⁸ ZÄCH (Fn. 16), N 249 sowie zum Ganzen N 384 ff.

²⁹ FRANZ HOFFET, Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG, Bemerkungen zum Entscheid Engra T des Bundesgerichts vom 13. November 1998, sic! 1999, S. 346 f., 346.

³⁰ WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Fünfter Band Wettbewerbsrecht, Zweiter Teilband Kartellrecht, S. 60, Fn. 15 sowie CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden: die allgemeine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der Bekanntmachung über den Automobilvertrieb und der Revision des Kartellgesetzes, Diss. Zürich 2003, S. 86 f., bezeichnen das bundesgerichtliche Urteil aus denselben Gründen wie ETTER und HOFFET als unhaltbar. Kritisch äussern sich neuestens auch MONIKA RUGGLI/MARKUS VISCHER, Konkurrenzverbote in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2006, S. 294 ff., S. 299, wenngleich ihrer Meinung nach die Erwägungen des Bundesgerichts nicht kategorisch abgelehnt werden sollten.

³¹ Zum Ganzen AMSTUTZ (Fn. 26), S. 1482 f., mit Hinweisen.

³² Diese Lösung vertritt etwa COTTI (Fn. 20), N 247 ff.

³³ Vgl. LEUPOLD (Fn. 17), S. 186 ff.

³⁴ Nach LEUPOLD (Fn. 17), S. 188, ist die wirtschaftliche Effizienz von Konkurrenzverboten zumindest zweifelhaft.

³⁵ AMSTUTZ (Fn. 26), S. 1482 f.

34. Einen mit der rule of reason-Regel vergleichbaren Ansatz schlagen - in Anlehnung an die vor etwas mehr als einem Jahr neu gefasste EU-Bekanntmachung für Einschränkungen des Wettbewerbs bei Unternehmenszusammenschlüssen - RUGGLIVISCHER³⁶ vor, die "zumindest teilweise" dem erwähnten BGE 124 III 495 folgen wollen, indem sie Konkurrenzverbote nicht als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG qualifizieren, sondern vielmehr "als Bestandteile des Unternehmenszusammenschlusses beziehungsweise Kontrollerwerbes im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG. Mit anderen Worten sollen die mit den Konkurrenzverboten einhergehenden Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 9 und Artikel 10 KG beurteilt werden. Nur solche Konkurrenzverbote, "die über das hinausgehen, was für die Übertragung notwendig ist und quasi unter dem Schutzmantel des Kontrollerwerbes" hervortritt, sind dieser Auffassung zufolge nach Artikel 4 und Artikel 5 KG zu beurteilen. Die Notwendigkeit beurteilt sich dabei danach, ob und in welchem Umfang bisherige Kundenbeziehungen zur Verkäuferin bestehen und/oder spezifisches Know-how übertragen wird.³⁷

C.1.3 Praxis der Wettbewerbsbehörden

C.1.3.1 In der Schweiz

35. Die Wettbewerbskommission hat in mehreren Entscheidungen zu Konkurrenzverboten Stellung genommen, ohne jedoch deren kartellrechtliche Fundierung näher zu beleuchten. Im Fall des Zusammenschlussvorhabens Bombardier/Adtranz³⁸ erachtete die Wettbewerbskommission ein Konkurrenzverbot von fünf Jahren als "im Rahmen des bei solchen Zusammenschlüssen Notwendigen" liegend.³⁹ Im Fall Cashgate⁴⁰ wog die Kommission mehrere Gesichtspunkte miteinander ab, so den Umstand, "dass ein Konkurrenzverbot während einer gewissen Zeit für den Aufbau der Geschäftstätigkeit notwendig" sei, dass es sich "um einen Eintritt in neue Märkte" handle sowie im Gegenzug die Parteien das Kreditgeschäft bestens kennen. Aufgrund dieser Abwägung erachtete sie "vorliegend eine Dauer von fünf Jahren für das Konkurrenzverbot, auch im Vergleich mit der EU-Praxis [...], als angemessen".⁴¹ Im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens Denner/Pick Pay⁴² wurde das vereinbarte dreijährige Konkurrenzverbot (wie auch die sachliche und räumliche Ausdehnung des Verbots) unter expliziter Bezugnahme auf die bereits angeführte EU-Bekanntmachung⁴³ als gerechtfertigt erachtet.

36. Für vertikale Konkurrenzverbote erliess die schweizerische Wettbewerbskommission im Übrigen eine Bekanntmachung⁴⁴, wonach solche Verbote von mehr als fünf Jahren als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG anzusehen sind (Ziff. 3 Bst. f).⁴⁵

C.1.3.2 In der Europäischen Union

37. Die EU-Wettbewerbskommission hat in einer Bekanntmachung aus dem Jahre 2001⁴⁶ sowie in einer Novelle aus dem Jahre 2005⁴⁷ Wettbewerbsverbote als kartellrechtlich zulässig erachtet, wenn sie mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar

verbunden und für diesen notwendig sind. Diesfalls kommen nach der einschlägigen Bekanntmachung ausschliesslich die Regeln der Fusionskontrollverordnung zur Anwendung, nicht jedoch die Wettbewerbsregeln der Artikel 81 und Artikel 82 EG. Dies gilt allerdings nur, wenn die Konkurrenzverbote "im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen".⁴⁸

38. In zeitlicher Hinsicht beträgt das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird.⁴⁹ Längere Fristen - bis fünf Jahre - wurden in der Vergangenheit etwa gewährt, wenn nachgewiesen wurde, dass die Kunden dem Veräusserer länger als zwei beziehungsweise drei Jahre treu bleiben würden.⁵⁰ Interessanterweise wird die Möglichkeit, längere Fristen zu gewähren, nicht mehr explizit in der entsprechenden Erwägung der Bekanntmachung erwähnt (so aber noch in der früheren Bekanntmachung⁵¹), sondern nur noch in der Fussnote zu den angeführten Beispielfällen.⁵²

39. In räumlicher Hinsicht hat sich das Konkurrenzverbot grundsätzlich auf das Gebiet zu beschränken, in welchem der Veräusserer die Dienstleistungen oder Waren bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, und in sachlicher Hinsicht auf die Waren und Dienstleistungen, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden.⁵³

C.1.4 Zwischenergebnis

40. Während im Schrifttum seit BGE 124 III 495 eine Kontroverse hinsichtlich der kartellrechtlichen Fundierung von Konkurrenzverboten besteht, hat sich

³⁶ RUGGLI/VISCHER (Fn. 30), S. 299 ff.

³⁷ RUGGLI/VISCHER (Fn. 30), S. 301.

³⁸ RPW 2001, S. 129 ff.

³⁹ RPW 2001, S. 131.

⁴⁰ RPW 2005, S. 358 ff.

⁴¹ RPW 2005, S. 361.

⁴² RPW 2006, S. 131 ff.

⁴³ Vgl. die Bekanntmachung (zit. Fn. 17).

⁴⁴ Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002, S. 404 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu ZÄCH (Fn. 16), N 386.

⁴⁶ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (ABI 2001/C 188/03), N 18 ff.

⁴⁷ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 13.

⁴⁸ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 19.

⁴⁹ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 20.

⁵⁰ So explizit noch in der Bekanntmachung (Fn. 46), N 15 sowie die angeführten Fälle: Entscheidung der Kommission vom 1. September 2000 (COMP/M.1980 - Volvo/Renault V.I., N 56); Entscheidung der Kommission vom 27. Juli 1995 (IV/M.612 - RWE-DEA/Enichem Augusta, N 37); Entscheidung der Kommission vom 23. Oktober 1998 (IV/M.1298 - Kodak/Imation, N 74).

⁵¹ Bekanntmachung (Fn. 46), N 15.

⁵² Dies mit der Wendung "Beispiele für Ausnahmefälle, in denen längere Fristen gerechtfertigt sein könnten".

⁵³ Vgl. Bekanntmachung (Fn. 17), N 22 ff.

die Wettbewerbskommission hierzu (soweit ersichtlich) bis anhin nicht explizit geäußert. Allerdings besteht in der Schweiz eine Bekanntmachung zu vertikalen Konkurrenzverboten⁵⁴. In Bekanntmachungen können nach Artikel 6 KG "die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden [...] in der Regel als gerechtfertigt gelten." Daraus kann abgeleitet werden, dass Konkurrenzverbote grundsätzlich als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG eingestuft werden.

C.2 Die vereinbarten Konkurrenzverbote im konkreten Fall

41. Im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen ist die Qualifizierung von horizontalen Konkurrenzverboten als Wettbewerbsabreden dann entbehrlich, wenn die Konkurrenzverbote räumlich, sachlich und zeitlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen. Dies entspricht dem in der neuen EU-Bekanntmachung gewählten und auch im schweizerischen Schrifttum vorgeschlagenen Vorgehen⁵⁵, wonach Konkurrenzverbote dann nicht als Wettbewerbsabreden zu behandeln sind (und damit nicht auf ihre Unzulässigkeit überprüft werden müssen), wenn die damit verbundene Einschränkung "mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig" ist, so dass diesfalls allein die Fusionskontrollverordnung anwendbar sei.⁵⁶ Weitergehende Konkurrenzverbote sind hingegen - so die EU-Bekanntmachung⁵⁷ - als Wettbewerbsabreden zu betrachten und unterstehen damit der Prüfung von Artikel 81 EG.

42. Die zu konkretisierenden Begriffe der unmittelbaren Verbundenheit und Notwendigkeit sind gemäss EU-Bekanntmachung objektiver Natur.⁵⁸ "Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sind in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Unternehmensgründung verbunden und sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten." Die Voraussetzung der Notwendigkeit bedeutet demgegenüber, dass ohne Konkurrenzverbote "der Zusammenschluss entweder gar nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte."⁵⁹ (...) "Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist."⁶⁰

43. Mit anderen Worten ist bei der Beurteilung eines horizontalen Konkurrenzverbotes in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich dieses für das Zusammenschlussvorhaben räumlich, sachlich und zeitlich als notwendig erweist. Ist dies nicht der Fall, muss in ei-

nem nächsten Schritt geprüft werden, ob das diesfalls nach Artikel 4 Absatz 1 KG als Wettbewerbsabrede einzustufende Konkurrenzverbot unzulässig im Sinne von Artikel 5 KG ist.⁶¹

44. Die Parteien vereinbarten im Aktienkaufvertrag, mit welchem die ISS 100% der Aktien der Edelweissfm erwerben möchte, zwei Konkurrenzverbote zulasten der Aktionäre und Verkäufer der Edelweissfm. Das erste betrifft gemäss Aktienkaufvertrag die zwei Hauptaktionäre und federführenden Geschäftsleitungsmitglieder (CEO und COO) der Edelweissfm. Der Inhalt des Konkurrenzverbots besteht im Wesentlichen darin, dass die beiden Verkäufer während einer Dauer von **drei Jahren** ab Vollzugstermin des Zusammenschlusses die Edelweissfm sowie die ISS sowie ihre Tochtergesellschaften "im Gebiet der Schweiz in keiner Weise [...] konkurrenzieren", so unter anderem kein Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Zweck beraten, gründen, sich daran beteiligen oder für ein solches arbeiten. Ferner dürfen weder Kunden noch Mitarbeiter von den beiden Unternehmen ISS und Edelweissfm abgeworben werden.

45. Das zweite Konkurrenzverbot betrifft sämtliche neun Aktionäre, welche auch Geschäftsleitungsmitglieder der Edelweissfm sind, und ist auf eine Dauer von **fünf Jahren** angelegt. Das im Aktienkaufvertrag ursprünglich auf sieben Jahre festgesetzte Verbot wurde nach einer informellen Intervention des Sekretariats der Wettbewerbskommission von den Parteien auf fünf Jahre gesenkt. Das Konkurrenzverbot beschränkt sich auf die Hauptkündin beziehungsweise ihre in- und ausländischen Konzerngesellschaften. Im FM-Bereich darf für die Hauptkündin nicht gearbeitet, zu diesem Zweck kein Unternehmen gegründet oder in anderen Unternehmen nicht an Mandaten oder Aufträgen für die Hauptkündin oder eine ihrer Konzerngesellschaften mitgewirkt werden. Ferner wer-

⁵⁴ Vgl. auch die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 1999 L 336/21), Art. 5.

⁵⁵ ZÄCH (Fn. 16), N 385; RUGGLI/VISCHER (Fn. 30), S. 299 f.

⁵⁶ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 7.

⁵⁷ RUGGLI/VISCHER (Fn. 30), S. 300; Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 7.

⁵⁸ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 11: "Für die Erfüllung dieser Kriterien reicht es nicht aus, dass lediglich die beteiligten Unternehmen Einschränkungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig erachten. Einschränkungen können nur dann als 'mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden' angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist".

⁵⁹ Die Bekanntmachung (Fn. 17), N 13, führt hierzu aus, dass die für die Durchführung des Zusammenschlusses notwendigen Vereinbarungen in der Regel darauf abzielen, "den übertragenen Vermögenswert zu erhalten, die Versorgungssicherheit nach Auflösung einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit zu gewährleisten oder den Start eines neuen Unternehmens zu ermöglichen".

⁶⁰ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 13; vgl. auch ZÄCH (Fn. 16), N 386.

⁶¹ ZÄCH (Fn. 16), N 385 f.

den die Verkäufer verpflichtet, sich in keiner Weise an der Neuvergabe des Rahmenvertrages mit der Hauptkundin in einer den Interessen des Käufers widersprechenden Art und Weise zu beteiligen.

46. Das erste Konkurrenzverbot erstreckt sich in räumlicher Hinsicht auf die gesamte Schweiz, was angesichts der als mutmasslich *national* abzugrenzenden sachlich relevanten Märkten⁶² als angemessenen zu betrachten ist. In sachlicher Hinsicht stellt das vereinbarte Konkurrenzverbot für die beiden Geschäftsleitungsmitglieder de facto ein Berufsverbot in der Schweiz im FM-Bereich dar. Diese einschneidende Massnahme erklärt sich aus dem von diesen Personen ausgehenden diesbezüglichen Know-how und ihrer herausragenden Stellung in der Geschäftsleitung der Edelweissfm und ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Die Dauer des Konkurrenzverbots ist auf eine Dauer von drei Jahren ab Vollzugstermin des Zusammenschlusses festgelegt. Mit Blick auf die diesbezügliche EU-Bekanntmachung⁶³ stellt eine solche Dauer bei einer zusammen mit dem Unternehmen erfolgenden Übertragung des Geschäftswerts und des Know-hows kein Problem dar und erfordert keine gesonderte Begründung. Dies kann auch vorliegend gelten. Das erste Konkurrenzverbot erweist sich demzufolge als räumlich, sachlich und zeitlich für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben notwendig.

47. Das zweite Konkurrenzverbot beschränkt sich im Gegenzug aber auf die Hauptkundin beziehungsweise ihre Konzerngesellschaften. Dies erscheint insofern notwendig, als sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder profunde Kenntnisse der Tätigkeit der Edelweissfm besitzen. Mehrere Gründe lassen das vereinbarte Konkurrenzverbot in sachlicher Hinsicht als angemessen erscheinen: Die Edelweissfm ging aus einem Outsourcing des FM-Bereichs der Hauptkundin hervor und verfügt erst seit dem 1. Januar 2006 über das Recht, Drittaufträge entgegenzunehmen. Dies führt zu einer ausgeprägten Abhängigkeit von der Hauptkundin, mit welcher ein langjähriger Vertrag zur Erbringung von FM-Dienstleistungen in der Schweiz vereinbart worden ist. Es erscheint vor diesem Hintergrund verständlich, dass der praktisch ausschliessliche Wert der Edelweissfm, der FM-Vertrag mit der Hauptkundin, mittels Konkurrenzverbot hinsichtlich jedwelter Geschäftstätigkeiten mit dieser Hauptkundin abgesichert wird.

48. Fraglich erscheint indessen, ob sich in räumlicher Hinsicht das Konkurrenzverbot auf sämtliche weltweit tätigen Konzerngesellschaften der Hauptkundin zu erstrecken hat. Der Rahmenvertrag mit der Hauptkundin sieht unter Ziffer 3.1 vor, dass der Vertrag für die Hauptkundin "in der geografischen Schweiz" gelte. Unbestritten ist, dass die Edelweissfm bisher nur in der Schweiz tätig war. Daher erscheint es grundsätzlich nicht erforderlich, die Erwerberin ISS im Ausland, wo die Edelweissfm nicht tätig war, vor deren Konkurrenz zu schützen und den Aktionären der Edelweissfm zu verbieten, FM-Dienstleistungen für die Hauptkundin im Ausland (und damit ausserhalb des Geltungsbereichs des Vertrages Edelweissfm-Hauptkundin) in irgendeiner Form erbringen zu dürfen. Im

vorliegenden Fall ist indes zu beachten, dass ein auf das Gebiet der Schweiz beschränktes Konkurrenzverbot es den Aktionären der Edelweissfm ermöglichen würde, FM-Dienstleistungen im grenznahen Ausland, insbesondere in Baden-Württemberg, im Voralberg oder im Lyonnais für Konzerngesellschaften der Hauptkundin im schweizerischen Grenzgebiet zu erbringen. Aus Sicht der ISS, die ebenfalls im grenznahen Ausland tätig ist, erweist es sich demzufolge als wichtig, mindestens auf beschränkte Zeit sicherzustellen, dass sie die Hauptkundin auch im schweizerischen Grenzgebiet für sich gewinnen kann oder wenigstens eine faire Chance besitzt, dieses Ziel zu erreichen. Daher kann das vereinbarte Konkurrenzverbot, zumindest hinsichtlich der Schweiz und dem grenznahen Ausland, auch in räumlicher Hinsicht als notwendig und damit als zulässig beurteilt werden.

49. Soweit sich das Konkurrenzverbot auf das übrige Ausland erstreckt, wäre es dagegen als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren, da sich die damit verbundene Einschränkung mit der Durchführung des Zusammenschlusses nicht als notwendig erweisen würde. Weil sich die Abrede jedoch nicht auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz auswirkt, besteht kein Bedürfnis und nach Artikel 2 Absatz 2 KG auch keine Handhabe, dieses Konkurrenzverbot - falls es eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen würde - räumlich zu beschränken.

50. Die Dauer des Konkurrenzverbots ist von den beteiligten Parteien auf fünf Jahre festgelegt worden. Wie bereits angeführt worden ist⁶⁴, erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als zulässig, wenn (wie vorliegend) mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden. Längere Fristen - bis fünf Jahre - wurden in der Vergangenheit etwa gewährt, wenn nachgewiesen wurde, dass die Kunden dem Veräusserer länger als drei Jahre treu bleiben werden.⁶⁵

51. Die Hauptkundin schloss im Jahre 2005 mit der Edelweissfm einen langjährigen Vertrag für das Gebiet der Schweiz zur Erbringung von FM-Dienstleistungen ab. Da der praktisch ausschliessliche Wert der Edelweissfm im FM-Vertrag mit der Hauptkundin besteht, ist es für die ISS von herausragender Bedeutung, diesen Auftrag nach Auslaufen des bestehenden Vertrags wieder zu erlangen. Mit dem Konkurrenzverbot von fünf Jahren wird sichergestellt, dass sich die Aktionäre der Edelweissfm nicht um dieses Mandat - etwa mittels einer neu gegründeten Gesellschaft - bewerben können. Dieser Ausschluss erscheint sachgerecht, zumal die Aktionäre zum Teil langjährige Mitarbeiter im FM-Bereich der Hauptkundin sowie der

⁶² Vgl. oben N 22 ff., eine exakte Marktabgrenzung konnte angesichts der geringen Marktanteilsadditionen freilich unterbleiben.

⁶³ Vgl. oben Fn. 17.

⁶⁴ Siehe oben N 38.

⁶⁵ Vgl. die entsprechenden Beispiele in Fn. 50.

Edelweissfm waren und daher aufgrund des spezifischen Know-hows gute Chancen besitzen, mit der Hauptkündin wieder einen Vertrag schliessen zu können, was den Wert der Edelweissfm spürbar senken würde. Aufgrund dieser Ausnahmesituation rechtfertigt es sich daher, die von der EU-Bekanntmachung⁶⁶ als zulässig erachtete Höchstdauer eines Konkurrenzverbots im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen von drei Jahren im vorliegenden Fall um zwei Jahre auf fünf Jahre zu erhöhen.

52. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn der Vertrag zwischen der Edelweissfm und der Hauptkündin

beispielsweise bereits Ende 2008 auslaufen würde: Im Einklang mit der einschlägigen EU-Bekanntmachung wäre diesfalls das Konkurrenzverbot auf die im Regelfall zulässige Höchstdauer von drei Jahren zu begrenzen.

C.3 Schlussfolgerung

53. Zusammenfassend betrachtet, erweisen sich die vereinbarten Konkurrenzverbote als kartellgesetzlich zulässig, so dass das Zusammenschlussvorhaben ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen ist.

⁶⁶ Bekanntmachung (zit. Fn. 17), N 20; ebenso ZÄCH (Fn. 16), N 385.

B 2.3

4. Hotelplan-Travelhouse

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 15. November 2006

A Sachverhalt

1. Am 1. November 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, wonach die Hotelplan AG, Glattbrugg (nachfolgend Hotelplan), die Kontrolle über die Solaria Entreprise Holding AG, Zürich (nachfolgend Solaria), erwerben soll.

2. Hotelplan ist eine Tochtergesellschaft des Migros-Genossenschafts-Bunds, Zürich (nachfolgend MGB). Die Geschäftstätigkeit von Hotelplan umfasst die Veranstaltung von Ferien und Reisen sowie den Vertrieb dieser Dienstleistungen über eigene Filialen und Dritte. Hotelplan ist das zweitgrösste Unternehmen in der schweizerischen Reisebranche.

3. Solaria ist die Muttergesellschaft der Travelhouse Holding AG, Zürich (nachfolgend Travelhouse Holding). Die Travelhouse Holding ist die Muttergesellschaft der beiden operativen Gesellschaften Travelhouse Management AG, Zürich (nachfolgend Travelhouse Management), und Travelhouse AG, Zürich (nachfolgend Travelhouse). Nachfolgend werden Solaria, Travelhouse Holding, Travelhouse Management und Travelhouse gemeinsam als Travelhouse-Gruppe bezeichnet. Die Geschäftstätigkeit der Travelhouse-Gruppe besteht in der Erbringung von Reisedienstleistungen. Die Travelhouse-Gruppe tritt in der Schweiz unter verschiedenen Marken als Reiseveranstalter auf und verfügt über eigene Reisebüros. Die Travelhouse-Gruppe ist das viertgrösste Unternehmen in der schweizerischen Reisebranche.

4. Hotelplan und die Travelhouse-Gruppe sind teilweise in anderen Marktsegmenten tätig. Während Hotelplan eine breite Palette von Standardprodukten anbietet, ist die Travelhouse-Gruppe auf verschiedene Teilbereiche des Reisemarktes spezialisiert. Die beteiligten Unternehmen erblicken im Zusammenschluss angesichts der laufenden Entwicklungen auf dem Reisemarkt die Möglichkeit zur Realisierung von Grösse- und Verbundvorteilen.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

5. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsab-

reden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

8. Vor dem Vollzug des Zusammenschlusses werden die Aktien der Solaria von [...] gehalten. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben erlangt Hotelplan [...] % der Aktien der Solaria. Nach Vollzug des Zusammenschlusses werden [...] noch [...] % der Aktien der Solaria halten. Im Aktionärbindungsvertrag wird [...]. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass Hotelplan mit dem Vollzug des Zusammenschlusses die alleinige Kontrolle über die Travelhouse-Gruppe erlangt.

9. Vorliegend handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG.

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 von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

11. Der Umsatz der Migros-Gruppe im Jahr 2005 betrug weltweit rund CHF 20 Mia., derjenige in der Schweiz rund CHF 17 Mia. Der Umsatz der Travelhouse-Gruppe, der fast ausschliesslich in der Schweiz erzielt wird, betrug im Jahr 2005 weltweit rund CHF [...] Mio.

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

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

13. 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).

14. 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.

C.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

15. 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).

16. Praxisgemäss ist der Reisemarkt in einen Veranstalter- und in einen Vertriebsmarkt zu unterteilen (ITV/IVG - TUI (Suisse) AG, RPW 1999/3, S. 483; TUI/Kuoni, RPW 2000/3, S. 401, Rz. 14 ff.). Beim Reisemarkt handelt es sich um einen Markt mit differenzierten Produkten. Es ist nicht auszuschliessen, dass weitere Unterteilungen vorgenommen werden könnten. In Hogg Robinson - Kuoni Business Travel (RPW 2004/1, S. 129 ff.) wurde ein separater Geschäftsreisemarkt abgegrenzt. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist diese Unterteilung indes ohne Relevanz.

a) Veranstaltermarkt

17. Als Marktgegenseite der Reiseveranstalter sind die Endverbraucher, welche Reisedienstleistungen nachfragen, sowie die Reisevertriebsunternehmen, das heisst Reisebüros, zu betrachten. Auf eine Unterteilung des Veranstaltermarktes in verschiedene Teilmärkte, wie zum Beispiel Städtereisen, Badeferien oder Safari, wurde in TUI/Kuoni (RPW 2000/3, S. 401, Rz. 16) ausdrücklich verzichtet. Zu berücksichtigen ist, dass sich die verschiedenen Sparten teils überlappen, indem viele Kunden kombinierte Angebote in Anspruch nehmen. Auch hier scheint es somit sinnvoll, den Veranstaltermarkt als Ganzes zu betrachten.

18. Zu klären ist, ob Ferienreisen, die von den Reisenden selber organisiert werden, zum Veranstaltermarkt gehören. Diese Frage wurde in der bisherigen Praxis verneint (TUI/Kuoni, RPW 2000/3, S. 402, Rz. 17 f.; vgl. hierzu auch den Entscheid der EU-Kommission i.S. Airtours/First Choice, 22.9.1999, IV/M.1524). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bringen in der Meldung vor, diese Auffassung sei aufgrund der Bedeutung des Internets nunmehr überholt. Ernsthafte Konkurrenz erwachse den Reiseveranstaltern durch die Reisebüros und die Leistungsträger (Hotels, Restaurants, Autovermieter, Anbieter kultureller Leistungen) sowie Verkehrsdienstleister (Bahn, Linienflugverkehr, Fähren usw.). Eine besondere Bedeutung komme Online-Portalen (z.B. www.ebookers.ch oder www.expedia.de) zu. Mit anderen Worten erleichtert das Internet - unter Umgehung der Reiseveranstalter - die Kontaktaufnahme zwischen den Nachfragern (Endverbraucher und Reisebüros) und den Anbietern (Leistungsträger und Verkehrsdienstleister). Dass sich hieraus ein Wettbewerbsdruck

auf die Reiseveranstalter ergibt, erscheint plausibel. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann indes offengelassen werden, ob sich aufgrund dessen eine weitere sachliche Marktabgrenzung aufdrängt, da - wie nachfolgend gezeigt wird - auch bei einer engeren Marktabgrenzung keine kartellrechtlichen Vorbehalte gegen das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

19. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird somit von einem sachlich relevanten Markt ausgegangen, der die Veranstaltung von Reisen beinhaltet.

b) Vertriebsmarkt

20. Der Vertriebsmarkt setzt sich aus dem Verkauf von Reisepaketen der Reiseveranstalter, sowie dem Verkauf von Flugtickets und Fahrkarten weiterer Leistungsträger an die Endverbraucher zusammen. Der Vertrieb erfolgt typischerweise über eigene Vertriebsstätten, die Verkaufsstellen anderer Touroperators sowie unabhängige Reisebüros. Daneben kommt dem Direktverkauf eine steigende Bedeutung zu. Diese Leistungen sind aus Sicht der Marktgegenseite, das heisst der Endverbraucher, substituierbar und damit demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen (TUI/Kuoni, RPW 2000/3, S. 402 f., Rz. 21 ff.).

II. Räumlich relevante Märkte

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

22. Bei beiden im vorliegenden Zusammenhang interessierenden sachlichen Märkten kommt eine engere als das Gebiet der Schweiz umfassende räumliche Marktabgrenzung nicht in Betracht. Prüfwert wäre vielmehr, ob aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Internets über das Gebiet der Schweiz hinausgehende räumliche Märkte abzugrenzen sind. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kann indes offengelassen werden, ob sich eine weitere räumliche Marktabgrenzung aufdrängt, da - wie nachfolgend gezeigt wird - auch bei einer engeren Marktabgrenzung keine kartellrechtlichen Vorbehalte gegen das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

23. Im Folgenden wird sowohl für den Veranstalter als auch für den Vertriebsmarkt von räumlichen Märkten ausgegangen, welche die Schweiz umfassen.

C.2 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

24. 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.

a) Veranstaltermarkt

25. Bei der einer Marktabgrenzung, welche Direktbuchungen durch Reisebüros (ca. 51% des Gesamtmark-

tes) und Endverbraucher (ca. 15% des Gesamtmarktes) ausser Acht lässt, ergeben sich folgende Marktanteilszahlen:

	Hotelplan	Travelhouse	Total H+T	Kuoni	TUI	Knecht
2003	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%
2004	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[30-40]%	[10-20]%	[0-10]%
2005	[20-30]%	[0-10]%	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%	[0-10]%

Tabelle 1: Marktanteile Veranstaltermarkt

26. Der Veranstaltermarkt ist somit ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Nach Vollzug des Zusammenschlusses wird Hotelplan marktanteilmässig zu Kuoni aufschliessen. Beim dritten Anbieter TUI handelt es sich um einen international führenden Reiseveranstalter. Daneben bestehen zahlreiche kleinere Anbieter, die sich zum Teil auf einzelne Nischen (z.B. einzelne Länder oder bestimmte Urlaubstypen) spezialisiert haben und in diesen Bereichen als ernsthafte Wettbewerber zu betrachten sind.

27. Die disziplinierende Wirkung von Direktbuchungen durch Reisebüros und Endverbraucher ist ebenfalls zu berücksichtigen, auch wenn Direktbuchungen nicht dem hier betrachteten relevanten Markt zuzu-

ordnen sind (vgl. Rz. 18). Hinsichtlich des potenziellen Wettbewerbs lässt sich festhalten, dass in der jüngsten Vergangenheit mehrere Markteintritte (namentlich erwähnt sei Rewe Touristik) zu verzeichnen waren. Hinsichtlich des Veranstaltermarktes bestehen somit keine Bedenken gegen den Vollzug des Zusammenschlusses.

b) Vertriebsmarkt

28. Nachfolgender Tabelle sind die von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen angegebenen Marktanteile ersichtlich, wobei in Abweichung von den Berechnungen der beteiligten Unternehmen die Direktbuchungen (ca. 17% des Gesamtmarktes) eliminiert wurden.

	Hotelplan	Travelhouse	Total H+T	Kuoni	TUI	SBB
2003	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
2004	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
2005	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

Tabelle 2: Marktanteile Vertriebsmarkt

29. Gemäss Hochrechnungen der Credit Suisse beträgt der Gesamtumsatz auf dem schweizerischen Reisebüromarkt im Jahr CHF 12,5 Mia. (Credit Suisse Economic Research, September 2006). Aufgrund dieser Basis wurden die oben aufgeführten Marktanteilszahlen berechnet. Demnach wäre der Vertriebsmarkt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. In TUI/Kuoni (RPW 2000/3, S. 409, Rz. 63 f.) wurde von folgenden Marktanteilen ausgegangen: TUI/Kuoni 35%-45%, Hotelplan 15%-25%, TTS-Gruppe (39 unabhängige Reisebüros) 10%-20%, unabhängige Reisebüros insgesamt 20%-30%. Allerdings wurde ausgeführt, dass diese Marktanteilsdaten insofern nach unten zu korrigieren seien, als alternative Vertriebskanäle, die ebenfalls dem relevanten Markt zugeordnet werden, nicht berücksichtigt sind.

30. Ungeachtet der genauen Marktanteile kann festgehalten werden, dass nach Angaben des Schweizerischen Reisebüro-Verbandes SRV in der Schweiz rund 2'200 Reisebüros (Verkaufsstellen) existieren. Diese

sind zum Teil spezialisiert auf bestimmte Länder oder Reisetypen, so dass in allen Bereichen starke Nischenanbieter bestehen. Betreffend die Möglichkeit von Markteintritten sei auf den oben erwähnten Eintritt von Rewe Touristik in den schweizerischen Markt verwiesen, der auf dem Vertriebsmarkt in Zusammenarbeit mit Coop erfolgte. Die Bedeutung des Internets ist im Vertriebsmarkt als hoch einzuschätzen, da dieses einerseits eine alternative Vertriebsform für die Reisebüros selber darstellt, andererseits es der Marktgegenseite erleichtert, unter Umgehung der Reisebüros direkt bei Reiseveranstaltern, Leistungsträgern und Verkehrsdienstleistern zu buchen. Auch in Bezug auf den Vertriebsmarkt bestehen keine Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben.

c) Fazit

31. Auch nach Vollzug des Zusammenschlusses verbleiben sowohl auf dem Veranstaltungs- als auch auf dem Vertriebsmarkt eine grosse Zahl aktueller

Wettbewerber. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass die Markteintrittsschranken relativ tief und Markteintritte tatsächlich zu beobachten sind. Auch aufgrund der Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Internet ist der Reisemarkt in Bewegung. Auch nach Vollzug des Zusammenschlusses verfügt die Marktgegenseite über genügend Ausweichmöglichkeiten. Schon aufgrund der Höhe und Verteilung der Marktanteile kann ausgeschlossen werden, dass durch den Zusammenschluss eine alleinige marktbeherrschende Stellung von Hotelplan generiert wird. Auch die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung kann ausgeschlossen werden, da gleich mehrere der hierfür notwendigen Kriterien (vgl. Emi/AZM, RPW 2006/2, S. 279 ff., Rz. 119 ff.) nicht gegeben sind. Aufgrund ähnlicher Erwägungen wie in TUI/Kuoni (RPW 2000/3, S. 405 f., Rz. 41 ff.) kann im

vorliegenden Fall ausgeschlossen werden, dass der Zusammenschluss unilaterale Effekte beinhaltet, wobei im vorliegenden Fall noch hinzukommt, dass Hotelplan und die Travelhouse-Gruppe in anderen Marktsegmenten tätig sind (vgl. Rz. 4).

D Ergebnis

32. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	5. <i>Weitere</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

Capvis Equity II Limited/Orior Food SA

1. Am 4. September 2006 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung der Capvis Equity II Limited Partnership und der Orior Food SA eingegangen, welche den Erwerb der Orior Food SA

durch die Capvis Equity II Limited Partnership zum Inhalt hatte.

2. Auf dem einzigen betroffenen Markt hat keine Veränderung der Marktstruktur stattgefunden, da die Zusammenschlussparteien keine überschneidende Geschäftstätigkeit aufwiesen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab somit, dass durch den Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wurde. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

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

Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2005-2) vom 25. Oktober 2006 in Sachen Swisscom Directories AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 26.1.2005) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 22.11.2004) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Die Swisscom Directories AG (nachstehend SD genannt) ist als Gemeinschaftsunternehmen der Swisscom AG und der PubliGroupe SA gegründet worden (vgl. RPW 1998/4, S. 601 f., Rz. 3 ff.). Sie betreibt für die Grundversorgungskonzessionärin Swisscom AG das Verzeichnisgeschäft: Sämtliche Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA), das heisst sowohl die Grundversorgungskonzessionärin Swisscom AG als auch die übrigen Fernmeldediensteanbieterinnen, sind verpflichtet, ein Verzeichnis ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst zu führen. Die Grundversorgungskonzessionärin hat die zusätzliche Pflicht, gegen Entgelt den Zugang zu den Verzeichnissen aller Fernmeldediensteanbieterinnen in elektronischer Form oder über eine Sprachauskunft in den drei Amtssprachen zu gewährleisten. Für die Erfüllung ihrer Verpflichtung, ein Verzeichnis ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer des öffentlichen Telefondienstes zu führen, können die Fernmeldediensteanbieterinnen seit Inkrafttreten der neuen Verordnung über Fernmeldedienste am 15. November 2001 im Rahmen eines Vertragsverhältnisses Dritte beiziehen. Gestützt auf die entsprechende Bestimmung und privatrechtliche Verträge erhält die SD auch von anderen Fernmeldediensteanbieterinnen Daten zur Aufnahme in ihre Verzeichnisse.

Zwischen Oktober 1999 und Mai 2001 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend Sekretariat genannt) Meldungen verschiedener Unternehmen (Pearsoft GmbH, Säuberlin & Pfeiffer SA, VTX Services SA, Verband Inside Telecom, Glue Software Engineering AG, Räber Information Management GmbH), welche sich über das Verhalten der SD als Anbieterin von Verzeichnisdiensten beklagten.

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2001 stellte die Glue Software Engineering AG ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, welches die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 18. März 2002 abwies (vgl. RPW 2002/2, S. 276 ff.).

Am 15. Januar 2002 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Kartellgesetzes (KG). Gegenstand dieser Vorabklärung bildete zu dieser Zeit die Frage, ob die Verhaltensweisen von SD hinsichtlich des Verkaufs veredelter Verzeichnisdaten

(Daten des elektronischen Telefonverzeichnisses ETV) möglicherweise unzulässig seien. Im Rahmen dieser Vorabklärung befragte das Sekretariat verschiedene Fernmeldediensteanbieterinnen sowie Anbieter von Verzeichnisdiensten.

Per 15. November 2001 trat wie erwähnt die neue Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) in Kraft. Diese verpflichtet die FDA, jedermann auf Verlangen und gegen Bezahlung sowohl den **online**-Zugang zu den (regulierten) Verzeichnisdaten ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer als auch die blockweise Übertragung der Daten mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen bereitzustellen. In der Folge konzentrierte sich die Vorabklärung insbesondere auf die Konditionen, zu welchen SD regulierte Verzeichnisdaten weiterverkaufte.

Im Oktober 2002 gelangten zwei weitere Unternehmen (Xentel AG und My-link AG) mit Meldungen über das Verhalten von SD an das Sekretariat.

Mit Schreiben vom 19. Februar 2003 erklärte der Preisüberwacher auf eine Anfrage des Sekretariats hin, seines Erachtens stelle der Bezug von Verzeichnisdaten vorab ein telekommunikationsrechtliches Problem dar und falle dieser daher in die Zuständigkeit des BAKOM oder der Kommunikationskommission (ComCom). Das BAKOM erklärte seinerseits am 21. März 2003, die Verträge zur Überlassung von (regulierten) Verzeichnisdaten seien fernmelderechtlich nicht zu beanstanden.

Aufgrund der Verlagerung des Verfahrensgegenstandes vom Zugang zum ETV unter anderem auf die Frage der Nutzung regulierter Verzeichnisdaten befragte das Sekretariat am 31. März 2003 erneut verschiedene FDA und aktuelle beziehungsweise potenzielle Verzeichnisanbieter sowie die SD.

Am 4. November 2003 eröffnete das Sekretariat eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG. Dabei wurden SD, Glue Software Engineering AG, my-link AG sowie Räber Information Management GmbH als Parteien und weitere Dritte ohne Parteistellung (Telecommunication Support Services AG, Telegate AG, VTX Services SA, Digicall SA, Sunrise/TDC Switzerland AG, Conduit Europe SA) in das Verfahren einbezogen.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2004 wurde SD und den anderen Parteien Gelegenheit gegeben, zum Antrag des Sekretariats vom 29. Juni 2004 (Verfügungsentwurf) Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 30. September 2004 stellte SD folgende Anträge:

"Die Untersuchung sei einzustellen;

Im Dispositiv des Einstellungsentscheides sei nicht festzustellen, dass Directories über eine marktbeherrschende Stellung verfügt;

Eventualiter für den Fall, dass die Anträge 1 und/oder 2 abgewiesen werden, sei Directories vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission Einsicht in die vollständigen Akten (inkl. der als Geschäftsgeheimnisse qualifizierten Bezugsquellen für Verzeichnisdaten) zu gewähren und Directories im Anschluss daran die Möglichkeit einzuräumen, zum Verfügungsentwurf erneut Stellung zu nehmen;

Directories seien keine Kosten aufzuerlegen."

Am 22. November 2004 verfügte die Wettbewerbskommission Folgendes:

"1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom Directories AG auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen, eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG innehält.

2. Die Untersuchung wird im Übrigen eingestellt.

3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

(...)."

Die Wettbewerbskommission begründete ihren Entscheid damit, sachlich relevanter Markt sei der Markt für Telefon- und Adressdaten in elektronischer Form, näher definiert als Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassten. Zusätzlich und lediglich hilfsweise sei ein Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste abzugrenzen. In räumlicher Hinsicht umfassten beide Märkte die ganze Schweiz.

In einem ersten Markt für die Lieferung von tagesaktuellen Adressdaten in elektronischer Form halte SD ein faktisches Monopol. Die Adressdaten umfassten im fernmelderechtlich festgelegten Minimalumfang sämtliche E.164-Nummern in der Schweiz, da SD einerseits als für die Verzeichnisbelange des Swisscom-Konzerns Verantwortliche mittelbar über sämtliche Adressdaten aller Telefonanschlüsse im Sinne der massgebenden Bestimmungen verfüge, und andererseits als *data agent* von sämtlichen FDA beauftragt worden sei, regulierte Verzeichnisdaten zu erstellen und zugänglich zu machen. SD sei gegenwärtig das einzige Unternehmen, welches aus der Sicht der FDA als *data agent* in Frage komme und regulierte Verzeichnisdaten als Grundlage bestehender oder neuer Verzeichnisse anbiete. Die aktuelle Konkurrenz auf dem Markt für Adressdaten in elektronischer Form sei demnach praktisch inexistent. Zudem bestehe auf dem relevanten Markt praktisch keine potenzielle Konkurrenz, denn es sei unwahrscheinlich, dass innert

nützlicher Frist neue Lieferanten von tagesaktuellen Adressdaten in elektronischer Form unabhängig von den Daten aus dem Datenbestand von SD auf den Markt für Adressdaten in elektronischer Form eintreten würden. Angesichts der mangelnden aktuellen und potenziellen Konkurrenz nehme SD auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassten, eine beherrschende Stellung ein.

In einem zweiten Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste existierten verschiedene alternative *online*- und *offline*-Verzeichnisse sowie Sprachauskunftsdiensteanbieter. Die alternativen Verzeichnisse enthielten indessen entweder nur Geschäftsadressen oder seien nicht tagesaktuell. In fast allen Fällen würden sie zudem unmittelbar oder mittelbar über Verbindungen zum Datenbestand von SD ("Kerndatenbank"; *core database*) alimentiert. Wegen der Abhängigkeit des Marktes für Verzeichnisse und Verzeichnisdienste vom vorgelagerten Markt für elektronische Adressdaten und wegen der gegenwärtigen Übermacht von SD beziehungsweise des ETV auf dem Verzeichnismarkt sei die aktuelle Konkurrenz auf dem Markt für Adressverzeichnisse als gering zu beurteilen. Indessen sei auf dem Markt für Verzeichnisdienste zu beobachten, dass Markteintritte grundsätzlich ohne unüberwindbare Marktzutrittschranken möglich seien und die nötigen Infrastrukturen in technischer und personeller Hinsicht bei diversen Unternehmen weit gehend bereit stünden. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass potenzielle Konkurrenz zu den Verzeichnisprodukten von SD bestehe. Wegen der Interdependenzen zwischen den beiden relevanten Märkten könne vorliegend offengelassen werden, ob SD auf dem Markt für Adressverzeichnisse und Verzeichnisdienste eine beherrschende Stellung einnehme, weshalb sich die nachfolgenden Erwägungen nur mit dem Verhalten von SD bei der Verwaltung und Herausgabe (Preise und Nutzungsbedingungen) der regulierten Verzeichnisdaten befassen.

Auf dem relevanten Markt für elektronische Adressdaten existierten keine vorbehaltenen Vorschriften. Insbesondere unterlasse die Fernmeldegesetzgebung die Formulierung einer staatlichen Markt- und Preisordnung. Zudem existierten auch keine urheberrechtlichen Vorbehalte, da die interessierenden Daten nicht nur keine geistigen Schöpfungen des Verzeichnisbetreibers oder Adresseninhabers seien, sondern vielmehr technische Gegebenheiten, welchen jede urheberrechtliche Individualität fehle.

SD seien keine unzulässigen Verhaltensweisen vorzuerwerfen:

Hinsichtlich der Preise der regulierten Verzeichnisdaten im Verhältnis zu den Daten aus der ETV-Datenbank sei Folgendes festzuhalten: Für einen *online* bezogenen Datensatz regulierter Verzeichnisdaten verrechne SD Fr. 0.016, wobei Rabatte von 5% (ab 1 Mio. bezogener Datensätze) bis zu 25% (ab 40 Mio. bezogener Datensätze) gewährt würden. Demgegen-

über verrechne SD beim preisgünstigsten online-Zugang zur ETV-Datenbank ("ETV Access X.25") die gleichen Preise und gewähre dieselben Rabatte wie beim *online*-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten. Diese Preispolitik sei nicht zu beanstanden, da die Verzeichnisdaten im Umfang von Artikel 29 FDV in der Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten und im ETV identisch seien. Der Mehrwert des ETV im Vergleich zur Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten liege in allfälligen (kostenpflichtigen) Zusatzinformationen bei einer identischen Anfrage.

Da die regulierten Verzeichnisdaten im Rahmen von Artikel 29 FDV auf den *online* zugänglichen Datenbeständen des vor- und nachgelagerten Marktes (wobei als Angebot des vorgelagerten Marktes die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten und als Angebot des nachgelagerten Marktes der ETV-Datenbestand zu verstehen seien) den gleichen Informationsgehalt aufwiesen, und weil sich ein vor- und nachgelagerter Markt für das Gut "regulierte Verzeichnisdaten" weder fernmelde- noch wettbewerbsrechtlich trennen lasse, sei unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht einsehbar, weshalb die regulierten Verzeichnisdaten zu unterschiedlichen Grundpreisen angeboten werden müssten. Eine so genannte "Kosten-Preisschere" ("*price squeeze*"), welche als unzulässige Verhaltensweise qualifiziert werden könnte, sei daher im vorliegenden Fall zu verneinen. Das Gleiche gelte hinsichtlich des übereinstimmenden Mengenrabattsystems: Denn aufgrund des umfangreicheren Datenbestands des ETV führe eine Anfrage beim ETV zu mehr kostenpflichtigen Treffern als eine entsprechende *online*-Anfrage an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten. Dieser Umstand könne wiederum zu grösseren Mengenrabatten führen, was nicht Ausdruck einer wettbewerbsrechtlich missbräuchlichen Verhaltensweise von SD sei, sondern Folge des Aufwands, den SD betreibe, um das ETV innovativ zu gestalten.

Da SD für die Überlassung von Daten aus dem ETV keine Produkte anbiete, welche mit dem Produkt "*offline* regulierte Verzeichnisdaten" vergleichbar seien, sei im Rahmen des *offline*-Bezugs von Daten kein Preisvergleich möglich, der auf eine missbräuchliche Verhaltensweise hindeuten könnte.

Würden die absoluten Preise der regulierten Verzeichnisdaten auf eine allfällige Missbräuchlichkeit hin untersucht, ergebe sich, dass SD aus ihrer Tätigkeit als *data agent* für die FDA keinen Gewinn, sondern Verluste verbuche. Zudem seien auch keine Manipulationen erkennbar. Die Preisbildung von SD im Bereich der regulierten Verzeichnisdaten lasse sich bei dieser Lage nicht als unangemessen qualifizieren. Im Weiteren sei zu berücksichtigen, dass auf dem Verzeichnismarkt besondere Marktverhältnisse herrschten: Dass alle von Artikel 29 FDV erfassten FDA die Erfüllung der Pflichten für die Bereitstellung der regulierten Verzeichnisdaten an SD ausgelagert hätten, bilde ein Indiz, wonach diese Tätigkeit kostenintensiv und organisatorisch aufwändig sei sowie ein speziell auf die Verwaltung von Daten ausgerichtetes Geschäftsmodell erfordere. Der Erfolg eines alternativen Verzeich-

nisses oder Verzeichnisprodukts hänge nicht ausschliesslich vom Zugang beziehungsweise von der Weitergabe blosser regulierter Verzeichnisdaten, sondern von weiteren Innovationen (spezielle, benutzerfreundliche Applikationen oder attraktive, zusätzliche Datenbankinhalte) ab. Neben den Anfangsinvestitionen und den Kosten für die periodische Aktualisierung müsse daher ein beträchtlicher Anfangsaufwand betrieben werden. Verzeichnisse seien sodann nicht nur auf Erträge aus Datenabfragen angewiesen, sondern auch von Werbeeinnahmen abhängig, was ein geeignetes Insertionswesen erfordere. Bei diesen Besonderheiten des Verzeichnismarktes könne keine von SD in kartellrechtswidriger Weise künstlich erzeugte Eintrittsschranke erblickt werden.

Die Nutzungsbedingungen gemäss "Vertrag über den online-Zugang zu den regulierten Verzeichnisdaten" (namentlich das Verbot, insgesamt mehr als 5'000 Datensätzen zu speichern oder in Datenbanken und Programmen einzuarbeiten, um die Datensätze mehrmals abfragen, verwenden oder weitergeben zu können) seien nicht unangemessen, denn SD habe ein legitimes wirtschaftliches Interesse an einer möglichst regen Benutzung der Datenbank, und es bestehe die Gefahr, dass dieses Interesse durch den Einsatz von Einkaufsgemeinschaften unterlaufen werde. Sodann stelle die Bestimmung im "Vertrag zur Überlassung der regulierten Verzeichnisdaten" (*offline*), wonach ein bezogener Datenbestand aus den regulierten Verzeichnisdaten vor einer Weitergabe zuerst im Umfang von 20% des definitiven Preises bearbeitet werden müsse, keine unangemessene Geschäftsbedingung dar. Der Sinn dieser Vertragsbedingung bestehe nämlich darin, eine völlig unbearbeitete Weitergabe der gekauften Daten "en bloc" zu verhindern sowie "Einkaufsgemeinschaften" zu unterbinden. Schliesslich sei auch Ziffer 3.5 des *offline*-Vertrags, wonach nach Ablauf von sechs Monaten keine Aktualisierungen für den einmal ausgewählten Datenbestand geliefert würden, nachvollziehbar. Denn damit solle vermieden werden, dass ein völlig veralteter Datenbestand auf dem Weg der fernmelderechtlich vorgeschriebenen Aktualisierungsmethode mit unverhältnismässigem Aufwand abgeglichen werden müsse. Auch die Verwendung eines Mengen- statt Zeittarifs als Verrechnungsmodell für den *online*-Bezug regulierter Verzeichnisdaten sei sachlich gerechtfertigt, da eine Datenbank nicht durch die blosser Verbindung, sondern erst durch einen Suchvorgang und die Übermittlung der Abfrageergebnisse belastet werde.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass SD aufgrund ihres faktischen Monopols auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eigneten und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassten, eine beherrschende Stellung einnehme. Indessen sei die Untersuchung einzustellen, da es sich nicht habe nachweisen lassen, dass der Preis für den *online*-Zugang sowie die *offline*-Überlassung regulierter Verzeichnisdaten missbräuchlich sei. Ferner sei davon auszugehen, dass die Nutzungsbedingungen, welche SD für den *online*-Zugang sowie für die *offline*-

Überlassung formuliere, auf sachlichen Gründen beruhen. Auf der Grundlage der von SD hergestellten, verwalteten und herausgegebenen regulierten Verzeichnisdaten sei die Entstehung von Wettbewerb auf dem schweizerischen Verzeichnismarkt in Konkurrenz zu den ETV-basierten Produkten von SD möglich. Markteintritte seien sehr wohl kapital- und innovationsintensiv, doch könnten in diesem Umstand angesichts der Partikularitäten dieses Marktes keine unüberwindbaren Markteintrittsschranken erblickt werden. Und schliesslich beruhe die Verwendung eines Mengentarifs für die Verrechnung von *online*-Anfragen an die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten auf sachlichen Gründen.

B. Gegen diese Verfügung erhob die Swisscom Directories AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt [...], am 26. Januar 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission EVD. Sie beantragt Folgendes:

1. Weder die in Ziffer 4 noch die in Ziffer 5 der Verfügung der Weko vom 22. November 2004 (Untersuchung i.S. Swisscom Directories AG) genannten Unternehmen noch irgendwelche Dritten seien im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Parteien zuzulassen;

2. Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Weko vom 22. November 2004 (Untersuchung i.S. Swisscom Directories AG) sei aufzuheben;

3. Eventualiter sei Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Weko vom 22. November 2004 (Untersuchung i.S. Swisscom Directories AG) aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung der Marktabgrenzung und der Marktstellung der Beschwerdeführerin an die Weko zurückzuweisen.

4. Subeventualiter sei Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Weko vom 22. November 2004 (Untersuchung i.S. Swisscom Directories AG) aufzuheben und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin sei auf den Markt für "die Lieferung regulierter Verzeichnisdaten in elektronischer Form" zu beschränken;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen - gemäss nachzureichender detaillierter Kostennotte - zulasten der Weko oder der Staatskasse.

Zu ihrer Beschwerdelegitimation führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe vor der Wettbewerbskommission den Antrag gestellt, es sei im Dispositiv auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung zu verzichten. Da sie mit diesem Antrag nicht durchgedungen sei, sei sie zur Beschwerde legitimiert. Aus der Feststellung der Wettbewerbskommission erwachsen ihr konkrete tatsächliche und rechtliche Nachteile: So müsste sie in Zukunft der Wettbewerbskommission jeden Zusammenschluss melden, selbst wenn die Schwellenwerte nicht erreicht würden. Während der Prüfungsfrist, die bis zu fünf Monate dauern könne, wäre der Vollzug des Zusammenschlusses untersagt. Bei Verletzung der Meldepflicht würden ihr Bussen von bis zu CHF 1 Mio. drohen. Zudem seien Meldun-

gen von Zusammenschlussvorhaben sehr aufwändig. Mit der rechtskräftigen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung würde zudem praktisch ihre gesamte Geschäftstätigkeit in Zukunft der Verhaltenskontrolle gemäss Artikel 7 KG unterstehen. Dadurch würde ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit stark eingeschränkt werden. Im Weiteren würde ihr Image nachhaltig geschädigt werden, denn der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens sei in der Öffentlichkeit negativ besetzt. Schliesslich hätte Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung zur Folge, dass der Zivilrichter in einem Kartellzivilverfahren ihre marktbeherrschende Stellung (zu Unrecht) wohl bejahen würde, ohne bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten einzuholen. Zudem würde die rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für potenzielle Kläger geradezu eine Einladung darstellen, um gegen sie Zivilprozesse zu führen, da die Kläger die marktbeherrschende Stellung wohl nicht mehr zu beweisen hätten.

Keinem der in Ziffer 4 und 5 der Verfügung genannten Unternehmen sei im vorliegenden Verfahren Parteistellung einzuräumen. Den in Ziffer 5 der Verfügung genannten Unternehmen habe die Wettbewerbskommission zu Recht die Parteistellung abgesprochen; umso weniger erfüllten sie die (höheren) Voraussetzungen, um sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Parteien zu beteiligen. Den in Ziffer 4 der Verfügung genannten Unternehmen habe die Wettbewerbskommission im Untersuchungsverfahren fälschlicherweise Parteistellung eingeräumt. Daraus ergebe sich aber nicht die Beschwerdelegitimation im vorliegenden Verfahren. Zudem handle es sich bei den genannten Unternehmen um gewöhnliche Konkurrenten von ihr, die entweder wie sie *online*-Verzeichnisse betrieben (Glue Software Engineering AG und Räber Information Management AG) oder sich bei den FDA ebenfalls um den Auftrag zur Herstellung und Veredelung der regulierten Verzeichnisdaten beworben hätten (my-link AG). Zu dieser Konkurrenzsituation müsse indessen zusätzlich eine erhebliche Behinderung der wirtschaftlichen Position hinzutreten. Wenn die Wettbewerbskommission nach einer mehrjährigen und umfassenden Untersuchung zum Schluss komme, dass keine Anhaltspunkte für ein kartellrechtswidriges Verhalten bestünden, so könnten die in Ziffer 4 der Verfügung genannten Unternehmen auch nicht schwer wiegend in ihrer wirtschaftlichen Aktivität behindert sein, weshalb ihre Legitimation zu verneinen sei.

Es bestehe keine gesetzliche Grundlage für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebe sich, dass der Entscheid der Wettbewerbskommission konkrete Massnahmen zum Gegenstand haben müsse. Diese Massnahmen müssten darauf hinzielen, die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und den wirksamen Wettbewerb wieder herzustellen. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sei keine "zu treffende Massnahme" im Sinne der massgebenden Bestimmung. Ebenso wenig sei eine solche Feststellung auf die Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs gerichtet. Bekanntlich sei das Inneha-

ben einer marktbeherrschenden Stellung nicht verpönt und mit dem Kartellgesetz durchaus zu vereinbaren; erst der Missbrauch der Stellung sei kartellrechtlich unzulässig. Dies impliziere, dass die Wettbewerbskommission erst dann Massnahmen treffen dürfe, wenn tatsächlich ein Missbrauch vorliege. Andernfalls bestehe weder ein Grund noch die Kompetenz, um zum Nachteil eines Unternehmens zu verfügen. Indem die Wettbewerbskommission festgestellt habe, die Beschwerdeführerin verfüge über eine marktbeherrschende Stellung, habe sie ihr Ermessen überschritten. Diese Feststellung verletze auch ihren Anspruch auf Gleichbehandlung, denn die Wettbewerbskommission habe in konstanter Praxis von einer Feststellung der Marktbeherrschung abgesehen, wenn das Verfahren eingestellt worden sei.

Im Weiteren nehme sie keine marktbeherrschende Stellung ein: Das *online*-Verzeichnis telsearch.ch sei seit Jahren das in der Schweiz führende Verzeichnis von Telefonnummern. Es sei von ihr unabhängig und beziehe insbesondere bei ihr keine Verzeichnisdaten. Es müssten daher alternative Bezugsquellen vorhanden sein. Wenn solche Bezugsquellen existierten, was das Beispiel von telsearch.ch belege, könne sie nicht über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Verzeichnisdaten verfügen. AZ Direct AG sei eine der alternativen Bezugsquellen. Da die Daten der AZ Direct AG mehr Datensätze umfassten als die Datenbank mit den regulierten Verzeichnisdaten, Telefonnummern umfassten und dank täglichen beziehungsweise wöchentlichen Updates aktuell seien, erwiesen sich die Daten der AZ Direct AG aus Sicht der Marktgegenseite als vollwertige Alternative zu den Daten der Beschwerdeführerin. Auch die Wettbewerbskommission stelle in der Verfügung nicht in Abrede, dass es neben der Beschwerdeführerin noch weitere bedeutende Anbieter umfassender Verzeichnisdatenbanken gebe. Entgegen der Ansicht der Wettbewerbskommission sei es irrelevant, woher die Verzeichnisdaten letztlich stammten, solange ein Markt bestehe, auf dem sich Verzeichnisanbieter mit Verzeichnisdaten in elektronischer Form eindecken könnten, wie das Beispiel von telsearch.ch beweise. Auf jeden Fall gebe es neben ihren Verzeichnisdaten noch andere primäre Quellen, anhand derer eine umfassende Verzeichnisdatenbank errichtet beziehungsweise aktualisiert werden könne (Einwohnerkontrolle, Handelsregisteramt, schweizerische Post bzw. DCL Data Care AG, Schober Information Group, Betreiber von Internetsuchmaschinen). Indem die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung die Einwohnerkontrollen und Handelsregisterämter als alternative Datenlieferanten pauschal ausgeschlossen habe, habe sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Hinzu komme, dass die Wettbewerbskommission den relevanten Markt falsch abgegrenzt habe: So sei das seit Jahren führende *online*-Verzeichnis telsearch.ch, welches ohne tagesaktuelle Verzeichnisdaten auskomme, Beweis dafür, dass die Tagesaktualität der Verzeichnisdaten für die Verzeichnisanbieter nicht vorrangig sei. Auch *offline*-Verzeichnisse (Telefonbücher und insbesondere elektronische Verzeichnisse auf

CD/DVD) hätten nach wie vor eine grosse Bedeutung, obwohl die darin enthaltenen Daten schon am Erscheinungstag nicht mehr tagesaktuell seien. Offenbar betrachteten die Nutzer von telsearch.ch und von *offline*-Verzeichnissen die nicht tagesaktuellen Verzeichnisdaten als perfektes Substitut für tagesaktuelle Verzeichnisdaten. Da es sich bei der Aktualität der Daten somit lediglich um ein untergeordnetes Qualitätsmerkmal handle, könne der sachlich relevante Markt nicht anhand dieses Merkmals abgegrenzt werden. Schliesslich sei die Marktabgrenzung der Wettbewerbskommission in der Verfügung auch deshalb nicht haltbar, da es eine "Tagesaktualität" aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht gebe und die Wettbewerbskommission diesen Begriff auch nicht definiere. Es bestehe somit kein eigener relevanter Markt für "tagesaktuelle" Verzeichnisdaten.

Die Wettbewerbskommission habe die Unterscheidung zwischen regulierten Verzeichnisdaten gemäss FDV einerseits und den veredelten Verzeichnisdaten andererseits nicht konsequent durchgezogen. Insbesondere in Ziffer 1 des Dispositivs werde generell von einer angeblich marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Markt für "tagesaktuelle Verzeichnisdaten in elektronischer Form" gesprochen. Damit umfasse das Dispositiv neben den regulierten Verzeichnisdaten wohl auch die veredelten Verzeichnisdaten. Die von ihr hergestellten regulierten Verzeichnisdaten könne aber von Gesetzes wegen jedermann beziehen. Insofern beschränke sich eine angeblich marktbeherrschende Stellung in jedem Fall auf die regulierten Verzeichnisdaten; auf den nachgelagerten Stufen der Veredelung und der veredelten Verzeichnisdaten herrsche dagegen intensiver Wettbewerb. Daher müsste auch in Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf die regulierten Verzeichnisdaten beschränkt werden.

Schliesslich habe die Wettbewerbskommission ihren Anspruch auf *rechtliches Gehör* verletzt: Die angefochtene Verfügung basiere hinsichtlich der Marktabgrenzung und der Marktstellung auf geheimen Informationen von Konkurrenten (telsearch.ch, Swisssguide, DCL), in welche sie - trotz entsprechenden Antrags - keine Einsicht gehabt habe. Gleichzeitig habe die Wettbewerbskommission gegen die Bestimmung verstossen, wonach auf ein geheimes Aktenstück zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden dürfe, wenn ihr die Behörde dessen wesentlichen Inhalt zur Kenntnis gebracht habe und der Partei Gelegenheit gegeben worden sei, sich zu äussern. Ohnehin sei die Qualifikation der Datenbezugsquellen der Konkurrenten als Geschäftsgeheimnis fragwürdig, denn die Datenlieferanten richteten sich mit ihren Angeboten im öffentlichen Markt an potenzielle Kunden. Selbst wenn die Geschäftsgeheimnisse der beteiligten Unternehmen im vorliegenden Fall höher zu werten gewesen seien als ihr Anspruch, hätte die Wettbewerbskommission ihr die wichtigsten Informationen - unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse - zur Verfügung stellen können. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei auch dadurch verletzt worden, als in der Verfügung kaum auf ihre Argumente eingegangen werde, wel-

che sie in ihrer Stellungnahme vorgebracht und dokumentiert habe.

C. Mit Vernehmlassung vom 21. März 2005 beantragt die Wettbewerbskommission, die materiellen Anträge der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Zur Begründung bringt sie vor, bezüglich der von der Wettbewerbskommission mit Verfügung zu treffenden Massnahmen nach Abschluss eines Untersuchungsverfahrens existiere kein *numerus clausus*. Der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung stehe daher nichts im Wege. So sehe das Gesetz im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen denn auch vor, dass die Wettbewerbskommission im Dispositiv einer Verfügung eine Marktbeherrschung feststellen könne.

Die Beschwerdeführerin rüge zu Unrecht, ihr Anspruch auf Gleichbehandlung sei verletzt worden. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Untersuchungen, in denen die Wettbewerbskommission von einer Feststellung der Marktbeherrschung abgesehen habe, seien abgesehen von zwei Fällen darauf zurückzuführen gewesen, dass die betroffenen Unternehmen ihr möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten angepasst oder beendet hätten. In den beiden anderen Fällen habe sie gar keine marktbeherrschende Stellung feststellen können. Besonders in Fällen, in denen das betroffene Unternehmen sein Verhalten bereits zu Beginn des Verfahrens anpasse, wäre es aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten nicht sinnvoll, weitere Sachverhaltsabklärungen zur Frage einer allfälligen Marktbeherrschung vorzunehmen. Da es sich im vorliegenden Fall um eine herkömmliche Untersuchungseinstellung am Ende eines Verfahrens handle, die anderen Verfahren indessen Untersuchungseinstellungen bei Verhaltensanpassungen betreffen, liege aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslagen gar keine Ungleichbehandlung vor.

Die Beschwerdeführerin habe zu Unrecht von der Nutzung der *website* telsearch.ch auf das Bestehen einer alternativen Datenbezugsquelle geschlossen. Denn die Daten von telsearch.ch verfügten nicht nur über keine Tagesaktualität, sondern seien teilweise erheblich veraltet, wie verschiedene Beispiele von umgezogenen Personen zeigten. Dies verdeutliche, dass für telsearch.ch wie auch für alle anderen interessierten Unternehmen keine alternativen Bezugsquellen zu den Daten der Beschwerdeführerin bestünden. Dies veranschauliche die monopolartige Stellung, über welche die Beschwerdeführerin im fraglichen Bereich verfüge. Was die von der Beschwerdeführerin genannte AZ-Direct betreffe, sei festzuhalten, dass AZ-Direct nicht selber über Telefonnummern verfüge, sondern diese extern - vermutlich indirekt von der Beschwerdeführerin - beschaffen müsse. Auch die anderen von der Beschwerdeführerin als alternativ bezeichneten Bezugsquellen für Verzeichnisdaten (Einwohnerkontrollen, Handelsregisterämter, Internetsuchmaschinen) kämen als Substitute nicht in Frage: Bereits aus datenschutzrechtlichen Gründen sei ein Bezug von Datenbeständen zu rein kommerziellen Zwecken bei Einwohnerkontrollen ausgeschlossen. Was den Datenbezug bei Handelsregisterämtern

betreffe, sei auf die angefochtene Verfügung zu verweisen. Schliesslich sei es grundsätzlich fragwürdig, dass via Internetsuchmaschinen tagesaktuelle Verzeichnisdaten bezogen würden. Dies gelte insbesondere für den Bezug von Telefonnummern durch Privatpersonen.

Was die gerügte falsche Marktabgrenzung betreffe, sei darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall Marktgegenseite insbesondere Unternehmen seien, welche Verzeichnisdaten einkauften, um auf nachgelagerten Märkten wie beispielsweise telefonischen Auskunftsdiensten tätig zu sein. Aus deren Sicht sei die Qualität des Datenbestandes, insbesondere dessen Vollständigkeit und Aktualität, sowie die elektronische Verfügbarkeit von ausschlaggebender Bedeutung, um auf den nachgelagerten Märkten tätig sein zu können. So sei für Betreiber eines telefonischen Auskunftsdienstes die Tagesaktualität des Datenbestandes von entscheidender Bedeutung, ansonsten er die Bedürfnisse seiner Kunden nicht erfüllen könne. Das Kriterium der Tagesaktualität sei auch deswegen wesentlich, weil die Beschwerdeführerin als *data agent* indirekt gezwungen sei, die regulierten Verzeichnisdaten tagesaktuell zugänglich zu machen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin habe sie die Marktbeherrschung nicht zu umfassend formuliert. Die Feststellung der Marktbeherrschung entspreche der dominanten Stellung auf dem abgegrenzten relevanten Markt, welcher nicht nur die regulierten Verzeichnisdaten umfasse.

Was die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs betreffe, sei darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall nicht wesentlich gewesen sei, wo telsearch.ch seine Daten bezogen habe, sondern wie aktuell die Daten gewesen seien. Insofern hätten die Stellen mit den Datenbezugsquellen abgedeckt beziehungsweise als Geschäftsgeheimnis bezeichnet werden dürfen. Eine Angabe des Inhalts der Tatsachen sei mangels Entscheidungsrelevanz nicht notwendig gewesen. Im Übrigen habe sie in begründeter und nachvollziehbarer Weise ausgeführt, warum abgesehen von der Beschwerdeführerin keine andere Datenbank über Tagesaktualität verfüge. Mit welchen anderen, nicht aktuellen Datenquellen eine Datenbank abgeglichen werde, sei für den Entscheid nicht bedeutsam gewesen.

Schliesslich sei festzuhalten, dass sie sich im Rahmen ihrer 115 Seiten umfassenden Verfügung mit allen Vorbringen der Beschwerdeführerin, welche diese bereits im Rahmen der verschiedenen Stellungnahmen vor der Wettbewerbskommission vorgebracht habe, einlässlich auseinandergesetzt habe. Die nicht näher konkretisierten Rügepunkte der Beschwerdeführerin seien in dieser Stellungnahme mit Verweisen auf die angefochtene Verfügung bereits behandelt worden. Ob sich die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung explizit auf ein Vorbringen der Beschwerdeführerin berufe, mittels Querverweis oder implizit auf ein Argument der Beschwerdeführerin eingegangen sei, spiele dabei keine Rolle.

D. Mit Eingabe vom 9. Februar 2005 beziehungsweise vom 4. April 2005 beantragten die my-link AG und die Glue Software Engineering AG die Einräumung von Parteirechten.

Hierauf wies die Beschwerdeführerin die Rekurskommission EVD am 25. Mai 2005 ausdrücklich auf ihren Antrag in ihrer Beschwerde hin, wonach weder diesen beiden Unternehmen noch anderen Dritten Parteirechte eingeräumt werden dürften. Denn Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sei einzig die Feststellung der Wettbewerbskommission, dass die Beschwerdeführerin über eine marktbeherrschende Stellung verfügen solle. An der Beurteilung dieser Frage habe einzig sie ein schutzwürdiges Interesse.

Die Beschwerdeführerin erklärte sich im Schreiben vom 9. März 2006 einverstanden, dass den Dritten, welche Parteirechte geltend gemacht hätten, Einsicht in einen Auszug der Beschwerde gewährt wird.

Je mit Instruktionsschreiben vom 10. März 2006 informierte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die my-link AG und die Glue Software Engineering AG über die Voraussetzungen, welche zur Gewährung der Parteistellung in einem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren erfüllt sein müssen und wies sie auf die Besonderheiten des vorliegenden Verfahrens hin. Gleichzeitig forderte sie sie auf, die geltend gemachte Parteistellung einlässlich zu begründen unter der Androhung, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Angelegenheit ohne Gegenbericht als abgeschlossen betrachten werde. Nachdem weder die my-link AG noch die Glue Software Engineering AG bis zur gesetzten Frist reagiert hatten, teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin am 4. April 2006 mit, dass das Thema Parteirechte Dritter im vorliegenden Verfahren als erledigt zu betrachten sei.

E. Mit Schreiben vom 3. April 2006 ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde. Darin machte sie die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die neuere Praxis der Weko aufmerksam und zog den Schluss, dass die Weko bei Einstellung des Verfahrens nach wie vor darauf verzichte, die marktbeherrschende Stellung im Entscheid-Dispositiv festzustellen.

Am 16. Mai 2006 ersuchte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Weko, sich zum öffentlichen Interesse am Erlass der angefochtenen Verfügung zu äussern. Gleichentags stellte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin Fragen zu den Nachteilen, welche sie im Zusammenhang mit dem Erlass der angefochtenen Feststellungsverfügung geltend gemacht hatte.

Die Weko beantwortete die ihr unterbreiteten Fragen mit Vernehmlassung vom 24. Mai 2006, die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 15. Juni 2006. Während die Weko darauf verzichtete, zur Eingabe der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen, äusserte sich die Beschwerdeführerin am 19. Juli 2006 zu den Antworten der Weko und reichte eine detaillierte Kostennote ein.

F. Am 3. August 2006 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

G. Mit Schreiben vom 14. August 2006 und unter Bezugnahme auf den Entscheid 2A.440/2005 vom 26. Juli 2006 äusserte die Beschwerdeführerin die Auffassung, das Bundesgericht habe rechtskräftig entschieden, der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung komme keine selbstständige Bedeutung zu. Diesem Entscheid des Bundesgerichts habe ein weit gehend analoger Sachverhalt zugrunde gelegen (kollektiv marktbeherrschende Stellung, Aufgabe einer unzulässigen Verhaltensweise). Für eine entsprechende Feststellungsverfügung bestehe im vorliegenden Fall daher keine Grundlage, und die Verwaltungsbeschwerde sei vollumfänglich gutzuheissen.

Die Vorinstanz entgegnete mit Schreiben vom 1. September 2006, der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich von demjenigen im erwähnten Bundesgerichtsentscheid: Die Situation, in der der Streitgegenstand bei kollektiv marktbeherrschender Stellung zufolge einer einvernehmlichen Regelung dahinfalle, unterscheide sich von derjenigen einer individuell marktbeherrschenden Stellung, bei der keine unzulässige Verhaltensweise bestehe. Im Übrigen habe das Bundesgericht die Frage des in Artikel 9 Absatz 4 des Kartellgesetzes angesprochenen Feststellungsinteresses offengelassen beziehungsweise nur für den konkreten Einzelfall beantwortet, und die Beschwerdeführerin könne aus dem zitierten Entscheid nichts für sich ableiten.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYG, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Vorliegen einer Verfügung

Verfügungen der Wettbewerbskommission können nach Artikel 44 KG (Kartellgesetz, KG, SR 251) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021 i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VSRK, SR 173.31).

Das Vorliegen einer Verfügung ist Prozessvoraussetzung. Die Verfügung ist das Anfechtungsobjekt der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege. Sie ist einer-

seits ein Institut des materiellen Verwaltungsrechts, andererseits ein Institut der Verwaltungsrechtspflege. Die Verfügung des materiellen Rechts ist eine behördliche Anordnung im Einzelfall, durch welche ein konkretes und individuelles Rechtsverhältnis in verbindlicher Weise geregelt wird, sei es dadurch, dass Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden, sei es, dass das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von Rechten und Pflichten festgestellt wird (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Der Gegenstand der Verfügung und des nachfolgenden Prozesses decken sich grundsätzlich (vgl. GYGI, a.a.O., S. 147, S. 127 f., S. 132 f.).

Es stellt sich die Frage, ob das Bejahen einer beherrschenden Stellung eine behördliche Anordnung im Einzelfall ist, welche ein konkretes Rechtsverhältnis verbindlich regelt und daher Verfügungscharakter hat. Blosser Tatsachen können - wie auch rein theoretische Rechtsfragen - nicht Gegenstand einer Verfügung sein (GYGI, a.a.O., S. 144; KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für YVO HANGARTNER, St. Gallen 1998, S. 237; GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 VwVG, SJZ Heft 24, Dezember 1971, 67. Jahrgang, S. 370). Sind jedoch Rechtsfolgen an das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Tatsachen und Rechtszuständen geknüpft, kann dies durch einen feststellenden Verwaltungsakt rechtlich verbindlich festgestellt werden (KLEY, a.a.O., S. 237, unter Verweis auf HANGARTNER, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Diss. St. Gallen 1959, S. 128).

Mit der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sagt die Wettbewerbsbehörde explizit nur aus, dass ein bestimmtes Unternehmen in einem sachlich und räumlich auf bestimmte Weise abgegrenzten Markt zu einem bestimmten Zeitpunkt und unter den gegebenen Verhältnissen eine beherrschende Stellung innehat. Mit Blick auf den Verfügungsbegriff wesentlicher ist, dass eine solche Feststellung implizit Bestand und Umfang von Rechten und Pflichten definiert, denn die betreffenden Unternehmen unterstehen fortan der erweiterten Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 Abs. 4 KG) und bis auf Weiteres grundsätzlich auch den gesetzlichen Verhaltensrestriktionen wie dem Diskriminierungsverbot und der Kontrahierungspflicht (Art. 7 KG). Die Feststellung einer beherrschenden Stellung knüpft daher Rechtsfolgen an das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Tatsachen und Rechtszuständen. Dass die Marktstellung eines Unternehmens dem Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse unterliegt, eine einmal festgestellte beherrschende Stellung später entfallen kann und daher von der Wettbewerbsbehörde im Einzelfall erneut zu prüfen ist, ändert daran nichts, ebenso wenig wie der Umstand, dass eine Verhaltensweise eines beherrschenden Unternehmens auch dann verboten (und gemäss Art. 49a KG sanktioniert) werden kann, wenn die beherrschende Stellung vorgängig nie festgestellt worden ist.

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 22. November 2004 betreffend die marktbeherrschende Stellung von Swisscom Directories AG ist daher eine Feststellungsverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b VwVG. Ein Anfechtungsobjekt als Voraussetzung einer Verwaltungsbeschwerde ist somit gegeben.

1.2. Beschwerdelegitimation

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG).

Wer durch eine Verfügung unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird, ist materieller Verfügungsadressat. Das zur Beschwerdeführung berechtigende Rechtsschutzinteresse des materiellen Verfügungsadressaten ergibt sich durch die Beschwerde. Die (formelle) Beschwerde besteht darin, dass der Beschwerdeführer mit seinen Begehren vor der Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen ist. Daraus ergibt sich sein prozessual ausreichendes Interesse an der Weiterverfolgung seiner Begehren vor der Rechtsmittelinstanz (vgl. GYGI, a.a.O., S. 149 f., S. 155). Dieses Rechtsschutzinteresse ist offenkundig, da es zur Rechtsverwirklichung des Rechtsschutzes bedarf (vgl. GYGI, a.a.O., S. 151 ff.). Wenn eine Verfügung dem Adressaten Rechte ganz oder teilweise versagt oder ihm Gebote und Verbote auferlegt, ist ein diesbezügliches Rechtsschutzinteresse selbstverständlich. Eines besonderen Nachweises bedarf es auf Seiten des materiellen Verfügungsadressaten nur bei Begehren um Feststellung eines Rechtsverhältnisses (GYGI, a.a.O., S. 156 f.).

Die Beschwerdeführerin ist materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung, laut der sie eine beherrschende Stellung hat, dies auf dem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, welche sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern in der Schweiz umfassen. Sie ist mit ihrem Begehren, von der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sei abzusehen, da eine solche fehle, nicht durchgedrungen. Daher ist sie durch die Verfügung beschwert. Diese wirkt sich unter anderem auf ihre Pflicht zur Meldung aller künftigen Unternehmenszusammenschlussvorhaben sowie auf ihre Verhaltensspielräume in den diversen von der Vorinstanz abgegrenzten Märkten beziehungsweise darauf aus, inwiefern und bei welchen wirtschaftlichen Tätigkeiten sie mindestens bis auf Weiteres den kartellrechtlichen Verhaltensrestriktionen untersteht. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der sich stellenden Rechtsfragen (Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung, Einhaltung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Gleichbehandlungsgebots, Beurteilung von Marktabgrenzung und Marktstellung) und an einer Aufhebung oder Abänderung der Verfügung.

Diese Umschreibung des schutzwürdigen Interesses steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, laut welcher das genannte Interesse im

praktischen Nutzen besteht, den die Gutheissung der Beschwerde dem Betroffenen verschaffen würde, oder im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (vgl. BGE 127 V 80 E. 3a/aa zum schutzwürdigen Interesse im Sinne von Art. 103 Bst. a OG).

Die Beschwerdeführerin ist somit zur Beschwerde legitimiert.

1.3. Weitere Eintretensvoraussetzungen

Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtmässig durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

1.4. Schlussfolgerung

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Gesetzesbestimmungen

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

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und 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 marktbeherrschend 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, 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).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern

oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich anderen Behörden vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Auf das Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 40 KG).

Die Parteien haben Anspruch auf 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 angebotene Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

3. Vorbehaltene Vorschriften

Dem Kartellgesetz 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 (REKO/WEF 01/FB-004 E. 4.2.1 und 4.4, publiziert in: RPW 2002/4, S. 648 ff.).

Gemäss Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe d des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) muss die Grundversorgungskonzessionärin den Zugang zu den schweizerischen Verzeichnissen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst gewährleisten. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) präzisiert, dass der Zugang zu den Teilnehmereinträgen in den Verzeichnissen aller Anbieterinnen von Diensten der Grundversorgung in der Schweiz (im Folgenden: Fernmeldeanbieterinnen) entweder in elektronischer Form oder über eine Sprachauskunft in den drei Amtssprachen zu garantieren ist. Die Beschwerdeführerin erfüllt diese Pflicht mittels zur Verfügungstellen der regulierten Daten (*online*, *offline*). Zudem bietet sie nebst weiteren Verzeichnisprodukten unter der Nummer 111/1811 einen Sprachauskunftsdienst an. Diese Produkte und Dienstleistungen greifen auf das elektronische Telefonbuch (ETV) zu, welches auf den

regulierten Daten beruht und als veredeltes Verzeichnis die weiterbearbeiteten Daten umfasst.

Die Grundversorgungskonzessionärin muss nur den Zugang zu den Verzeichnissen aller Fernmeldediensteanbieterinnen gewährleisten. Auf welche Weise sie dies tut (z.B. "zentralistische Lösung" über ein Universalverzeichnis, "dezentrale Lösung" mittels Betrieb einer Infrastruktur, die die Verzeichnisse aller Fernmeldediensteanbieter absuchen würde), ist - abgesehen von den Vorgaben betreffend Entgeltlichkeit, elektronische Form oder Sprachauskunft - nicht geregelt. Eine gesetzliche Pflicht, ein Universalverzeichnis zu führen, besteht im heutigen Recht nicht. Die Pflicht der Grundversorgungskonzessionärin, den Zugang zu den Verzeichnissen aller Fernmeldediensteanbieterinnen zu gewährleisten, und die Pflicht der Fernmeldediensteanbieterinnen, Verzeichnisse ihrer Teilnehmerinnen und Teilnehmer zu führen (Art. 29 Abs. 1 FDV), sind daher zweierlei.

Heute wird der Zugang zu den Teilnehmerdaten aller Fernmeldediensteanbieter aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung so garantiert, dass die Beschwerdeführerin die regulierten Daten als *data agent* für alle Fernmeldediensteanbieterinnen herstellt. Die Grundlage dieser Regelung ist in Artikel 29 Absatz 6 der Fernmeldedienstverordnung enthalten. Die Pflicht aller Fernmeldediensteanbieterinnen, auf Verlangen und gegen Bezahlung jedermann sowohl den *online*-Zugang zu ihren Verzeichnissen als auch die blockweise Übertragung der Daten (*offline*), je mit der Option von mindestens täglichen Aktualisierungen, zu gewähren (Art. 29 Abs. 5 FDV), ist so auf den *data agent* übertragen und damit für die Fernmeldediensteanbieterinnen obsolet geworden.

Die Bestimmung, nach welcher die Fernmeldediensteanbieterinnen zur Erfüllung ihrer Pflicht, Verzeichnisse zu führen und zugänglich zu machen, Dritte beiziehen können (Art. 29 Abs. 6 FDV), zielt ursprünglich darauf, eine Alternative zum ETV und den darauf basierenden Produkten und Dienstleistungen zu schaffen. Da alle Fernmeldediensteanbieterinnen die Beschwerdeführerin als *data agent* eingesetzt haben, besteht mit den regulierten Verzeichnissen nun zwar eine solche Alternative, diese liegt jedoch nicht in den Händen eines Konkurrenten, sondern desselben Unternehmens, welches bereits das ETV herausbringt.

Dennoch ist festzuhalten, dass die Regelungen im Fernmeldegesetz und in der Verordnung über die Fernmeldedienste Wettbewerb nicht etwa ausschliessen, sondern ausdrücklich zulassen. Vorbehaltene Vorschriften, die die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen würden, existieren daher nicht, weshalb die Wettbewerbskommission befugt ist, im Bereich der Verzeichnisse Daten Untersuchungen zu führen.

4. Formelles

4.1. Übersicht über die sich stellenden Fragen

Für das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellte die Beschwerdeführerin

vorab den Verfahrens Antrag, Dritte seien mangels Parteistellung nicht zum Verfahren zuzulassen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die beiden Unternehmen, welche Parteirechte geltend gemacht hatten, mit Schreiben vom 10. März 2006 und unter Hinweis auf die einschlägigen Voraussetzungen der Parteistellung aufgefordert, die beanspruchten Parteirechte bis 27. März 2006 einlässlich zu begründen. Die beiden Unternehmen liessen sich in der Folge nicht vernehmen, weshalb die Rekurskommission für Wettbewerbsfrage die Frage ihrer Parteistellung wie im Schreiben vom 10. März 2006 angekündigt als erledigt betrachtete. Implizit wurde dem Verfahrens Antrag der Beschwerdeführerin daher entsprochen. Dies wurde ihr am 4. April 2006 mitgeteilt.

Im Übrigen argumentiert die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht vorab, mangels einer gesetzlichen Grundlage sei die Wettbewerbskommission nicht befugt, eine marktbeherrschende Stellung verfügungsweise festzustellen, wenn keine unzulässige Verhaltensweise vorliege, und ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden. Diese beiden Fragen verfahrensrechtlicher Natur sind vorab zu prüfen (Erwägungen 4.2 und 4.3).

4.2. Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung?

4.2.1. Beschwerde und Vernehmlassung

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, es bestehe keine gesetzliche Grundlage für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, wenn unzulässige Verhaltensweisen nach einer langen Untersuchung verneint würden. Die Wettbewerbskommission sei gemäss Artikel 30 Absatz 1 KG nur zuständig, konkrete Massnahmen zu treffen, welche auf Beseitigung unzulässiger Verhaltensweisen zielten und wirksamen Wettbewerb wieder herstellten. Die Feststellung einer beherrschenden Stellung sei keine solche Massnahme. Wenn keine unzulässigen Verhaltensweisen vorlägen, seien keine Massnahmen zu treffen und bestehe kein Anlass für die Feststellung einer beherrschenden Stellung. Die Verfügung sei rechtswidrig, weil die Wettbewerbskommission ihre Kompetenzen überschritten habe. In der Anordnung einer Rechtsfolge, welche das Gesetz der Behörde nicht zur Wahl stelle, sei eine Ermessensüberschreitung zu erblicken (Rz. 28-32 der Beschwerde).

Die Vorinstanz hält dagegen, das Kartellgesetz begründe eine Pflicht zur Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen unabhängig von den jeweiligen Umsätzen, wenn hinsichtlich eines beteiligten Unternehmens eine beherrschende Stellung in einem kartellrechtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt worden sei (Art. 9 Abs. 4 KG). Zweck dieser Vorschrift sei die Möglichkeit der Kontrolle auch kleiner Zusammenschlussvorhaben auf hochkonzentrierten Märkten. Schon daraus ergebe sich, dass es zulässig sei, eine beherrschende Stellung festzustellen. Artikel 30 Absatz 1 KG regle den Abschluss eines Verfahrens nur lückenhaft; ein *numerus clausus* der möglichen Massnahmen existiere nicht (Rz. 4-9 der Vernehmlassung).

4.2.2. Beurteilung der Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung

Die Parteien vertreten unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Feststellung einer beherrschenden Stellung zulässig sei, wenn keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt. Während die Beschwerdeführerin argumentiert, Artikel 30 Absatz 1 KG sei keine genügende gesetzliche Grundlage für diese Feststellung, ist die Vorinstanz der Auffassung, diese Bestimmung rechtfertigt die Feststellung durchaus.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen prüft daher zunächst, ob die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung als Massnahme im Sinn von Artikel 30 Absatz 1 KG aufzufassen ist.

Massnahmen im Sinne dieser Bestimmung werden normalerweise als Gestaltungsverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a VwVG ausgesprochen (vgl. BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 360). Subsumiert man die Feststellung einer beherrschenden Stellung unter die Massnahmen im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG, bedeutet dies, dass der Begriff "Massnahme" sowohl die Voraussetzung eines Einschreitens durch die Wettbewerbsbehörde (beherrschende Stellung) wie auch die konkreten Handlungsmöglichkeiten der Behörde bei unzulässigen Verhaltensweisen des beherrschenden Unternehmens umfassen würde.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bezweifelt, dass Artikel 30 Absatz 1 KG in diesem Sinne auszulegen ist. Der Literatur zufolge bezwecken Massnahmen im Sinne von Artikel 30 Absatz 1 KG, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen und wirksamen Wettbewerb wieder herzustellen (CARRON, in: *Droit de la concurrence, Commentaire Romand* [Hrsg.: TERCIER/BOVET], Basel 2002, Art. 30 KG, Rz. 9-20). Diese Aussagen lassen sich dem zitierten Werk entgegen der Auffassung der Vorinstanz sehr wohl entnehmen (CARRON, a.a.O., Art. 30 KG, Rz. 10 und Rz. 16; vgl. auch ZACH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005, S. 471, Rz. 997). Andere Autoren sind diesbezüglich noch deutlicher und geben an, Artikel 30 Absatz 1 KG enthalte keine Regelung für die Fälle, in denen wegen Fehlens unzulässiger Verhaltensweisen keine Massnahmen zu erlassen sind und das Verfahren einzustellen ist, und in denen das Verfahren einzustellen ist, weil die Wettbewerbsbeschränkung aufgehoben und das Verfahren gegenstandslos geworden ist (SCHMIDHAUSER, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz* [Hrsg.: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY], Zürich 1997, Rz. 18 zu Art. 30). Dieser Auffassung zufolge kann Artikel 30 Absatz 1 KG zur Frage, ob die Feststellung einer beherrschenden Stellung eine Massnahme im Sinn dieser Bestimmung darstellt, nichts entnommen werden, weil die Bestimmung die Einstellung des Verfahrens gar nicht regelt.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen spricht somit einiges dafür, dass Artikel 30 Absatz 1 KG in einer Situation wie der vorliegenden keine gesetzliche Grundlage für eine Feststel-

lungsverfügung bildet. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Feststellung einer beherrschenden Stellung nicht aus anderen Gründen zulässig sein kann. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen prüft daher weiter, ob eine gesetzliche Grundlage für eine Feststellungsverfügung anderweitig besteht.

Das VwVG gilt auch in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren, soweit das Kartellgesetz nicht von ihm abweicht (Art. 39 KG). Das VwVG statuiert ausdrücklich, dass die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten nicht nur auf Begehren, sondern auch von Amtes wegen eine Feststellungsverfügung treffen kann (Art. 25 Abs. 1 VwVG). Das Kartellgesetz enthält keine derogierende Bestimmung, der zufolge Feststellungsverfügungen im Bereich des Kartellverwaltungsrechts ausgeschlossen wären. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, setzt das Kartellgesetz die Feststellung einer beherrschenden Stellung vielmehr selbst voraus (Art. 9 Abs. 4 KG).

Zu prüfen bleiben damit die Voraussetzungen des Erlasses einer Feststellungsverfügung von Amtes wegen (Art. 25 Abs. 1 VwVG).

Wer eine Feststellungsverfügung begehrt, muss ein schutzwürdiges Interesse an einer solchen nachweisen (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Literatur und Rechtsprechung setzen ein spezielles Interesse gleichermaßen für den Erlass einer Feststellungsverfügung von Amtes wegen voraus: Die Behörde kann von sich aus eine Feststellungsverfügung treffen, wenn sie in der Sache zuständig ist und ein spezifisches öffentliches Interesse verfolgt (KLEY, a.a.O., S. 239; vgl. auch KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 206, mit Verweis auf REKO/EVD 93/6H-001 E. 3.1, publiziert in: VPB 60.57). Das Bundesgericht spricht von einem schützenswerten Interesse, welches erforderlich ist, wenn ein Hoheitsträger eine Feststellungsverfügung nicht auf Ersuchen, sondern von Amtes wegen erlässt (BGE 130 V 388 E. 2.4).

Die Vorinstanz äussert sich zum öffentlichen Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung in der Verfügung weder allgemein noch mit Bezug auf den konkreten Einzelfall ausdrücklich. In ihrer Vernehmlassung (Rz. 6) argumentiert sie - wenn nicht ausdrücklich, so doch implizit - mit der erweiterten Meldepflicht (Art. 9 Abs. 4 KG). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Parteien daher mit Schreiben vom 16. Mai 2006 zum öffentlichen Interesse an einer Feststellungsverfügung und zu den mit einer solchen allenfalls verbundenen Nachteilen befragt (vgl. Eingaben der Vorinstanz vom 24.5.2006 und der Beschwerdeführerin vom 15.6.2006 sowie vom 19.7.2006).

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist ein öffentliches Interesse an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung mit Bezug auf die kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren grundsätzlich zu bejahen. Hinsichtlich der Strukturkontrolle erlaubt es die Feststellung, potenziell prob-

lematische Zusammenschlussvorhaben, insbesondere in Märkten mit bereits hoher Konzentration, gestützt auf die erweiterte Meldepflicht (Art. 9 Abs. 4 KG) möglichst durchwegs zu erfassen. Hinsichtlich der Verhaltenskontrolle trägt eine solche Feststellung dazu bei, dass unnötige Verfahren vermieden werden können, da sie für alle Marktteilnehmer klärend wirkt: Das beherrschende Unternehmen wird bei der Gestaltung seines Verhaltens entsprechend Artikel 7 KG disponieren; Konkurrenten und Marktgegenseite werden dadurch indirekt geschützt und wissen, dass sie sich bei problematischen Verhaltensweisen mit Aussicht auf Erfolg wehren können. Ein öffentliches Interesse an der Feststellung dürfte insbesondere in Märkten zu bejahen sein, auf denen sich die Verhältnisse in den nächsten Jahren voraussichtlich wenig ändern werden.

Das grundsätzlich zu bejahende öffentliche Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung ist auch im konkreten Fall gegeben. Bezüglich der Strukturkontrolle sind die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG auf Seiten der Beschwerdeführerin mindestens solange erreicht, als sie zur Swisscom-Gruppe gehört (ihr eigener Umsatz liegt laut Angabe auf ihrer Internetseite bei CHF 138 Mio. [2005] und damit deutlich unterhalb der im Gesetz geforderten CHF 500 Mio.; zur Berechnung der massgeblichen Umsätze vgl. Art. 3 und Art. 5 VKU sowie DUCREY/DROLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., Art. 9 KG, Rz. 47 ff.). Die Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG, die kumulativ erfüllt sein müssen (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 249), sind dagegen nur erreicht, wenn sowohl das kontrollierende als auch das kontrollierte Unternehmen in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. erreichen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Die Beschwerdeführerin wäre daher nicht verpflichtet, Zusammenschlussvorhaben mit Unternehmen zu melden, die die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. nicht erreichen (vgl. die in dieser Frage übereinstimmenden Eingaben von Vorinstanz vom 24.5.2006, Rz. 1 ff., und Beschwerdeführerin vom 15.6.2006, Rz. 1 ff.). Die Meldepflicht würde angesichts der beschränkten Umsätze der Beschwerdeführerin wohl ebenfalls entfallen, wenn sie von der Swisscom-Gruppe unabhängig würde. Ein spezifisches öffentliches Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung ist mit Blick auf die erweiterte Strukturkontrolle daher vorliegend zu bejahen. Dasselbe gilt nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hinsichtlich der Verhaltenskontrolle. Zwar unterstehen marktbeherrschende Unternehmen Artikel 7 KG auch, wenn die Marktstellung vorher nie festgestellt wurde, und zwar kann eine einmal festgestellte Marktbeherrschung aufgrund veränderter Verhältnisse nachträglich entfallen, so dass das Unternehmen bei einer späteren Verhaltensprüfung dem Kartellgesetz trotz der früheren Feststellung nicht mehr untersteht. Dennoch liegt es vorliegend nicht nur im Interesse der Beschwerdeführerin selber, sondern auch im Interesse

von Marktgegenseite und Konkurrenten, bezüglich der beherrschenden Stellung auf einzelnen Märkten einstweilen Klarheit zu schaffen und damit die Anforderungen an zulässiges unternehmerisches Verhalten zu signalisieren. Ein spezifisches öffentliches Interesse an der Feststellung der Marktstellung ist daher vorliegend auch bezüglich der Verhaltenskontrolle zu bejahen.

Die Literatur zum Kartellgesetz steht dieser Schlussfolgerung nicht entgegen. Sie behandelt unterschiedliche Aspekte der Feststellung einer beherrschenden Stellung (vgl. ZACH, a.a.O., Rz. 714, Rz. 851, Rz. 999; VENTURI, in: Commentaire Romand, a.a.O., Art. 9 KG, Rz. 110 ff.; BILGER, a.a.O., S. 361 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, Rz. 12.86, in: GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht [Hrsg.], Basel/Genf/München 2005), setzt sich mit dem öffentlichen Interesse an einer Feststellungsverfügung aber nicht auseinander. Es geht jedoch kein einziger Autor davon aus, eine solche Feststellung wäre unzulässig.

Was die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2006 zur Eingabe der Vorinstanz vom 24. Mai 2006 ausführt, führt zu keiner gegenteiligen Folgerung. Zwar trifft zu, dass der Gesetzgeber für Zusammenschlussvorhaben keine generelle Meldepflicht für marktmächtige Unternehmen vorgesehen hat, und dass die Eröffnung von Untersuchungen nach Artikel 7 KG Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen voraussetzt. Untersuchungen nur mit dem Ziel zu eröffnen, ein marktmächtiges Unternehmen der erweiterten Meldepflicht zu unterstellen, stünde somit im Widerspruch zum geltenden Recht. Bejaht man im Sinne der oben stehenden Erwägungen mit Blick auf die erweiterte Struktur- sowie die Verhaltenskontrolle grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Feststellung einer marktbeherrschenden Position, kommt dies indessen nicht der Schaffung einer generellen Meldepflicht für marktmächtige Unternehmen gleich. Es bedeutet vielmehr, dass die Wettbewerbsbehörde im Zuge ihrer gesetzlich umschriebenen Tätigkeit auch das öffentliche Interesse an entsprechenden Klärungen zu wahren befugt und beauftragt ist. Weiter ist der Beschwerdeführerin zwar zuzustimmen, dass sich die Verhältnisse in den nachgelagerten dynamischen Märkten rasch ändern. Für den Bereich der regulierten Daten dürfte dies dagegen kaum zutreffen. Daher besteht für die diversen Marktteilnehmer auch hinsichtlich der Verhaltenskontrolle ein öffentliches Interesse an der Klärung der Marktstellung der Beschwerdeführerin. Was schliesslich die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur unterschiedlichen Wahrnehmung des öffentlichen Interesses durch die Vorinstanz in verschiedenen Konstellationen angeht, kann auf Erwägung 5.2 verwiesen werden.

4.2.3. Schlussfolgerung

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gelangt zum Schluss, dass die verfügungsweise Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zulässig ist, wenn im Rahmen der Tätigkeit der Wettbewerbsbe-

hörde nach Kartellgesetz im Einzelfall ein spezifisches öffentliches Interesse an einer solchen Feststellung auszumachen ist (effektive Erweiterung der Meldepflicht bei Unternehmenszusammenschlüssen vor allem in hoch konzentrierten Märkten, Bedürfnis nach Klärung der Verhaltensspielräume insbesondere bei Märkten mit wenig Tendenz zur Erosion von Marktmacht). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

4.2.4. Bundesgericht: Feststellung der Marktstellung ohne selbstständige Bedeutung?

Schliesslich argumentiert die Beschwerdeführerin, das Bundesgericht habe bezogen auf einen analogen Sachverhalt rechtskräftig entschieden, der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung komme keine selbstständige Bedeutung zu.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen trifft diese Darstellung nicht zu:

Gegenstand des entsprechenden Bundesgerichtsentscheides bildete die vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Juli 2005 aufgeworfene Frage, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren befugt sei, Verhaltensänderungen zu berücksichtigen, die nach Erlass einer erstinstanzlichen Verfügung Platz greifen (echte Noven), oder ob im Verwaltungsbeschwerdeverfahren auf den Sachverhalt zurückzugreifen ist, wie er sich bei Erlass der erstinstanzlichen Verfügung präsentierte. Nachdem die Wettbewerbskommission im Anschluss an das Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit den untersuchten Unternehmen eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen hatte, verzichtete das Bundesgericht darauf, diese Rechtsfrage zu beantworten. Eine abstrakte Erörterung verfahrensrechtlicher Fragen losgelöst von einem konkreten materiellen Streitfall sei grundsätzlich nicht möglich (E. 1, letzter Satz). Entsprechend hat das Bundesgericht rechtskräftig entschieden, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben sei (Ziff. 1 des Dispositivs), und nicht, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung keine selbstständige Bedeutung habe.

Die ursprüngliche Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002, die schliesslich zum erwähnten Bundesgerichtsentscheid geführt hatte, hatte im Dispositiv eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festgestellt, auf Unzulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen geschlossen und die Anwendung entsprechender Klauseln verboten. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Verfügung aufgehoben, da sich der Wettbewerb seit Erlass der Verfügung durch das Auftreten von *cross border acquirers* belebt habe und da die Wettbewerbskommission in den entsprechenden Märkten in anderen Fällen selber nicht mehr von der Existenz einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ausgehe, und hatte die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Anschliessend wurde eine einvernehmliche Regelung erarbeitet und von der Wettbewerbs-

kommission genehmigt. Die Genehmigungsverfügung (RPW 2006/1, S. 65 ff.) äusserte sich zur Frage einer kollektiv oder individuell marktbeherrschenden Position nicht. Was die Marktstellung angeht, wurde die ursprüngliche Feststellungsverfügung (kollektiv beherrschende Stellung) also von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgehoben; zu einer neuen Beurteilung ist es in der Folge nicht mehr gekommen. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung stand bei Erlass des Bundesgerichtsentscheids gar nicht mehr im Raume.

Im Übrigen hat sich das Bundesgericht mit der Frage, ob ein legitimes Interesse an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung losgelöst von konkreten Verhaltensweisen zu bejahen ist oder nicht, nicht befasst. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sieht sich daher nicht veranlasst, ihre aus einer einlässlichen Auseinandersetzung mit dieser Frage resultierenden Schlussfolgerungen (Bejahung eines entsprechenden Feststellungsinteresses) in Frage zu stellen.

4.3. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?

4.3.1. Beschwerde und Vernehmlassung

Die Beschwerdeführerin rügt Verletzungen ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör: Solche erblickt sie einerseits darin, dass sie in bestimmte als Geschäftsgeheimnisse deklarierte Unterlagen keine Einsicht erhalten habe, obwohl sie für die Beurteilung der Marktstellung wesentlich seien. Da sie ihr gegenüber nicht offengelegt worden seien, sei sie ausserstande gewesen, anhand konkreter Vergleiche unterschiedlicher Datenbezugsquellen nachzuweisen, dass ausreichend aktuelle und vollständige Alternativen existierten. Laut der Verfügung bestünden tagesaktuelle Datenbanken; die Vorinstanz nenne aber deren Betreiber nicht, sondern beschränke sich darauf, die Daten als nicht tagesaktuell zu bezeichnen. Die Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktstellung beruhten somit auf geheimen Informationen (Rz. 73 ff. der Verwaltungsbeschwerde). Eine Gehörsverletzung liege andererseits insofern vor, als sich die Verfügung mit wesentlichen Argumenten der Beschwerdeführerin (Marktabgrenzung, Marktführerschaft von telsearch.ch, fehlende Kompetenz der Wettbewerbsbehörde, Abstellen auf geheime Dokumente, Praxis bei der Einstellung von Untersuchungen) nur vereinzelt und pro forma auseinandersetze (Rz. 85 ff. der Verwaltungsbeschwerde).

Die Vorinstanz weist darauf hin, das wesentliche Kriterium der Marktabgrenzung sei die Tagesaktualität der Datenbezugsquelle. Woher ein Unternehmen mit nicht tagesaktuellem Angebot seine Daten beziehe, sei nicht entscheidend, weshalb entsprechende Informationen als Geschäftsgeheimnisse abgedeckt werden könnten, ohne dass die Verweigerung der Akteneinsicht den Gehörsanspruch verletze. Die Verfügung spreche ausdrücklich nicht von weiteren tagesaktuellen Datenbanken, sondern von solchen, die diese Aktualität anstrebten. Die Verfügung führe aus, weshalb ausser der Beschwerdeführerin niemand über tagesaktuelle Daten verfüge (Rz. 34 ff. der Vernehm-

lassung). Hinsichtlich der Begründungspflicht erinnert die Vorinstanz daran, dass sich die Behörde nicht mit allen, sondern nur mit den entscheidungswesentlichen Vorbringen auseinandersetzen müsse. Dies sei geschehen (Rz. 40 f. der Vernehmlassung).

4.3.2. Beurteilung der Wahrung des Gehörsanspruchs

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Beschwerdeführerin in Randziffer 85 der Verwaltungsbeschwerde nicht konkretisiert, was sie mit der "fehlenden Kompetenz der Vorinstanz" anspricht. Grundsätzlich setzt sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nur mit substanziierten Vorbringen auseinander. Falls sich der Hinweis auf Artikel 3 KG beziehen sollte, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Verfügung diesen Aspekt in Randziffer 219 ff. behandelt (vgl. dazu auch die vorstehende Erwägung 3). Sollte sich der Hinweis auf die Kompetenz zum Erlass einer Feststellungsverfügung beziehen, ist auf Erwägung 4.2 zu verweisen.

Was den Hinweis auf die Praxis bei der Einstellung von Untersuchungen angeht, hat sich die Vorinstanz mit diesem Vorbringen auseinandergesetzt (Rz. 351 der Verfügung). Gelangt sie dabei zu einer anderen Schlussfolgerung als die Beschwerdeführerin, geht es nicht um den Gehörsanspruch, sondern um materielle Fragen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verweist diesbezüglich auf Erwägung 5.2.

Bezüglich der übrigen, ebenfalls nur teilweise substanziierten Vorbringen zum Gehörsanspruch ist vorzuschicken, dass die Beschwerdeführerin den Markt für Daten, ihre Konkurrenten und ihr Angebot sicher kennt. Sie sollte daher auch dann in der Lage sein, zum relevanten Markt gehörende Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite zu bezeichnen, wenn die Verfügung die Datenbezugsquellen anderer Unternehmen nicht nennt. Die Definition der Tagesaktualität ist eine materielle Frage. Die Vorinstanz führt zu Recht aus, dass effektive und angestrebte Tagesaktualität zu unterscheiden sind. Indem sie auf ihre mit dem Fernmelderecht übereinstimmenden Begrifflichkeit abstellte, hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin nicht verletzt. Der Vorinstanz ist auch darin beizupflichten, dass die Bezugsquellen von Unternehmen mit nicht tagesaktuellem Angebot nicht entscheidungsrelevant sind, wenn nur Angebote zum relevanten Markt zählen, die tagesaktuell sind. Inwiefern dies zutrifft, ist eine Frage der materiellen Beurteilung.

Das Problem von Marktabgrenzung und Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung liegt denn auch weniger darin, dass die Vorinstanz auf nicht zugänglich gemachte Dokumente abgestellt hätte oder auf diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht eingegangen wäre, sondern in materiellen Mängeln bei Marktabgrenzung und Beurteilung der Marktstellung (vgl. E. 5.3)

4.3.3. Schlussfolgerungen

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gelangt daher zum Schluss, dass die Vorinstanz den An-

spruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, soweit von der Beschwerdeführerin gerügt, nicht verletzt hat.

4.4. Ergebnis

Ist die Wettbewerbskommission bezüglich der Marktstellung zuständig zum Erlass von Feststellungsverfügungen und sind die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Anspruch auf rechtliches Gehör unbegründet, ist die Verfügung in formeller Hinsicht insofern nicht zu beanstanden (vgl. aber Erwägung 5.3.6, sechster Abschnitt am Ende).

5. Materielles

5.1. Übersicht über die sich stellenden Fragen

Die angefochtene Verfügung verneint das Vorliegen unzulässiger Verhaltensweisen, stellt aber in Ziffer 1 des Dispositivs eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin fest, dies auf dem Markt für die Lieferung von tagesaktuellen Verzeichnisdaten in elektronischer Form, die für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse geeignet sind und mindestens sämtliche E.164-Nummern in der Schweiz umfassen.

Die Beschwerdeführerin macht in materieller Hinsicht in erster Linie geltend, die Feststellung einer beherrschenden Stellung widerspreche dem Gebot der Gleichbehandlung. Im Übrigen bestreitet sie die Marktabgrenzung durch die Vorinstanz und die Existenz einer beherrschenden Stellung auf diesem Markt. Diese Vorbringen werden nachfolgend in den Erwägungen 5.2 und 5.3 geprüft. Erwägung 5.4 fasst das Ergebnis zusammen.

5.2. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots?

5.2.1. Beschwerde und Vernehmlassung

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz sehe bei der Einstellung eines Verfahrens von der Feststellung einer beherrschenden Stellung in konstanter Praxis ab. Der einzige von der Vorinstanz als Gegenbeispiel zitierte Entscheid datiere aus dem Jahr 1997. Wenn das untersuchte Verhalten nach Auffassung der Vorinstanz kartellrechtskonform sei, prüfe sie die Marktstellung häufig gar nicht umfassend. Selbst wenn ein Unternehmen das untersuchte Verhalten im Lauf des Verfahrens aufgabe oder anpasse, sei eine beherrschende Stellung im Verfügungsdispositiv bisher nie aufgenommen worden oder habe die Vorinstanz auf eine Klärung der Marktstellung verzichtet. Dabei würde die Feststellung einer beherrschenden Stellung in Fällen, in welchen unzulässige Verhaltensweisen bestanden hätten, wegen des höheren Unrechtsgehalts bedeutend näher liegen als in Fällen, in denen ein Missbrauch verneint werde. Die Praxis der Vorinstanz, auf die Feststellung der Marktbeherrschung zu verzichten, verleihe der Beschwerdeführerin einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 8 BV). Sonst werde sie ohne ersichtlichen Grund und mit beträchtlichen negativen Folgen ungleich behandelt. Die resultierende Schlechterstellung verstosse gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Rz. 33-35 der Beschwerde).

Die Vorinstanz hält dagegen, die Fälle, in welchen die Vorinstanz ein Verfahren ohne Feststellung einer beherrschenden Stellung eingestellt habe, seien mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Die Beschwerdeführerin berufe sich praktisch nur auf Fälle, in welchen eine Untersuchung eingestellt worden sei, weil das betreffende Unternehmen sein Verhalten angepasst oder aufgegeben habe. In zwei von diesen Fällen habe eine beherrschende Stellung gar nicht bestanden und darum auch nicht festgestellt werden können. Wenn ein möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten einseitig und freiwillig aufgegeben oder geändert werde und die Untersuchung entsprechend einzustellen sei, erübrige sich eine weitere Untersuchung und Beurteilung von Verhalten und Marktstellung. Auch prozessökonomische Gründe sprächen gegen weitere Abklärungen, insbesondere wenn das Unternehmen sein Verhalten in einem frühen Stadium anpasse. Werde das Verfahren eingestellt, ohne dass das Verhalten angepasst oder eine einvernehmliche Regelung geschlossen werde, und liege eine beherrschende Stellung, jedoch keine unzulässige Verhaltensweise vor, könne als Grundsatz festgehalten werden, dass die beherrschende Stellung festzustellen und das Verfahren einzustellen sei. Entsprechend sei dies ausser im vorliegenden Fall auch in den Verfahren Recymet (1997) und Bahnhofskioske (1999) gehandhabt worden. Gemäss dem Grundsatz der Rechtsgleichheit sei bei Ungleichbehandlungen zu begründen, inwiefern eine Differenzierung mit Bezug auf die tatsächlichen Verhältnisse gerechtfertigt sei. Die Ausgangslagen bei einer herkömmlichen Untersuchungseinstellung am Ende eines Verfahrens und bei einer Einstellung zufolge Verhaltensanpassung seien unterschiedlich. Eine Ungleichbehandlung liege daher nicht vor oder wäre aufgrund tatsächlicher Unterschiede gerechtfertigt (Rz. 10-15 der Vernehmlassung).

5.2.2. Beurteilung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Artikel 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) statuiert den Grundsatz der Rechtsgleichheit; alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, und niemand darf diskriminiert werden (Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 BV). Gleichheit wird als Grundrecht des Einzelnen relevant, wenn er persönlich durch eine Ungleichbehandlung berührt wird, wo Gleichbehandlung gefordert wäre, oder durch Gleichbehandlung, wo sich eine Differenzierung aufdrängen würde. Die Betroffenheit kann darauf beruhen, dass eine Differenzierung (bzw. das Fehlen einer Differenzierung) nicht einleuchtet, nicht nachvollziehbar ist und nicht verständlich gemacht werden kann. Es fehlen die guten Gründe, die jede Verschiedenbehandlung (oder ihr Fehlen) rechtfertigen müssen. Dann können sich die Betroffenen auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen. Der Einzelne kann auch derart betroffen sein, dass eine Anordnung geradezu als entwürdigend erscheint. Dann liegt eine Diskriminierung vor, die Einzelne oder eine ganze Gruppe herabsetzt. Die Betroffenen können sich auf das Diskriminierungsverbot berufen (vgl.

MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 395 f.).

Das Gleichbehandlungsgebot und die grundlegende rechtsstaatliche Garantie der Rechtsgleichheit gelten auch bei der Rechtsanwendung (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 396 f., Fn. 8; TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, zweite Auflage, Bern 2005, S. 19, Rz. 5, und S. 81, Rz. 5; IMBODEN/RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt a.M. 1986, Nr. 69 B.I und IV; BGE 121 II 198 E. 4a) und damit auch bei den Handlungen der Wettbewerbsbehörde als verwaltungsunabhängige erste Instanz der Bundesrechtspflege im Bereich des Kartellrechts, beim Erlass von Gestaltungs- und Feststellungsverfügungen durch diese Behörde sowie bei Abschluss und Genehmigung von einvernehmlichen Regelungen (Art. 29 und Art. 30 KG, Art. 5 und Art. 25 VwVG).

Die verfügungsweise Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann für die Verfügungsempfänger nachteilige Konsequenzen haben. Werden diese Konsequenzen nur in bestimmten Konstellationen oder nur gewissen Unternehmen auferlegt, stellt sich die Frage, ob sich die Differenzierung angesichts sachlicher Unterschiede durch gute Gründe rechtfertigt.

Im Folgenden prüft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zunächst die Praxis der Vorinstanz bei der Einstellung von Untersuchungen nach Artikel 7 KG (1) und zieht ein Fazit bezüglich Festhalten einer marktbeherrschenden Stellung (bzw. absehen davon) in den Verfügungsdispositiven (2). Alsdann prüft sie, ob sich eine allfällige Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin auf sachliche Unterschiede stützt (3).

1) *Praxis der Vorinstanz bei der Einstellung von Untersuchungen*

Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz berufen sich in Sachen Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung teilweise auf unterschiedliche erstinstanzliche Verfügungen. Um sich ein klares Bild von der Praxis der Wettbewerbskommission zu machen, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die publizierten Verfügungen evaluiert. Die Fallgruppen, in welchen die Wettbewerbskommission eine beherrschende Stellung feststellte beziehungsweise von einer entsprechenden Feststellung absah, setzen sich folgendermassen zusammen:

a) *Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv:*

Die Wettbewerbskommission stellt eine beherrschende Stellung im Dispositiv jeweils fest, wenn sie eine bestimmte Verhaltensweise in einer Untersuchung nach Artikel 7 KG für unzulässig befindet. In diesen Fällen wird das Verfahren durch die Untersagung der entsprechenden Verhaltensweise abgeschlossen; es geht also nicht um einen Fall der Einstellung. Die Feststellung der beherrschenden Stellung beantwortet die Rechtsfrage, ob das untersuchte Verhalten von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht und damit als unzulässiges Verhalten überhaupt in Betracht fällt (vgl. Art. 7 Abs. 1 KG: "Marktbeherrschenden

de Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie [...] andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen"). Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung sind in ihrem Verhalten dagegen frei und können sich auch der Verhaltensweisen bedienen, welche das Gesetz den beherrschenden Unternehmen nicht zugesteht (vgl. den Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG).

Gelangt die Wettbewerbskommission in einer Untersuchung zum Schluss, eine unzulässige Verhaltensweise liege nicht vor, stellt sie eine bestehende marktbeherrschende Stellung im Dispositiv ebenfalls fest und stellt das Verfahren im Übrigen ein. Auf diese Weise ist sie ausser im vorliegenden Fall (RPW 2005/1, S. 54 ff.) auch in den Fällen Recymet (RPW 1997/4, S. 490 ff.), und Bahnhofskioske (RPW 1999/3, S. 400 ff.) vorgegangen.

Im Fall ETA SA Manufacture Horlogère Suisse hat die Wettbewerbskommission eine mit dem untersuchten Unternehmen abgeschlossene einvernehmliche Regelung genehmigt und im Verfügungsdispositiv zudem die beherrschende Stellung festgestellt (RPW 2005/1, S. 128 ff.).

b) Keine Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv:

Ist die Beurteilung der Marktstellung beim Erlass der Verfügung mehr oder weniger entscheidend und ergeben die Abklärungen, dass eine beherrschende Stellung fehlt oder dass klare Anhaltspunkte gegen ihr Vorliegen sprechen, kann eine solche Stellung im Verfügungsdispositiv logischerweise nicht festgestellt werden. Diese Konstellation lag vor in den Fällen Spitalisten (RPW 1999/2, S. 220 ff.), Minolta (RPW 1999/2, S. 247 ff.), Kaladent (RPW 2001/1, S. 88 ff.), Mobilfunk (Bereich Retail) (RPW 2002/1, S. 97 ff.) und Schlachtschweine (RPW 2004/3, S. 674 ff.).

Wenn die Prüfung ergibt, dass keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt, und wenn die Marktstellung noch nicht geprüft worden oder noch nicht entscheidend ist, sieht die Wettbewerbskommission von der Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv ab. Auf diese Weise ist sie im Fall Feldschlösschen/Coca Cola vorgegangen (RPW 2005/1, S. 114 ff.).

Passen die Unternehmen das untersuchte Verhalten im Lauf der Untersuchung freiwillig an (einseitige Verhaltensänderung), stellt die Wettbewerbsbehörde die Untersuchung ein; von der Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv sieht sie diesfalls ab, und zwar auch dann, wenn sie eine solche Stellung in den Erwägungen bejaht. In diese Kategorie fallen die Fälle Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenversicherung im Kanton Zürich (RPW 1999/3, S. 463 ff.; Einstellung der Untersuchung mangels eines öffentlichen Interesses an der Beurteilung der weggefallenen Verhaltensweise), Veterinärmedizinische Tests/Migros (RPW 2003/4, S. 753 ff.; marktbeherrschende Stellung bejaht, Einstellung der Untersuchung wegen Aufgabe der fraglichen Verhaltensweise) sowie Erfahrungsmedizinisches Re-

gister/Eskamed (RPW 2004/2, S. 449 ff.; marktbeherrschenden Stellung bejaht, Einstellung der Untersuchung wegen Aufgabe des Verhaltens). Als Spezialfall ebenfalls in diese Fallgruppe gehört der Fall PTT-Fachhändlerverträge (RPW 1998/4, S. 599 ff.). Hier hatte die Wettbewerbskommission im Dispositiv eine beherrschende Stellung festgestellt und das Verhalten für unzulässig befunden. Diese Verfügung wurde von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung zurückgewiesen. In der Folge stellte die Wettbewerbskommission das Verfahren wegen Anpassung des Verhaltens ein; eine beherrschende Stellung wurde nicht festgestellt.

Schliesst die Wettbewerbskommission mit den untersuchten Unternehmen eine einvernehmliche Regelung ab, sieht sie von der Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv mit einer Ausnahme ebenfalls ab. In diesen Fällen steht die beherrschende Stellung fest oder es bestehen starke Indizien für eine solche. Kommt es in einem frühen Stadium zu einer einvernehmlichen Regelung, wird die Marktstellung nicht abgeklärt. Ist die beherrschende Stellung entscheidend, lassen sich die Parteien auf eine einvernehmliche Regelung nur ein, wenn die Behörde die Marktstellung im Dispositiv (und eventuell in den Erwägungen) nicht festhält. In diese Kategorie fallen die Fälle Nutztierfütterung durch Migros und Coop (RPW 1997/2, S. 175 ff.; publiziert ist nur die Verfügung betreffend die einvernehmliche Regelung im Fall Coop; die zugrunde liegenden Entwürfe der einseitigen Verfügungen in der Sache wurden weder im Fall Coop noch im Fall Migros publiziert), Swisscom/Centrex (RPW 1998/3, S. 377 ff.) und CoopForte (RPW 2005/1, S. 146 ff.).

Von der Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv sieht die Wettbewerbskommission weiter dann ab, wenn der Auslöser einer Untersuchung (bspw. ein Begehren um Stromdurchleitung) entfällt und ein Unternehmen anschliessend seine Anzeige zurückzieht, dies ebenfalls selbst dann, wenn sie die beherrschende Stellung in den Erwägungen bejaht (das Entfallen des Auslösers des Verfahrens ist nicht gleichbedeutend mit einer Verhaltensänderung seitens des untersuchten Unternehmens). So ist die Wettbewerbsbehörde vorgegangen in den Fällen BKW/FMB Energie AG/Swissmetal (RPW 2000/1 S. 29 ff.; Bejahen hinreichender Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung in den Erwägungen, Einigung zwischen BKW, EGL und Swissmetal, damit Entfallen des Antrags auf Stromdurchleitung, eine Verweigerung der Stromdurchleitung als allenfalls unzulässige Verhaltensweise entfällt daher, obwohl die Stromdurchleitung weiterhin verweigert wird, Einstellung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit des Verfahrens und mangels eines öffentlichen Interesses an der Fortführung des Verfahrens), WATT/Migros/SIE (RPW 2001/4, S. 688 ff.; beherrschende Stellung bejaht, Rückzug des Durchleitungsbegehrens, Einstellung des Verfahrens wegen Wegfall des Antrags, kein öffentliches Interesse an der Weiterführung der Untersuchung) sowie Lokoop AG/SBB AG (RPW 2002/1, S. 72 ff.; beherrschende Stellung in Er-

wägungen für einige räumliche Märkte bejaht, Einstellung des Verfahrens zufolge Einigung der Parteien, Entfallen der beanstandeten Verhaltensweise).

Fällt der Untersuchungsgegenstand tatsächlich weg, stellt die Wettbewerbskommission im Verfügungsdispositiv keine beherrschende Stellung fest (vgl. Teleclub/Cablecom, RPW 2001/3, S. 503 ff. [d-Box darf in der Schweiz nicht eingesetzt werden, keine Ausführungen zur Marktstellung], sowie Credit Suisse/Bank Linth, RPW 2003/3, S. 514 ff. [Aufgabe des Vorhabens zu Beginn der Sachverhaltsermittlung, Marktstellung nicht zu Ende geklärt]).

Im Fall Mobilfunk (RPW 2002/1, S. 97 ff.) stellte die Wettbewerbsbehörde die Untersuchung bezüglich des Bereichs Wholesale ein, um ihre Verfügung für den Bereich Retail rasch erlassen zu können. Zum Bereich Wholesale könne ein neues Verfahren eröffnet werden. Die marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich wurde in den Erwägungen bejaht, im Dispositiv aber nicht festgehalten.

2) *Fazit bezüglich gleicher oder unterschiedlicher Verfügungsdispositive*

Aufgrund der oben dargestellten Praxis der Wettbewerbskommission hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dreierlei fest:

Erstens lauten die Verfügungsdispositive in der Frage der Marktstellung in Fällen, in denen die Wettbewerbskommission unzulässige Verhaltensweisen wie vorliegend verneint, nicht immer gleich. In der Regel wird in Ziffer 1 eine beherrschende Stellung festgestellt und in Ziffer 2 die Untersuchung eingestellt (so in den Fällen Recymet, Bahnhofskioske und Swisscom Directories). Das Verfahren kann aber auch mit einer blossen Einstellung enden, dies dann, wenn die Zulässigkeit der Verhaltensweise feststeht, bevor die Marktstellung geklärt ist (Fall Feldschlösschen/Coca Cola).

Zweitens lauten die Verfügungsdispositive in der Frage der Marktstellung in Fällen, in denen die Wettbewerbskommission unzulässiges Verhalten eines beherrschenden Unternehmens bejaht, gleich wie in den Fällen, in denen sie unzulässiges Verhalten eines beherrschenden Unternehmens verneint. In beiden Situationen endet das Verfahren mit der Feststellung einer beherrschenden Stellung (und je nachdem zudem mit einer Untersagung des unzulässigen Verhaltens oder mit der Einstellung des Verfahrens). Bei den einer unzulässigen Verhaltensweise überführten Unternehmen (im Folgenden kurz als "marktbeherrschende Übeltäter" bezeichnet) und bei Unternehmen, die sich keine unzulässige Verhaltensweise haben zu Schulde kommen lassen (im Folgenden kurz als "marktbeherrschende Gesetzeskonforme" bezeichnet), wird die beherrschende Stellung also gleichermassen festgestellt.

Drittens fallen die Verfügungsdispositive in der Frage der Marktstellung unterschiedlich aus, je nachdem, ob es sich um Unternehmen handelt, die sich auf kartellrechtlich problematische oder bereits für unzulässig erklärte Weise verhalten haben und die diese Verhal-

tensweise während des Verfahrens einseitig oder gestützt auf eine einvernehmliche Regelung anpassen (im Folgenden kurz als "reumütige marktbeherrschende Übeltäter" bezeichnet), oder ob es sich um "marktbeherrschende Gesetzeskonforme" handelt. Die "reumütigen marktbeherrschenden Übeltäter" kommen ohne Feststellung einer beherrschenden Stellung weg (Fälle Versicherungsprodukte obligatorische Krankenversicherung, Veterinärmedizinische Tests/Migros, Erfahrungsmedizinisches Register, Nutztierfütterung, Swisscom/Centrex, CoopForte; die einzige Ausnahme betrifft den Fall ETA SA). Dasselbe gilt für Unternehmen, die eine als kartellrechtlich problematisch signalisierte Verhaltensweise zwar nicht ändern, der Wettbewerbsbehörde aber eine wie auch immer zu Stande gekommene Einigung mit Konkurrenten oder Marktgegenseite vorweisen und davon profitieren können, dass ein ausreichendes öffentliches Interesse an einer Fortsetzung des Verfahrens behördlicherseits verneint wird (Fälle BKW/FMB/Swissmetal, WATT/Migros/SIE, Lokoop AG/SBB AG). Ebenfalls ohne Feststellung einer beherrschenden Stellung wird das Verfahren abgeschlossen, wenn der Untersuchungsgegenstand wegfällt (Fälle Teleclub/Cablecom, Credit Suisse/Bank Linth). In all diesen Fällen unterscheidet die Wettbewerbsbehörde nicht danach, ob die Marktstellung geklärt und entscheidend ist und ob eine beherrschende Stellung daher gegebenenfalls verfügungsweise festgestellt werden könnte. Sie sieht von einer solchen Feststellung jeweils insbesondere auch dann ab, wenn die beherrschende Stellung an sich erstellt ist.

In gewissen Fallkategorien stellt die Vorinstanz eine marktbeherrschende Stellung im Verfügungsdispositiv somit fest (so bei den im Folgenden als "marktbeherrschende Übeltäter" und "marktbeherrschende Gesetzeskonforme" bezeichneten Unternehmen), während sie in anderen Fallkategorien von einer solchen Feststellung absieht (so bei den im Folgenden als "reumütige marktbeherrschende Übeltäter" bezeichneten Unternehmen, bei Entfallen des Auslösers und bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens).

3) *Ungleichbehandlung sachlich begründet?*

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung steht nicht im luftleeren Raum, sondern hat für die Verfügungsadressaten greifbare wirtschaftliche und ideelle Folgen (Aufwand und Verzögerungen zufolge Erweiterung der Meldepflicht, Einschränkung des unternehmerischen Handlungsspielraums, Beeinflussung anderer Marktteilnehmer beim Einleiten rechtlicher Schritte, zusätzlicher Verteidigungsaufwand in zivilrechtlichen Verfahren und Imageschaden). Das öffentliche Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung steht in diesem Sinne den Konsequenzen gegenüber, die sich für das betreffende Unternehmen aus dieser ergeben.

Kann die Feststellung einer beherrschenden Stellung für das betreffende Unternehmen also Nachteile bewirken, werden Unternehmen, bei denen eine beherrschende Stellung festgestellt wird, ungünstiger behandelt als Unternehmen, bei denen von der Feststellung abgesehen wird. Gemäss der Analyse der Praxis

(vgl. oben 1 und 2) belegt die Wettbewerbsbehörde Unternehmen, deren Verhalten sich als kartellrechtskonform erwiesen hat, mit den genannten Nachteilen, während sie unter anderem Unternehmen, die sich in kartellrechtswidriger Weise verhalten haben, von diesem Verhalten aber im Lauf des Verfahrens Abstand genommen haben, von diesen Nachteilen in aller Regel verschont. Sie unterscheidet also Fallkategorien, die bei der Einstellung eines Verfahrens unterschiedlich behandelt werden. Behandelt die Wettbewerbsbehörde eine Kategorie von Unternehmen bei der Einstellung eines Verfahrens ungünstiger als die Unternehmen einer anderen Kategorie, ist zu prüfen, ob die Differenzierung sachlich begründet ist. Ist das nicht der Fall, ist die Ungleichbehandlung unzulässig.

a) Unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse?

Die Vorinstanz führt mit Verweis auf Artikel 8 der Bundesverfassung sowie auf Literatur und Rechtsprechung aus, eine ungleiche Behandlung der Rechtsunterworfenen müsse durch unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse gerechtfertigt sein (Rz. 15 der Vernehmlassung). Aus ihrer Sicht sind die Ausgangslagen bei Einstellung der Untersuchung wegen Fehlen von unzulässigen Verhaltensweisen und bei Einstellung einer Untersuchung wegen Verhaltensänderung unterschiedlich. Habe man es mit unterschiedlichen Ausgangslagen zu tun, könne eine Ungleichbehandlung gar nicht vorliegen beziehungsweise wäre eine eventuelle Ungleichbehandlung aufgrund der Differenzen ohne weiteres gerechtfertigt (Rz. 15 der Vernehmlassung).

Diese Argumentation ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unhaltbar. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen Unternehmen, die sich kartellrechtswidrig verhalten haben (und dieses Verhalten unter dem Eindruck einer Untersuchung einseitig oder durch einvernehmliche Regelung anpassen), anders und günstiger behandelt werden sollten als Unternehmen, deren Verhalten sich als kartellrechtskonform erwiesen hat. Die unterschiedliche Behandlung dieser Fallgruppen widerspricht dem Gerechtigkeitsgedanken in fundamentaler Weise und lässt sich nicht durch tatsächliche Unterschiede rechtfertigen.

Die Vorinstanz geht auf angeblich unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse, die eine ungleiche Behandlung ihres Erachtens rechtfertigen, argumentativ denn auch gar nicht ein. Sie gibt nicht an, weshalb sie die beherrschende Stellung bei Unternehmen feststellt, die sich kartellrechtskonform verhalten haben, während sie bei Unternehmen mit kartellrechtswidrigem Verhalten davon absieht. Wenn sie von unterschiedlichen Ausgangslagen spricht, nimmt sie weder Bezug auf unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen, die eine unterschiedliche Behandlung erfordern, noch auf die Gründe, weshalb bei der Verfahrenseinstellung in den beiden Kategorien von Fällen unterschiedlich vorzugehen wäre. Vielmehr setzt sie die unterschiedliche Behandlung dieser Fallkategorien mit unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen gleich und argumentiert gewissermassen, weil sie das Verfahren bei den "reumütigen marktbeherrschenden Unter-

nehmen" ohne und bei "marktbeherrschenden Gesetzeskonformen" mit Feststellung der beherrschenden Stellung einzustellen pflege, liege keine Ungleichbehandlung vor. Die Forderung von Verfassung, Literatur und Rechtsprechung, nach welcher eine unterschiedliche Behandlung durch unterschiedliche tatsächliche Verhältnisse gerechtfertigt sein muss, bleibt so unerfüllt.

Eine ungleiche Behandlung kann allenfalls gerechtfertigt sein, wenn sie nicht primär tatsächlichen Ungleichheiten Rechnung trägt, sondern weitere, externe Ziele verfolgt. Solche externe Ziele können zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nur herangezogen werden, wenn sie selber legitim sind. Ein an sich legitimes Regelungsziel vermag eine konkrete Differenzierung nur zu rechtfertigen, wenn sie genügend präzise auf das verfolgte Ziel zugeschnitten ist; die erfassten Sachverhalte dürfen weder zu eng noch zu weit abgegrenzt werden. Die Differenzierung muss geeignet und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 399).

Übertragen auf die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet das Folgende: Ziel der Feststellung ist laut Vorinstanz primär die Wahrnehmung der Kontrollmöglichkeit nach Artikel 9 Absatz 4 KG. Dieses Ziel ist als legitim zu betrachten. Die Feststellung einer beherrschenden Stellung ist grundsätzlich erforderlich, damit die erweiterte Strukturkontrolle greifen kann. Da die Vorinstanz eine bestehende beherrschende Stellung aber bei Weitem nicht bei allen Verfahrenseinstellungen feststellt, ist die Differenzierung nicht auf das Ziel (Erfassung möglichst aller potenziell problematischen Zusammenschlussvorhaben) zugeschnitten. Bei dieser Differenzierung wird ein bedeutender Teil der untersuchten Unternehmen beziehungsweise ihrer künftigen Zusammenschlussvorhaben nicht erfasst. Die Differenzierung kann daher nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, Unternehmenszusammenschlüsse marktbeherrschender Unternehmen der Zusammenschlusskontrolle möglichst lückenlos zuzuführen.

Die Ungleichbehandlung ist daher weder angesichts tatsächlich unterschiedlicher Verhältnisse noch mit Blick auf das Erreichen externer Ziele gerechtfertigt. Es ist nicht einsichtig, weshalb Unternehmen, die sich kartellrechtswidrig verhalten haben, der erweiterten Meldepflicht nicht zugeführt werden sollten, während dies bei Unternehmen mit kartellrechtskonformem Verhalten angestrebt wird, und es ist nicht einsichtig, weshalb man bei Unternehmen, die sich kartellrechtswidrig verhalten haben, auf eine Klärung bezüglich der Verhaltensrestriktionen nicht ebenso grossen Wert legen sollte wie bei Unternehmen, die sich kartellrechtskonform verhalten haben. Besteht mit Blick auf die Erweiterung der Strukturkontrolle und die Existenz von Verhaltensrestriktionen ein öffentliches Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung, ist dieses öffentliche Interesse nicht selektiv nur in einer bestimmten Kategorie von Fällen wahrzunehmen, während es in anderen Fallkategorien ausser Acht gelassen wird. Berufte sich die Vorinstanz auf ein öffentliches Interesse an dieser

Feststellung, hat sie diesem Interesse unter anderem auch bei einseitigen oder einvernehmlichen Verhaltensänderungen Nachachtung zu verschaffen und darf sie das Verfahren in diesen Fällen nicht ohne Klärung der Marktstellung einstellen.

b) Mangelnde Entscheidungsfähigkeit bei Einstellung beziehungsweise fehlendes öffentliches Interesse an der Klärung der Marktstellung?

Implizit scheint sich die Vorinstanz ferner darauf zu berufen, eine beherrschende Stellung könne nicht festgestellt werden, wenn sie bei Einstellung der Untersuchung wegen Verhaltensänderung oder Gegenstandslosigkeit noch nicht entscheidungsfähig sei. Das ergibt sich aus ihren Ausführungen zur herkömmlichen Einstellung einer Untersuchung am Ende eines Verfahrens und zur Einstellung wegen Verhaltensänderung in einem frühen Verfahrensstadium (Rz. 12 f., Rz. 15 der Vernehmlassung).

Es trifft zu, dass Untersuchungen nicht weiterzuführen sind, wenn die für ihre Eröffnung vorausgesetzten Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen entfallen. Besteht aber aus den genannten Gründen ein öffentliches Interesse an der Feststellung der Marktstellung, existiert dieses unabhängig vom Stand der Arbeiten bei der Einstellung der Untersuchung und unabhängig von der Reihenfolge, in welcher die Vorinstanz die kartellrechtlichen Fragen bearbeitet. Das öffentliche Interesse an der Feststellung der Marktstellung und seine Wahrnehmung durch die Wettbewerbsbehörde können in diesem Sinn nicht gewissermassen vom Zufallsprinzip abhängen oder als Nebenprodukt von Verfahren aufgefasst werden, die mangels unzulässiger Verhaltensweisen ansonsten fruchtlos enden würden. Im Übrigen sieht die Vorinstanz wie oben gezeigt bei der Einstellung eines Verfahrens häufig selbst in denjenigen Fällen von der Feststellung einer beherrschenden Stellung ab, in denen diese bereits feststeht. Sie kann sich daher nicht darauf berufen, in den Untersuchungen, die zufolge Verhaltensänderungen eingestellt würden, lasse sich eine beherrschende Stellung angesichts des Verfahrensstandes gar nicht feststellen. Die Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin ist daher auch insofern sachlich nicht gerechtfertigt.

c) Vorgehen entsprechend Postulaten in der Literatur?

Schliesslich formuliert die Vorinstanz mit Verweis auf die Literatur (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 628) den Grundsatz, wenn unzulässige Verhaltensweisen fehlten, eine beherrschende Stellung jedoch bestehe, sei dies mittels Verfügung festzustellen (Rz. 14 der Vernehmlassung).

Aus dem Umstand, dass sich der genannte Autor in der ersten Auflage seines Werks nur in dieser Konstellation für die Feststellung einer beherrschenden Stellung ausspricht, kann nicht abgeleitet werden, dass das Gleichbehandlungsgebot beim Erlass von Feststellungsverfügungen irrelevant wäre. ZÄCH setzt sich mit den Implikationen der Rechtsgleichheit nicht auseinander. Ausserdem spricht er sich in der zweiten Auflage seines Werks für eine Feststellung der beherr-

schenden Stellung bei allen Verfahrenseinstellungen aus, also auch bei Verhaltensanpassungen. Das ergibt sich daraus, dass der Autor unter anderem das Vorgehen im Fall CoopForte beanstandet, in dem eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde, ohne dass die beherrschende Stellung festgestellt worden wäre (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 714, Fn. 1329 und Fn. 1330, Rz. 851 sowie Rz. 999, Fn. 1832). Die Vorinstanz richtet ihre Praxis wie ausgeführt nicht nach diesem Autor. Entsprechend kann sie sich nicht auf ihn berufen, um eine ungünstigere Behandlung der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen. Die Prüfung, ob das Gleichbehandlungsgebot respektiert wird, richtet sich ohnehin nicht danach, welches Vorgehen die Literatur postuliert, sondern danach, wie die Wettbewerbsbehörde in der Praxis tatsächlich vorgeht.

d) Fazit

Aus all diesen Gründen erweist sich die Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin als sachlich nicht gerechtfertigt. Das Argument der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz auf die Feststellung einer beherrschenden Stellung seit 1997 in konstanter Praxis verzichtet habe, wenn sie unzulässiges Verhalten verneint habe, ist zwar insofern zu relativieren, als eine beherrschende Stellung in einer solchen Situation auch 1999 festgestellt worden ist. Das ändert am Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung mit "marktbeherrschenden reumütigen Übeltätern" jedoch nichts. Ebenso wenig ändert der Umstand, dass die Vorinstanz die beherrschende Stellung auch in einem Fall festgestellt hat, in welchem das Unternehmen sein Verhalten gestützt auf eine einvernehmliche Regelung anpasste, etwas am Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung mit den Unternehmen, bei denen es zufolge einer Verhaltensänderung zu einer Einstellung des Verfahrens ohne Feststellung der beherrschenden Stellung kam.

5.2.3. Schlussfolgerung

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt zum Schluss, dass die Vorinstanz das Gleichbehandlungsgebot verletzt hat, indem sie eine beherrschende Stellung im Fall der Beschwerdeführerin feststellte, während sie von einer solchen Feststellung unter anderem im Fall von Unternehmen, die sich auf unzulässige Weise verhalten haben, von diesem Verhalten im Laufe einer Untersuchung aber einseitig oder aufgrund einvernehmlicher Regelung Abstand nahmen, mit Ausnahme eines einzigen Falles absah.

Dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein öffentliches Interesse an der Feststellung einer beherrschenden Stellung in Erwägung 4.2.2 (und in einem obiter dictum auch in RPW 2005/3, S. 530 ff., S. 556) bejaht hat, ändert nichts daran, dass eine rechtsungleich gehandhabte Feststellung einer solchen Marktstellung die Rechtsgleichheit verletzt.

Entsprechend wird die Wettbewerbsbehörde mit Blick auf ihre künftige Praxis zur Feststellung einer beherrschenden Stellung klare Kriterien formulieren, dies hinsichtlich der Beurteilung des öffentlichen Interesses an einer Feststellung generell wie auch bezüglich des Vorgehens bei Einstellung einer Untersuchung in

unterschiedlichen Konstellationen. Dieses Vorgehen soll nicht von Zufälligkeiten wie etwa davon abhängig sein, in welcher Reihenfolge die Behörde die sich stellenden materiellrechtlichen Fragen beurteilt, und in welchem Verfahrensstadium es zur Einstellung eines Verfahrens kommt. Nicht zuletzt wird zu prüfen sein, inwiefern eine bestehende marktbeherrschende Stellung aus denselben Gründen wie bei der Verhaltenskontrolle jeweils auch im Rahmen der Strukturkontrolle festzustellen wäre - unabhängig davon, ob einem Vorhaben nichts entgegensteht, ob es untersagt oder mit Auflagen oder Bedingungen zugelassen wird.

Derartige grundsätzliche Überlegungen sind umso mehr erforderlich, als sich die Literatur mit dem Aspekt der Gleichbehandlung beim Erlass von Feststellungsverfügungen betreffend marktbeherrschende Stellung nicht auseinandersetzt.

5.3. Marktabgrenzung und Marktstellung

5.3.1. Vorbemerkung

Nachdem einerseits feststeht, dass es aus Gründen der Gleichbehandlung nicht angeht, verfügungsweise eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin festzustellen, und andererseits klar ist, dass unzulässige Verhaltensweisen nicht vorliegen, ist die materielle Beurteilung von Marktabgrenzung und Marktstellung der Beschwerdeführerin durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nur noch von beschränkter Bedeutung. Angesichts des Anspruchs der Parteien auf Behandlung ihrer Vorbringen, aus Gründen der Prozessökonomie und mit Blick auf allfällige spätere Untersuchungen der Vorinstanz rechtfertigen sich dennoch einige Hinweise.

5.3.2. Marktabgrenzung und Marktstellung gemäss der Verfügung

Die Verfügung grenzt einen Markt für die Lieferung von tagesaktuellen Verzeichnisdaten in elektronischer Form und einen Markt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste ab. Im Ersteren bejaht sie eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin (Rz. 198 der Verfügung), im Zweitgenannten verneint sie eine solche Stellung beziehungsweise lässt sie diese Frage offen (Rz. 215 bzw. Rz. 217 der Verfügung). Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung konstatiert eine beherrschende Stellung in einem Markt für die Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form, die sich für die Erstellung selbstständiger Verzeichnisse eignen und mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern umfassen. Unzulässige Verhaltensweisen in diesem Markt verneint die Verfügung.

5.3.3. Differenzen zwischen Vorinstanz und Beschwerdeführerin

Bezüglich Marktabgrenzung und Marktstellung vertreten die Parteien in drei Fragen unterschiedliche Auffassungen:

- Umfasst der relevante Markt nur die regulierten Daten oder sowohl regulierte Daten wie solche aus veredelten Verzeichnissen?

- Ist der sachliche Markt auf tagesaktuelle Daten einzuschränken, oder rechtfertigt dieses Qualitätskriterium keine so enge Marktabgrenzung?
- Hat die Beschwerdeführerin eine beherrschende Stellung oder nicht?

Die Erwägungen 5.3.4 bis 5.3.6 erläutern die diesbezüglichen Positionen der Parteien und deren Beurteilung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

5.3.4. Markt für regulierte Daten oder Markt für regulierte Daten und Daten aus veredelten Verzeichnissen?

Im Zusammenhang mit dem Umfang der von der Vorinstanz festgestellten beherrschenden Stellung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Verfügung weise auf Unterschiede zwischen den regulierten Verzeichnisdaten und den Verzeichnisdaten aus veredelten Verzeichnissen im Sachverhalt zwar selber hin, halte diese Unterscheidung in Erwägungen und Dispositiv aber nicht durch (Rz. 66 der Beschwerde). Die Vorinstanz entgegnet, Dispositiv Ziffer 1 sei bewusst in der angeführten Art formuliert worden. Der gemäss Randziffer 158 der Verfügung abgegrenzte Markt umfasse nicht nur die regulierten Daten; präzisierend sei im Dispositiv darauf hingewiesen worden, dass die beherrschende Stellung insbesondere auch die regulierten Verzeichnisdaten betreffe (Rz. 31 der Vernehmlassung).

Geht man von der Marktabgrenzung gemäss den Randziffern 150-158 der Verfügung aus, gelangt man zum Schluss, dass der sachliche Markt nach Auffassung der Vorinstanz sowohl die regulierten Daten wie auch die Daten aus veredelten Verzeichnissen umfasst. Denn die Vorinstanz will ausdrücklich nicht zwei unterschiedliche sachliche Märkte - einen Markt für regulierte Daten und einen Markt für Daten aus veredelten Verzeichnissen - abgrenzen (Rz. 153 und Rz. 155 der Verfügung).

Der Markt ist aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Güter, welche die Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks für austauschbar hält, gehören zum selben sachlichen Markt (Art. 11 Abs. 3 Bst. a. VKU). Der Verfügung lässt sich nun aber nicht entnehmen, ob die Marktgegenseite Daten aus veredelten Verzeichnissen und regulierte Daten für austauschbar hält (Rz. 141 ff., insbesondere Rz. 150-158 der Verfügung). Das Argument, es sei nicht ein Markt für regulierte und ein Markt für veredelte Daten abzugrenzen, weil nicht die einzelnen Adresseinträge oder die den Einträgen zugrunde liegenden Daten veredelt würden, sondern das Verzeichnis als solches (Rz. 153 der Verfügung), ist kein Beleg für die Austauschbarkeit von regulierten Daten und Daten aus veredelten Verzeichnissen.

Aus dem Umstand, dass nicht Daten, sondern Verzeichnisse veredelt werden, und aus der Einschätzung der Vorinstanz, dass für die Erstellung eigener Verzeichnisse nur die regulierten Daten zwingend erforderlich sind (Rz. 154 der Verfügung), kann nach Auf-

fassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht gefolgert werden, dass regulierte Daten und Daten aus veredelten Verzeichnissen aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar sind. Ob sie es sind, muss sich aus der Befragung der Unternehmen der Marktgegenseite ergeben und dürfte sich nach den Preisen von regulierten und veredelten Daten sowie nach den Bestimmungen über deren Nutzung richten. Wie den Akten zu entnehmen ist, hat die Vorinstanz die Marktgegenseite in der mittlerweile eingestellten Untersuchung weder dazu befragt, ob die Daten aus dem Verzeichnis mit den regulierten Daten beziehungsweise dem veredelten Verzeichnis aus ihrer Sicht austauschbar sind, noch haben die befragten Unternehmen dazu Angaben geliefert. Die Verfügung sagt dazu wenig bis nichts. Die Abgrenzung eines Marktes für die Lieferung elektronischer Daten, der nebst den regulierten Daten auch diejenigen aus dem veredelten Verzeichnis umfassen würde, ist daher nicht belegt.

Nicht nur belegen die Erwägungen gemäss Verfügung nicht, dass der sachliche Markt sowohl regulierte Daten wie auch Daten aus veredelten Verzeichnissen umfasst. Zudem ist Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung unklar, indem ihr nicht zu entnehmen ist, welche Güter zu einem Markt gehören würden, der "mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern umfasst". Die E.164-Nummern sind in den regulierten Daten enthalten (Art. 29 Abs. 2 Bst. d FDV). Der Begriff "mindestens" suggeriert, dass beliebige weitere, nicht näher definierte Verzeichnisdaten ebenfalls zum sachlichen Markt gehören. Die Marktabgrenzung gemäss Dispositiv Ziffer 1 bleibt daher unbestimmt. Die Ausführung in der vorinstanzlichen Vernehmlassung, nach welcher der sachliche Markt nicht nur die regulierten Daten, aber insbesondere auch die regulierten Daten umfasst (Rz. 31 der Vernehmlassung), ist in keiner Weise klärend. Das Dispositiv ist sprachlich schliesslich insofern verunglückt, als es von Verzeichnisdaten spricht, welche sämtliche E.164-Nummern umfassen. Verzeichnisdaten sind Datensätze zu einzelnen Telefonkunden. Allenfalls kann ein *Verzeichnis* sämtliche E.164-Nummern umfassen, *Verzeichnisdaten* können dies sicher nicht. Würde man aber von Verzeichnissen sprechen, geriete möglicherweise die Marktabgrenzung der Vorinstanz ins Wanken, nach welcher einerseits Märkte für Verzeichnisdaten und andererseits Märkte für Verzeichnisse und Verzeichnisdienste abzugrenzen sind.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb die Lieferung von regulierten Daten und von Daten aus dem ETV demselben Markt zugehören sollten, wenn die Datenbank mit den Grunddaten (regulierte Daten) und die veredelte Datenbank (ETV) separate Märkte (und unterschiedliche Stufen der Wertschöpfung) bilden. Die Verfügung scheidet die in Randziffer 155 angesprochenen unterschiedlichen Märkte für veredelte Verzeichnisse und für das Verzeichnis mit den Grunddaten denn auch gar nicht aus.

In einem allfälligen späteren Verfahren wird die Vorinstanz konkret auszuführen haben, inwiefern und

aus der Sicht welcher Unternehmen der Marktgegenseite Daten aus der ETV-Datenbank und solche aus dem regulierten Bestand hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks austauschbar sind. Bei einer solchen Prüfung wird sie auch berücksichtigen, dass die regulierten Daten zufolge Weiterbearbeitung im Veredelungsprozess gewissermassen als eine Teilmenge der Daten der ETV-Datenbank aufzufassen sind. Daraus folgt, dass zwar regulierte Daten mit Daten aus der ETV-Datenbank substituiert werden können, umgekehrt aber nicht ohne weiteres auch Daten aus der ETV-Datenbank mit Daten aus dem regulierten Bestand, zumal nicht zum vorneherein klar ist, hinsichtlich welcher Grunddaten eine Erweiterung stattgefunden hat. Die Formulierung "Verzeichnisdaten in elektronischer Form, die mindestens die Daten sämtlicher E.164-Nummern umfassen" (vgl. Rz. 158 und Dispositiv Ziff. 1), mit welcher die Vorinstanz offenbar Verzeichnisdaten aus der ETV-Datenbank dem relevanten Markt zuschlagen will, suggeriert das Gegenteil.

5.3.5. Separater Markt für tagesaktuelle Daten?

Die Beschwerdeführerin hält die sachliche Marktabgrenzung auch deshalb für unzutreffend, weil das Element "Tagesaktualität" nicht ausschlaggebend sein könne, wenn das seit Jahren führende *online*-Verzeichnis ohne tagesaktuelle Verzeichnisdaten auskomme. Auch *offline*-Verzeichnisse (Telefonbücher, elektronische Verzeichnisse auf CD und DVD) hätten nach wie vor grosse Bedeutung, obwohl sie nicht tagesaktuell seien. Die Aktualität sei zwar ein Qualitätsmerkmal; daraus folge aber nicht, dass Verzeichnisdaten mit und ohne Tagesaktualität nicht austauschbar seien und nicht zum selben Markt gehörten. Tagesaktualität schlechthin gebe es im Übrigen nicht, da es immer mehrere Tage dauere, bis Mutationen in den regulierten Verzeichnisdaten nachgeführt seien. Auch die Daten der Beschwerdeführerin seien in diesem Sinn nicht tagesaktuell. Ein relevanter Markt für tagesaktuelle Daten existiere daher nicht (Rz. 58-65 der Beschwerde).

Die Vorinstanz entgegnet, die Marktabgrenzung habe aus Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen. Massgeblich sei, ob Güter austauschbar seien und daher im Wettbewerb stünden. Vorliegend seien Unternehmen Marktgegenseite, die Verzeichnisdaten einkauften, um auf nachgelagerten Märkten, etwa bei telefonischen Auskunftsdiensten, tätig zu sein. Die Qualität des Datenbestandes (Vollständigkeit, Aktualität, elektronische Verfügbarkeit) sei dabei ausschlaggebend. Verzeichnisse ohne diese Eigenschaft seien daher keine Substitute. Auch stehe das Kriterium der Tagesaktualität im Einklang mit der Fernmeldedienstverordnung, welche tägliche Aktualisierungen vorschreibe (Art. 29 Abs. 5 FDV). Die Beschwerdeführerin sei als *data agent* der Fernmeldedienstanbieter verpflichtet, die regulierten Verzeichnisdaten, die Teil des relevanten Marktes für die Lieferung elektronischer Daten bildeten, mit täglichen Aktualisierungen anzubieten (Vernehmlassung Rz. 28-30).

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sind die Ausführungen der Beschwerde-

führerin unbehelflich. Zunächst mutet die Relativierung des Begriffs "Tagesaktualität" etwas wortklaubereich an; die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält die Begriffsdefinition der Vorinstanz (Rz. 30 der Vernehmlassung) für zutreffend. Sodann ist nicht von der Hand zu weisen, dass auf aktuelle (und aktualisierbare) Daten angewiesen ist, wer auf Dauer wettbewerbsfähige Sprachauskunftsdienste anbieten will. Angesichts des Preises, den Endkunden für eine solche Dienstleistung zu berappen haben, kann sich ein Sprachauskunftsdienst mit veralteten Daten kaum dauerhaft am Markt halten.

Inwiefern dies gleichermaßen für Abfragen über das Internet gilt, bliebe zu prüfen; die Hinweise der Beschwerdeführerin auf den Erfolg von telsearch.ch, deren Angebot nicht tagesaktuell ist, sprechen eher dagegen. Der Erfolg von telsearch.ch im Endkundenmarkt sagt aber nichts dazu aus, ob etwa Unternehmen, die Sprachauskunftsdienste anbieten wollen, auf tagesaktuelle Daten angewiesen sind oder nicht. Ebenso dürfte Tagesaktualität bei der Nachfrage nach Verzeichnisdaten für die Herstellung von gedruckten oder *offline* (CD-Rom oder DVD) Verzeichnissen eine untergeordnete Rolle spielen. Das ändert aber nichts daran, dass mindestens ein Teil der Marktgegenseite tagesaktuelle Daten nachfragen und diese mit nicht aktuellen Daten nicht für austauschbar befinden dürfte. (Ob es sich dabei um regulierte Daten oder Daten aus veredelten Verzeichnissen handelt, bliebe zu prüfen; offenbar bezieht bisher nur die Beschwerdeführerin selber die regulierten Daten, während andere Verzeichnisdienstleister auf die Daten der Beschwerdeführerin aus veredelten Daten beziehungsweise ihre auf das ETV zugreifenden Produkte abstellen.)

5.3.6. Marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin?

Die Beschwerdeführerin bestreitet mit Verweis auf andere Anbieter von Daten, eine marktbeherrschende Stellung innezuhaben (Rz. 36-57 der Beschwerde). Eine solche Stellung bestehe höchstens hinsichtlich der regulierten Verzeichnisdaten (Rz. 66-72 der Beschwerde, Subeventualantrag [S. 2 der Beschwerde]).

Die Vorinstanz entgegnet, die von der Beschwerdeführerin genannten anderen Anbieter von Daten (telsearch.ch, AZ-Direct, Einwohnerkontrollen, Handelsregisterämter, Internetsuchmaschinen) fielen als alternative Bezugsquellen ausser Betracht, denn telsearch.ch sei nicht tagesaktuell, AZ-Direct müsse für die Telefonnummern ihrerseits auf externe Lieferanten zugreifen, und im Fall der übrigen Verzeichnisse stünden dem Bezug oder der Nutzung von Daten datenschutzrechtliche oder technische Hindernisse entgegen (Rz. 16-30 der Vernehmlassung).

Die Beschwerdeführerin präzisiert bei ihren Hinweisen auf alternative Anbieter nicht, ob sich ihre Angaben nur auf die Marktstellung bei den veredelten Daten oder auch auf diejenige bei den regulierten Daten beziehen. Angesichts ihrer Ausführungen unter dem Titel "Zu umfassende Feststellung der marktbeherrschenden Stellung" (Rz. 66 der Verwaltungsbe-

schwerde), in welchen sie "eine gewisse Stellung in Bezug auf die regulierten Daten" (Rz. 69 der Verwaltungsbeschwerde) nicht in Abrede stellt, ist von Ersterem auszugehen.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen lässt sich eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in einem allfälligen Markt für die Lieferung tagesaktueller regulierter Verzeichnisdaten kaum bestreiten: Kein anderes Unternehmen kommt an die Daten der Fernmeldedienstleisterinnen heran, und kein anderes Unternehmen kann sie zusammenfassen und für die Unternehmen der Marktgegenseite bereinigen. Auch wenn die Fernmeldedienstleisterinnen den Vertrag mit der Beschwerdeführerin kündigen und die Aufgabe des *data agent* einem anderen Unternehmen übertragen können, würde sich an den Wettbewerbsverhältnissen dadurch grundsätzlich nichts ändern - es entstünde einfach ein anderer Anbieter von tagesaktuellen regulierten Verzeichnisdaten mit einer beherrschenden Stellung. Dass die Marktstellung der Beschwerdeführerin bei den regulierten Daten zeitlich beschränkt sein könnte, ändert an ihrer gegenwärtigen beherrschenden Stellung in diesem Bereich nichts.

Im Bereich der Lieferung von tagesaktuellen Daten aus veredelten Verzeichnissen (bzw. der Produkte und Dienstleistungen, die auf das ETV zugreifen) lässt sich eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin aus der angefochtenen Verfügung jedoch nicht herleiten. Die Begründung der Marktstellung im Markt für die Lieferung von Verzeichnisdaten (Rz. 172 - Rz. 199 der Verfügung) bezieht sich ausschliesslich auf die regulierten Daten und die fehlenden Substitute zu diesen und liefert keinerlei Argumente für eine beherrschende Stellung bei den Daten aus veredelten Verzeichnissen. Schlussfolgerungen für die Marktstellung der Beschwerdeführerin bei den Daten aus veredelten Verzeichnissen lassen sich aus der Verfügung nicht ableiten.

Soweit die Vorinstanz mit Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung tatsächlich auch im Bereich der veredelten Daten eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin festgestellt hat, wäre dies durch die Begründung nicht abgestützt und wäre die Begründungspflicht verletzt, was einem von Amtes wegen festzustellenden formellen Mangel der Verfügung gleichkommen würde.

In materieller Hinsicht ist bei der Marktstellung im Bereich der veredelten Daten zu berücksichtigen, dass sich der Untersuchungsgegenstand zufolge von Änderungen der rechtlichen Rahmenordnung im Lauf des Verfahrens gewandelt hat:

Standen ursprünglich das ETV, die darauf basierenden Produkte sowie deren Nutzungsbedingungen und Preise im Zentrum, verlagerte sich der Schwerpunkt mit der Revision der Fernmeldeverordnung auf die Verfügbarkeit der regulierten Daten (vgl. Rz. 65-70 der Verfügung). Diesen Änderungen dürfte die Vorinstanz zwar bei der Bezeichnung der Verfügung ("Verfügung ... betreffend ... Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten"), im

Sachverhaltsteil, bei der Beurteilung der Marktstellung und bei der Missbrauchsprüfung Rechnung getragen haben, nicht aber bei der Marktabgrenzung und bei der Formulierung von Dispositiv Ziffer 1.

Geändert hat sich nicht nur der Untersuchungsgegenstand: Mit der Möglichkeit des Zugangs aller Interessenten zu den regulierten Daten als "Rohstoff" für die Herstellung eigener Verzeichnisse und eigener Produkte für Verzeichnisdienste haben sich auch die Wettbewerbsverhältnisse gewandelt. Können Unternehmen, die elektronische und gedruckte Verzeichnisse anbieten wollen, und Unternehmen, die Verzeichnisdienste über das Internet oder über eine Sprachauskunft leisten wollen, dies nicht mehr nur aufgrund des ETV und der darauf gestützten Produkte, sondern neu aufgrund der regulierten Daten tun, die nachweislich allen Konkurrenten zu denselben Bedingungen zur Verfügung stehen, ist der Marktzutritt gewährleistet. Treten trotz gewährleisteten Marktzutritts keine neuen Wettbewerber mit eigenen Produkten auf den Plan, bedeutet dies, dass potenzielle Konkurrenten eigene Investitionen nicht als rentabel einschätzen. Das wiederum spricht dafür, dass potenzieller Wettbewerb disziplinierend wirkt, dass sich die Beschwerdeführerin als etablierte Anbieterin bei den veredelten Daten nicht unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann und dass sie hier keine Monopolrente in Form von überhöhten Preisen oder restriktiven Nutzungsbedingungen abschöpft. Dies spricht gegen eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im Bereich der auf dem ETV als veredeltem Verzeichnis beruhenden Produkte und den Daten aus der ETV-Datenbank. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Endabnehmer von Verzeichnisdaten die nachgefragten Informationen über www.weisseseiten.ch, www.gelbeseiten.ch (beide Angebote werbefinanziert) sowie aus dem gedruckten Telefonbuch (für die Wohnregion unentgeltlich abgegeben) letztlich beziehen können, ohne dafür direkt bezahlen zu müssen. Dass andere Unternehmen bisher nur wenige Anstrengungen unternommen haben, um mit eigenen Angeboten auf den Markt zu treten, erstaunt darum nicht weiter.

Anders wäre die Marktstellung der Beschwerdeführerin bei den veredelten Daten allenfalls zu betrachten, wenn sie die Preise der regulierten Daten künstlich hochhalten würde. In dieser Situation liesse sich für eine beherrschende Stellung bei den Daten aus veredelten Verzeichnissen ins Feld führen, dass die Beschwerdeführerin dank ihres exklusiven Zugangs zu den Rohdaten über ein faktisches Monopol bei den regulierten Daten verfügt. Dies könnte ihr die Möglichkeit verschaffen, für die regulierten Daten überhöhte Preise anzusetzen. Dies käme der Errichtung einer Markteintrittsbarriere gleich: Zutrittswillige potenzielle Konkurrenten, die die regulierten Daten kaufen und selber veredeln möchten, könnten die Kosten der Veredelung diesfalls nicht decken und würden von einem Markteintritt entsprechend abgehalten. Die beherrschende Stellung bei den regulierten Daten würde der Beschwerdeführerin in diesem Sinne potenziell, also der Möglichkeit nach, auch eine beherrschende Stellung bei den veredelten Da-

ten verschaffen. Zu prüfen bliebe bei dieser Argumentationsweise, ob eine derartige potenziell beherrschende Position für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ausreicht, oder ob eine solche Feststellung den Nachweis tatsächlich überhöhter Preise der regulierten Daten voraussetzt.

Nach Auffassung von Vorinstanz und Preisüberwacher obliegt die Überprüfung der Preise der regulierten Daten dem Regulator; im Rahmen der kartellgesetzlichen Prüfung stelle sich nur die Frage einer Preis-Kosten-Schere. Deren Vorliegen verneint die Vorinstanz. Nachdem die Zulässigkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerin vorliegend nicht mehr zur Diskussion steht, hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit diesen Fragen nicht weiter auseinanderzusetzen. Je nachdem, wie die am Ende des vorangehenden Abschnitts genannte Frage (setzt die Feststellung einer beherrschenden Stellung den Nachweis überhöhter Preise für die regulierten Daten voraus?) zu beantworten wäre, bestünde aber Anlass, die Auffassung, nach welcher die Überprüfung der Preise der regulierten Daten ausschliesslich Sache des Regulators ist, zu überdenken.

5.3.7. Schlussfolgerung

Ist die vorinstanzliche Marktabgrenzung zweifelhaft (Erwägung 5.3.4) und stützt die Verfügung eine beherrschende Stellung im Bereich der Daten aus veredelten Verzeichnissen nicht (Erwägung 5.3.6), entfällt die Grundlage für die Feststellung einer beherrschenden Stellung, soweit sie die Daten aus veredelten Verzeichnissen betrifft. Dies würde auch dann gelten, wenn eine solche Feststellung mit der Rechtsgleichheit vereinbar wäre.

5.4. Ergebnis

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung in mehrfacher Hinsicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst (Erwägung 5.2) und dass eine marktbeherrschende Stellung in einem unzulänglich abgegrenzten Markt für die Lieferung regulierter und veredelter elektronischer Verzeichnisdaten nicht belegt ist (Erwägung 5.3). Die Verfügung ist daher aus materiellen Gründen aufzuheben. Da sie eine beherrschende Stellung bei der Lieferung von Daten aus veredelten Verzeichnissen zudem in keiner Weise begründet, ist sie auch formell mangelhaft (Erwägung 5.3.6, sechster Abschnitt am Ende).

6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr am 3. Februar 2005 geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] ist ihr zulasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene not-

wendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen der Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat mit Schreiben vom 19. Juli 2006 ein Honorar von CHF [...] zuzüglich Mehrwertsteuer (7,6%) von CHF [...], insgesamt ausmachend CHF [...], plus eine Kleinspesenpauschale im Betrag von CHF [...] (entsprechend [...]% des Honorars) zuzüglich Mehrwertsteuer (7,6%) von CHF [...], insgesamt ausmachend CHF [...], verlangt. Das Total seiner Forderung beläuft sich auf CHF [...]. Der Beizug eines Rechtsanwalts sei zwingend gewesen. Der Streitwert lasse sich kaum bestimmen, betrage aber wohl über CHF 5 Mio. Daher sei eine Parteientschädigung zuzusprechen, die mindestens den in der detaillierten Kostennote ausgewiesenen Betrag decke. Das Verfahren sei angesichts der 115 Seiten umfassenden Verfügung komplex gewesen, und es hätten sich zahlreiche schwierige tatsächliche, verfahrens- und materiellrechtliche Fragen gestellt, auch solche betreffend die Parteistellung Dritter. Entsprechend hoch sei der Abklärungsbedarf gewesen. Ausser der Beschwerde hätten fünf weitere Eingaben an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erstellt werden müssen.

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 (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 Folgendes in Betracht:

Lässt sich der Streitwert vorliegend kaum bestimmen, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, lässt sich auch nicht sagen, dass er über CHF 5 Mio. liegen würde. Bei der Festlegung der Parteientschädigung ist daher auf die genannten Kriterien abzustellen.

Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerin von wirtschaftlicher und ideeller Bedeutung ist. Angesichts der konstatierten Widersprüchlichkeit der Verfügung lässt sich somit kaum bestreiten, dass es sich um ein schwieriges Verfahren handelte und dass in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingehende Abklärungen notwendig waren.

Die eingereichte Kostennote listet unter Angabe der Daten den Zeitaufwand für konkrete Massnahmen und die Honoraransätze der verschiedenen mit der Sache befassten Personen auf. Insofern ist die Kostennote detailliert im Sinn der Kostenverordnung. Die Auslagen werden demgegenüber nur pauschal ausgewiesen.

In Bezug auf vergleichbar schwierige Fälle erweist sich die Forderung von CHF [...] insgesamt als zu hoch. 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 gutgeheissen und Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. November 2004 wird aufgehoben.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

2. *Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission*

Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2006-8) vom 9. November 2006 in Sachen Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 6.11.2006) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 30.10.2006) betreffend Fristerstreckung

Nach Einsicht in:

- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006 betreffend Stellungnahme zu einem überarbeiteten Verfügungsentwurf im Bereich Mobilfunkterminierung;
- das Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 26. Oktober 2006;
- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2006, mit welchem dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erstreckung der Frist nicht vollständig entsprochen wurde;
- die hiegegen von der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt [...], bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 6. November 2006;
- die dazu ergangene Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 7. November 2006 sowie
- die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist (Art. 44 und Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251);

dass nach Massgabe des Kartellgesetzes das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, es liege eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor (Art. 27 und Art. 53 Abs. 1 KG);

dass, falls das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, die Weko auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet, wobei die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag Stellung nehmen können (Art. 30 und Art. 53 Abs. 1 KG);

dass die Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren Terminierung Mobilfunk mit Eingabe vom 25. Juli 2005 zum ersten Verfügungsentwurf der Weko vom 22. April 2005 Stellung nahm;

dass die Weko der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. April 2006 die Möglichkeit einräumte, bis 22. Mai 2006 zum Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zur Sanktionsbemessung sowie zum daraus resultierenden Dispositiv Stellung

zu nehmen;

dass, nachdem die Beschwerdeführerin am 22. Mai 2006 eine Stellungnahme einreichte, am 29. Mai 2006 eine Anhörung vor der Weko stattfand;

dass die Weko der Beschwerdeführerin am 11. Oktober 2006 einen überarbeiteten und vollständigen Verfügungsentwurf zur Stellungnahme bis 26. Oktober 2006 unterbreitete;

dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 ein Gesuch um Erstreckung der Frist zur Stellungnahme bis 26. November 2006 stellte;

dass die Weko der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 30. Oktober 2006 die Frist zur Stellungnahme letztmalig bis 9. November 2006 erstreckte;

dass die Beschwerdeführerin am 6. November 2006 gegen diese Anordnung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsbeschwerde einreichte mit folgenden Anträgen:

"1. Es sei die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2006 aufzuheben.

2. Es sei die Frist zur Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 bis 26. November 2006 zu erstrecken.

3. Über die vorliegende Beschwerde sei möglichst schnell zu entscheiden; der Entscheid sei der Beschwerdeführerin spätestens bis 9. November 2006 um 14 Uhr zu eröffnen.

4. Eventualiter, für den Fall des Nichteintretens oder der Abweisung der vorliegenden Beschwerde, sei der Beschwerdeführerin vorsorglich eine Notfrist von drei Tagen ab Eröffnung des Entscheides anzusetzen, innert welcher die Beschwerdeführerin die Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 nachreichen könnte, unter Mitteilung an die Beschwerdeführerin bis spätestens am 9. November 2006 um 14 Uhr.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen lasten des Staates."

dass die Weko ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde in ihrer Vernehmlassung vom 7. November 2006 unter anderem damit begründet, es habe zur Gewährung des rechtlichen Gehörs keine Notwendigkeit bestanden, der Beschwerdeführerin ein weiteres Mal die Möglichkeit zu bieten, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen, zudem sei die gewährte Frist als verhältnismässig anzusehen;

dass die von der Wettbewerbskommission angeordnete Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf eine verfahrensleitende Anordnung im Rahmen der Prozessinstruktion darstellt und nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitfrage gerichtet ist, sondern nur das Verfahren

der Erledigung entgegenführt und diese behördliche Anordnung als Zwischenverfügung zu qualifizieren ist (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 140 f. mit Hinweisen; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 511; MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, Rz. 2.14);

dass nur die Verfügung der Beschwerde unterliegt (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021) und verfahrensleitende Zwischenverfügungen nur soweit durch Beschwerde selbstständig anfechtbar sind, als sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 VwVG);

dass dabei das besondere Rechtsschutzinteresse zur sofortigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung im Nachteil zu sehen ist, der entstünde, wenn die Anfechtung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (GYGI, a.a.O., S. 142 f. mit Verweis auf Art. 45 Abs. 3 VwVG);

dass das Bundesgericht einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil anerkennt und damit das schutzwürdige Interesse an der Anfechtung einer Zwischenverfügung selbst bei Vorliegen eines bloss wirtschaftlichen Interesses bejaht (BGE 125 II 613 E. 4a);

dass die Beschwerdeführerin zur Begründung des nicht wieder gut zu machenden Nachteils vorbringt, sie könne infolge zu kurzer Eingabefristen ihren verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht wahrnehmen;

dass die Weko dem unter Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 II 257 E. 4.2 entgegenhält, in casu wäre eine weitere vorgängige Äusserungsmöglichkeit im Lichte des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht einmal notwendig gewesen, zumal sich die Beschwerdeführerin in den vorgängig eingeholten Stellungnahmen sowie in den Anhörungen ausreichend zum zugrunde liegenden Sachverhalt und den anwendbaren Rechtsnormen habe äussern können;

dass entgegen dem Standpunkt der Wettbewerbskommission die im zitierten Bundesgerichtsurteil festgehaltene Rechtsprechung hier insofern nicht einschlägig ist, als sich diese lediglich auf den Gehörsanspruch gemäss Artikel 29 und 30 VwVG bezieht;

dass demgegenüber der hier anwendbare Artikel 30 Absatz 2 KG einen erweiterten Gehörsanspruch festlegt (BGE 129 II 497 E. 2.2), wonach gemäss Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Anspruch auf eine erneute Stellungnahme jedenfalls dann besteht, wenn sich ein neuer Verfügungsentwurf im Dispositiv und in den Erwägungen vom vorangehenden Entwurf insofern unterscheidet, als "wesentliche Änderungen" in Frage stehen, die nicht lediglich die Kostenliquidation oder die Rechtsmittelbelehrung betreffen (Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 27.9.2005 i. S. Ticketcorner AG, FB/2004-1 E. 4.1);

dass die Weko das Vorliegen von wesentlichen materiellen Änderungen bestreitet;

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgrund einer Prima-facie-Prüfung zur Auffassung gelangt, die der Beschwerdeführerin unterbreiteten Änderungen im Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 hätten einen derart grossen Umfang angenommen, dass sie als "wesentlich" im Sinne der vorgeannten Rechtsprechung zu werten sind;

dass der Beschwerdeführerin deshalb auch ein **Anspruch** auf eine Stellungnahme zu diesem stark überarbeiteten Verfügungsentwurf zuzuerkennen ist;

dass der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist und grundsätzlich die Aufhebung einer Verfügung, welche in Verletzung dieses Anspruchs ergangen ist, nach sich zieht;

dass von diesem Grundsatz ausnahmsweise abgewichen und eine im erstinstanzlichen Verfahren erfolgte Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann, wenn die Beschwerdeinstanz in Sach- und Rechtsfragen über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz und dem Betroffenen dieselben Mitwirkungsrechte wie vor dieser zustehen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 517 sowie BGE 115 V 297 E. 2.h);

dass es in diesem Verfahrensstadium nicht angehen kann, eine allfällige Gehörsverletzung mit dem Wissen - die Beschwerdeinstanz werde diese im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens heilen - in Kauf zu nehmen;

dass damit das schutzwürdige Interesse an der Anfechtung der Zwischenverfügung in casu bejaht werden kann;

dass Fristen für Parteieingaben zeitlich so anzusetzen sind, dass sie von den Parteien unter zumutbaren Bedingungen auch tatsächlich ausgeübt werden können (GYGI, a.a.O., S. 70); gleichzeitig gilt es bei der Ausübung des rechtlichen Gehörs ebenfalls den Interessen der Verfahrensökonomie Rechnung zu tragen;

dass eine behördlich angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden kann, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Art. 39 KG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VwVG) und die zuständige Behörde über das Vorliegen solcher Gründe nach pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden und dabei auf die Natur der Streitsache, die betroffenen Interessen und die Verfahrensumstände Rücksicht zu nehmen hat (RPW 2000/2, S. 266);

dass die Weko der Beschwerdeführerin für die Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 eine Frist von 14 Tagen einräumte und diese auf Gesuch hin um weitere 14 Tage erstreckte;

dass im vorliegenden Fall keine rechtsgenügenden Gründe ersichtlich sind, weshalb die Weko von ihrer gängigen Praxis - 30 Tage für die Stellungnahme mit der Möglichkeit der Fristerstreckung um weitere 30 Tage bei Einreichung eines begründeten Gesuchs - abwich, zumal die Weko auch nicht behauptet, es liege aus einem privaten oder öffentlichen Interesse eine zeitliche Dringlichkeit vor;

dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe (Komplexität des Verfahrens, Arbeitsbelastung) praxisgemäss als ausreichend angesehen werden, um eine erstmalige Fristerstreckung zu gewähren;

dass die Behauptung, die Gewährung des rechtlichen Gehörs sei gar nicht notwendig gewesen, unter dem Aspekt der Fristverlängerung nicht geeignet erscheint, die beantragte Verlängerung der trotzdem gewährten Eingabefrist zu verweigern;

dass es aufgrund der vorliegenden Aktenlage als verhältnismässig erscheint, die Frist zur Einreichung der Stellungnahme bis zum 26. November 2006 zu verlängern;

dass sich demnach die Beschwerde als begründet erweist und die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben ist;

dass infolge Gutheissung der Beschwerde der Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Einräumung einer dreitägigen Notfrist hinfällig geworden ist;

dass bei diesem Prozessausgang keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG);

dass der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten und diese mangels Kostennote von Amtes wegen und nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0);

wird verfügt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zwischenverfügung vom 30. Oktober 2006 aufgehoben und die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 bis 26. November 2006 erstreckt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.
3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von CHF [...].- (inkl. MwSt.) zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

3. *Swisscom Mobile AG/Wettbewerbskommission*

Beschwerdeentscheid (FB 2006-9) vom 4. Dezember 2006 in Sachen Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 29.11.2006) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 27.11.2006) betreffend Fristerstreckung

Nach Einsicht in:

- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2006 betreffend Stellungnahme zu einem überarbeiteten Verfügungsentwurf im Bereich Mobilfunkterminierung;
- das Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 26. Oktober 2006;
- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 30. Oktober 2006, mit welchem dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erstreckung der Frist nicht vollständig entsprochen wurde;
- die hiergegen von der Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt [...], bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 6. November 2006;
- die dazu ergangene Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 7. November 2006;
- den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9. November 2006, mit welchem die Beschwerde gutgeheissen, die angefochtene Zwischenverfügung vom 30. Oktober 2006 aufgehoben und die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 bis 26. November 2006 erstreckt wurde;
- das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 22. November 2006 um zweite Fristerstreckung;
- die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2006, mit welcher das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erstreckung der Frist abgewiesen wurde;
- die hiergegen von der Beschwerdeführerin, wiederum vertreten durch Rechtsanwalt [...], bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 29. November 2006;
- die dazu ergangene Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2006;
- die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist (Art. 44 und Art. 53 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251);

dass, falls das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, die Weko auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffen-

den Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet, wobei die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag Stellung nehmen können (Art. 30 und Art. 53 Abs. 1 KG);

dass die Weko der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 27. November 2006 ein zweites Gesuch um Erstreckung der Frist zur Stellungnahme abwies, dabei jedoch eine Nachfrist (Notfrist) bis 7. Dezember 2006 zur Stellungnahme zum Entwurf der Teilverfügung vom 11. Oktober 2006 gewährte;

dass die Beschwerdeführerin am 29. November 2006 gegen diese Zwischenverfügung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsbeschwerde einreichte mit folgenden Anträgen:

"1. Es sei die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 27. November 2006 aufzuheben.

2. Es sei die Frist zur Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 bis 3. Januar 2007 zu erstrecken.

3. Über die vorliegende Beschwerde sei möglichst schnell zu entscheiden; der Entscheid sei der Beschwerdeführerin spätestens bis 1. Dezember 2006 um 18 Uhr zu eröffnen.

4. Eventualiter, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für den Fall des Nichteintretens oder der Abweisung der Anträge 1 und 2 durch die REKO/WEF oder gegebenenfalls das Bundesgericht, sei der Beschwerdeführerin vorsorglich eine Notfrist von drei Tagen ab Rechtskraft des Beschwerdeentes anzusetzen, innert welcher die Beschwerdeführerin die Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 nachreichen könnte, unter Mitteilung dieses vorsorglichen Entscheides an die Beschwerdeführerin bis spätestens am 1. Dezember 2006 um 18 Uhr.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu lasten des Staates."

dass die Weko ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde in ihrer Vernehmlassung vom 1. Dezember 2006 unter anderem damit begründet, es habe einerseits zur Gewährung des rechtlichen Gehörs keine Notwendigkeit bestanden, der Beschwerdeführerin ein weiteres Mal die Möglichkeit zu bieten, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen, andererseits betreffe das von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Gutachten der Weko vom 20. November 2006 in zeitlicher Hinsicht nur Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005, wogegen dem überarbeiteten Verfügungsentwurf nur Sachverhalte bis 31. Mai 2005 zugrunde lägen;

dass die Wettbewerbskommission die angebehrte Fristerstreckung in Form einer Zwischenverfügung (mit Rechtsmittelbelehrung) abgewiesen hat;

dass nur die Verfügung der Beschwerde unterliegt (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021) und verfahrensleitende Zwischenverfügungen nur soweit durch Beschwerde selbstständig anfechtbar sind, als sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 VwVG);

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits im Entscheid vom 9. November 2006 in Sachen Swisscom Mobile AG gegen die Wettbewerbskommission betreffend Fristerstreckung das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin an der Anfechtung der Zwischenverfügung bejaht hat;

dass Fristen für Parteieingaben zeitlich so anzusetzen sind, dass sie von den Parteien unter zumutbaren Bedingungen auch tatsächlich ausgeübt werden können (GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 70); gleichzeitig gilt es bei der Ausübung des rechtlichen Gehörs ebenfalls den Interessen der Verfahrensökonomie Rechnung zu tragen;

dass eine behördlich angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden kann, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Art. 39 KG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VwVG) und die zuständige Behörde über das Vorliegen solcher Gründe nach pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden und dabei auf die Natur der Streitsache, die betroffenen Interessen und die Verfahrensumstände Rücksicht zu nehmen hat (RPW 2000/2, S. 266);

dass nach der Praxis des Sekretariats eine erstmals verlängerte Frist - auf entsprechendes Gesuch hin - ein letztes Mal um maximal die Dauer der ordentlichen Frist verlängert werden kann, wobei der Gesuchsteller qualifizierte Gründe geltend machen muss, was beispielsweise bei Arbeitsüberlastung nicht gegeben ist (RPW 2000/2, a.a.O.);

dass die Beschwerdeführerin zur Begründung der zweiten Fristerstreckung anführt, es müssten zur Verifizierung der Sachverhaltsdarstellung im Verfügungsentwurf umfangreiche empirische Abklärungen vorgenommen werden, zudem liessen die neusten Entwicklungen (Gebührensenkungen, Interkonnektionsklagen, laufende Preisverhandlungen) klare Rückschlüsse auf die fehlende Marktbeherrschung auch für den Zeitraum vor dem 1. Juni 2005 zu, schliesslich müsse ein Gutachten der Weko vom 20. November 2006 im Zusammenhang mit den hängigen Interkonnektionsklagen der verschiedenen Mobilfunkanbieter, welches der Beschwerdeführerin am 27. November 2006 zugegangen sei, analysiert werden;

dass sich eine Fristerstreckung bis zum 3. Januar 2007 aber auch aufgrund der Höhe der beantragten Sanktion und der Verfahrensumstände rechtfertige;

dass die Beschwerdeführerin mit den Hinweisen auf die sich stellenden komplexen Sachfragen und die damit verbundenen empirischen Abklärungen sowie auf die starke Arbeitsbelastung bereits die erste Fristerstreckung begründet hat;

dass der Beschwerdeführerin seit Kenntnisnahme vom Gutachten der Weko vom 20. November 2006 zuhanden der ComCom genügend Zeit bleibt, um darauf im Rahmen der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf Bezug zu nehmen, sofern es sich für das vorliegende Beschwerdeverfahren überhaupt als relevant erweisen sollte;

dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe weder einzeln noch insgesamt als derart qualifiziert anzusehen sind, um eine zweite Fristerstreckung im beantragten Rahmen zu rechtfertigen;

dass die Weko der Beschwerdeführerin den Entwurf für eine überarbeitete Teilverfügung am 11. Oktober 2006 (Eingang: 12.10.2006) zustellte, weshalb ihr - unter Berücksichtigung der einzuräumenden Nachfrist - insgesamt über 60 Tage für die Stellungnahme zur Verfügung stehen werden;

dass damit den Anliegen der Beschwerdeführerin nicht zuletzt auch mit Blick auf die nicht verlängerbaren gesetzlichen Fristen (z.B. 30-tägige Rechtsmittelfrist) im Rahmen der pflichtgemässen Ermessensausübung gebührend Rechnung getragen wird;

dass es als verhältnismässig erscheint, der Beschwerdeführerin eine Notfrist zur Einreichung der Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 einzuräumen;

dass die Beschwerde demnach abzuweisen ist;

dass die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens als unterliegende Partei zu betrachten ist, weshalb sie die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG);

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens eine Parteienentschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausser Betracht fällt (Art. 64 Abs. 1 VwVG.);

wird verfügt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführerin wird eine unverlängerbare Nachfrist (Notfrist) zur Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 bis **15. Dezember 2006** gewährt.
3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Cablecom GmbH/Swisscom Fixnet AG, CT Cinetrade AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Urteil vom 12. Oktober 2006 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (2A.161/2006) in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin) gegen Swisscom Fixnet AG, CT Cinetrade AG (Beschwerdegegnerinnen), Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. Februar 2006

Sachverhalt:

A.

Die Swisscom AG ist im Bereich der Telekommunikation tätig. Sie betreibt neben dem fixen 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 Unternehmungen aller Art, insbesondere aus den Bereichen Kultur, Information, Unterhaltung, Kino und Video. Sie umfasst die Teleclub AG, die KLTAG Kino Theater AG und den Homevideoanbieter PlazaVista. Die Teleclub AG ist in der Schweiz führende Anbieterin von Pay-TV; sie verbreitet ihr Angebot über Kabelfernsehnetze und Satellit.

Nachdem sie dies bereits am 24. September 2004 in den Medien angekündigt hatte, meldete die Swisscom AG am 25. Oktober 2004 der Wettbewerbskommission, sie beabsichtige, 49% der Aktien der CT Cinetrade AG und später die Kontrolle über diese zu erwerben.

Die Wettbewerbskommission entschied, diesen Unternehmenszusammenschluss einem (vertieften) Prüfungsverfahren gemäss Artikel 33 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) zu unterziehen, was sie im Bundesblatt vom 14. Dezember 2004 veröffentlichte. Nach Anhörung der zusammengehenden Unternehmungen sowie der Cablecom GmbH, die am 14. Dezember 2004 auch eine schriftliche Stellungnahme zum gemeldeten Zusammenschluss eingereicht hatte, und des Verbandes Swisscable gab die Wettbewerbskommission mit Medienmitteilung vom 10. März 2005 bekannt, dass sie den Beteiligungserwerb von Swisscom an der Filmrechtevermarkterin Cinetrade am 7. März 2005 - mangels Anhaltspunkten für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte - ohne Auflagen zugelassen habe. Das ausführlich begründete Ergebnis des Prüfungsverfahrens wurde in

"Recht und Politik des Wettbewerbs" (RPW 2005/2, S. 363 ff.) publiziert.

Dagegen wandte sich die Cablecom GmbH am 10. März 2005 mit einer Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Diese trat mit Entscheid vom 15. Februar 2006 auf die Beschwerde nicht ein.

B.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. März 2006 beantragt die Cablecom GmbH dem Bundesgericht, den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 15. Februar 2006 aufzuheben und diese anzuweisen, auf ihre Verwaltungsbeschwerde vom 10. März 2005 einzutreten.

Die Swisscom AG und die CT Cinetrade AG beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Die Wettbewerbskommission, unter Verweisung auf ihre Beurteilung des Unternehmenszusammenschlusses vom 7. März 2005, und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (BGE 131 II 497 E. 1, mit Hinweisen). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Wettbewerbskommission ist in ihrer Beurteilung des hier in Frage stehenden Unternehmenszusammenschlusses zum Ergebnis gelangt, durch den ihr gemeldeten geplanten Zusammenschluss werde im geprüften Markt keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte; der Zusammenschluss werde deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) für unbedenklich erklärt und könne vollzogen werden (RPW 2005, S. 380).

2.2 Untersagt die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss oder bewilligt sie ihn mit Bedingungen und Auflagen (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG), so ist dieser Entscheid eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das

Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), die gemäss Artikel 44 KG mit Beschwerde bei der Vorinstanz angefochten werden kann (BGE 131 II 497 E. 4.2). Ob die Zulassung des Zusammenschlusses ohne Bedingungen und Auflagen ebenfalls eine anfechtbare Verfügung sei, hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid offengelassen. Es hat indessen aufgrund einer historischen und teleologischen Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG erkannt, diese Bestimmung gehe Artikel 48 VwVG vor. Allein die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen seien im Prüfungsverfahren Parteien. Dritten komme hingegen keine Parteistellung zu, weshalb sie auch nicht legitimiert seien, gegen Zusammenschlussvorhaben, denen die Wettbewerbskommission nicht opponiert habe, Beschwerde zu führen. Dritte seien damit indessen nicht aller Mittel beraubt, sich gegen allfällige Missbräuche von Konkurrenten zu wehren; denn sie könnten unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (unzulässige Wettbewerbsabreden oder Verhaltensweisen im Sinne von Art. 5 ff. KG) bei der zuständigen Behörde zur Anzeige bringen; werde daraufhin eine Untersuchung eröffnet, könnten sie in deren Verlauf Parteirechte (vgl. Art. 43 Abs. 1-3 KG) wahrnehmen (E. 5).

2.3 Die Vorinstanz hat gestützt auf dieses Urteil die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin in Anwendung von Artikel 43 Absatz 4 KG verneint.

2.4 Es besteht kein Anlass, auf die in BGE 131 II 497 publizierte Rechtsprechung zurückzukommen. Wesentliche neue Argumente, die nicht bereits in jenem Urteil berücksichtigt worden sind, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Soweit sie geltend macht, der vorliegende und der im erwähnten Bundesgerichtsurteil beurteilte Fall seien in Bezug auf den Sachverhalt nicht vergleichbar, ist dieser Einwand unbehelflich, denn entscheidend ist in beiden Fällen die (abstrakte) Auslegung von Artikel 43 Absatz 4 KG, die ungeachtet der Konstellation des Einzelfalles vorzunehmen ist. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat das Bundesgericht in BGE 124 II 499 E. 3a die Anwendbarkeit von Artikel 48 VwVG auf Zusammenschlussverfahren ausdrücklich offengelassen. Die Beschwerdeführerin verkennt zudem, dass eingie der Autoren, auf die sie sich hierzu beruft, davon ausgehen, die Unbedenklichkeitsmitteilung sei keine Verfügung (vgl. etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 1032 ff.; PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 303), womit die Anwendung von Artikel 48 VwVG von vornherein ausser Betracht fällt.

Da im vorliegenden Fall für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant, kann auch darauf verzichtet werden, erneut zu prüfen, ob das Nichtuntersagen des Zusammenschlusses eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG sei und ob Dritte aufgrund der allgemeinen Umschreibung der Legitimation in Artikel 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert wären (vgl. dazu die ständige Praxis des Bundesgerichts, nach welcher Konkurrenten eines Bewilligungsempfängers nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, zur Be-

schwerde legitimiert sind: BGE 127 II 264 E. 2c, mit Hinweis), denn die Verneinung der Legitimation des nicht am Zusammenschluss beteiligten Dritten ergibt sich aus der vorgehenden speziellen Regelung des Unternehmenszusammenschlusses im Kartellgesetz.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Verneinung ihrer Beschwerdelegitimation verletze die Rechtsweggarantie von Artikel 6 EMRK.

3.2 Artikel 6 EMRK ist nur anwendbar, wenn das anwendbare nationale Recht dem Beschwerdeführer einen entsprechenden Rechtsanspruch einräumt, der auch durchsetzbar ist (BGE 125 II 293 E. 5b S. 312, mit Hinweisen). Dies ist hier nicht der Fall. Drittunternehmen haben nach dem Ausgeführten gerade kein Recht, Unternehmenszusammenschlüsse zu verhindern. Es muss ihnen deshalb zur Verfolgung dieses nicht bestehenden Anspruchs auch keine gerichtliche Instanz zur Verfügung stehen beziehungsweise keine Legitimation, an eine solche gelangen zu können, zuerkannt werden.

Das Drittunternehmen ist trotz dieses fehlenden Anspruches nicht schutzlos. Denn es stehen ihm, wie ebenfalls schon erwähnt, alle privatrechtlichen und zivilprozessualen Mittel zur Verfügung, die das Kartellgesetz (vgl. Art. 12 ff. KG) vorsieht (BGE 131 II 497 E. 5.5 S. 513 f.).

Es kann im Übrigen auf die insoweit zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 3.6.2).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin erblickt sodann im vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid eine Verletzung der Rechtsbehelfsgarantie von Artikel 13 EMRK. Sie beruft sich in diesem Zusammenhang auf eine Verletzung ihrer Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

4.2 Artikel 13 EMRK kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Verletzung von sich aus der Konvention beziehungsweise den Zusatzprotokollen ergebenden Rechten und Freiheiten (vgl. BGE 130 I 369 E. 7.1 S. 380) vertretbar behauptet ("arguable claim") wird (JOCHEN FROWEIN, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar FROWEIN/PEUKERT, 2. Aufl., 1996, N 2 zur Art. 13 EMRK). Die Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang zum Schluss gelangt, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, inwiefern ihre Informationsfreiheit durch die Genehmigung des Zusammenschlusses verletzt werden sollte. Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, denn eine Verletzung des von der Beschwerdeführerin angerufenen Artikels 10 EMRK liegt offensichtlich nicht vor. Die Beschwerdeführerin - welche im Bereich des Kabelfernsehens übrigens selber marktbeherrschend ist (vgl. Urteil 2A.142/2003 vom 5.9.2003 E. 3.3 und 4.2.3) - wird durch den genehmigten Unternehmenszusammenschluss nicht in ihrer Informationsfreiheit beziehungsweise in der Freiheit, Fernsehprogramme zu verbreiten, gehindert. Auch ihre Möglichkeiten, Fernsehprogramme zur Weiterverbreitung zu erhalten,

wird dadurch nicht wesentlich erschwert. Sollte sie diesbezüglich tatsächlich vom Angebot des Teleclubs abhängig sein, wie sie geltend macht, so war dies schon bisher der Fall. Die Wettbewerbskommission hat sich jedoch ausschliesslich mit den wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen eines Unternehmenszusammenschlusses zu befassen. Über allfällige - grundsätzlich in Artikel 93 BV sowie im Bundesgesetz vom 21.6.1991 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) geregelte - medienrechtliche Aspekte, die die Beschwerdeführerin vorbringt (bspw. unzulässige Schaffung eines "staatlichen Medienmonopols", fehlende Unabhängigkeit der Medien beziehungsweise von Radio und Fernsehen vom Staat und von staatlich kontrollierten Unternehmen usw.), haben hingegen andere Behörden zu befinden (das Bundesamt für Kommunikation, das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation oder der Bundesrat als Aufsichts- bzw. Konzessionsbehörden); es bestehen hier parallele Zuständigkeiten (vgl. Urteil 2A.142/2003 vom 5.9.2003 E. 4.1.3). Soweit die Beschwerdeführerin daher ihre Bedenken gegen den Unternehmenszusammenschluss nicht wettbewerbsrechtlich, sondern medienpolitisch beziehungsweise medienrechtlich begründet, hat sie ihre Bedenken bei den zuständigen konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden anzumelden. Sie kann sich folglich auch nicht darüber beschweren, dass ihr dafür im wettbewerbsrechtlichen Verfahren keine Beschwerdeinstanz zur Verfügung gestellt wird. Auch aus medienpolitischer Sicht dürfte es im Übrigen zu begrüssen sein, dass Fernsehprogramme nicht nur drahtlos und über Kabel, sondern auch über das Telefonnetz verbreitet werden können, was durch den streitigen Zusammenschluss möglicherweise erleichtert wird. Im vorliegenden Fall hat der Bundesrat denn auch die Konzession des Teleclubs - in Kenntnis des hier in Frage stehenden Unternehmenszusammenschlusses - erneuert, und zwar bis zum 31. Mai 2013. Inwiefern der Beschwerdeführerin der Zugang zum "Content" beziehungsweise zum Abschluss entsprechender Verträge erschwert oder verunmöglicht wird, ist deshalb hier nicht zu prüfen.

4.3 Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz weder Bundesrecht noch die EMRK verletzt, indem sie auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist.

5.

Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Entsprechend diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie hat zudem den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 OG). Bei deren Bemessung ist zu berücksichtigen, dass die Parteien zwar in der Sache selbst ein sehr hohes wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, dass aber einstweilen einzig die Frage der Beschwerdelegitimation streitig ist. In Bezug auf diese Frage ist die Rechtslage nach der publizierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdies klar.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerinnen mit je CHF [...] zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 7	<i>Kantonale Gerichte</i> Tribunaux cantonaux Tribunale federale
B 7	1. <i>Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich in Sachen TDC Switzerland/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG</i>

Gegen dieses Urteil ist Berufung ans Bundesgericht erhoben worden und ist daher noch nicht rechtskräftig.

Urteil vom 3. Oktober 2006 in Sachen TDC Switzerland AG (Klägerin) gegen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG (Beklagte) betreffend Forderung aus Kartell-Wettbewerbsbeschränkung (HG040182)

Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:

"1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe nach Artikel 292 StGB je einzeln zu verpflichten, der Klägerin sämtliche Abrechnungen, Belege und sonstigen Buchhaltungsunterlagen betreffend den von der Swisscom Enterprise Solutions AG dem Publikum angebotenen Service "Office Connex", insbesondere Belege betreffend

- die Anzahl der von Swisscom Enterprise Solutions AG mit Endkunden abgeschlossenen Verträge;
- die Vertragslaufzeiten der mit den Endkunden abgeschlossenen Verträge;
- die Brutto- sowie die Nettomargen bezüglich dieser Verträge; sowie
- Belege hinsichtlich des aus derartigen Verträgen erzielten Reingewinnes

herauszugeben.

2. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, nach Wahl der Klägerin (welche nach Durchführung des Beweisverfahrens zu treffen ist):

a) entweder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden Schaden, mindestens jedoch CHF [...], zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15. November 2002, zu ersetzen, welcher der Klägerin aus dem widerrechtlichen Verhalten der Beklagten entstanden ist;

b) oder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden gesamten Gewinn, mindestens jedoch CHF [...], zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15. November 2002, herauszugeben, den die Beklagten durch ihr widerrechtliches Verhalten erzielt haben.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

Präzisierte Ziffer 1 des Rechtsbegehrens gemäss Replik:

"1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe je einzeln zu verpflichten, der Klägerin über sämtliche Aspekte Auskunft zu geben, welche für die Berechnung des Gewinns notwendig sind, welcher von den Beklagten im Zusammenhang mit der in der Periode von August 2001 bis November 2002 erfolgten Verweigerung eines Wholesale-Angebotes an die Klägerin betreffend einen Dienst mit den Merkmalen ihres eigenen Dienstes "Office Connex" beziehungsweise mit dem entsprechenden Wholesale-Angebot an die Swisscom Enterprise Solutions AG erzielt wurde, insbesondere

- die Anzahl und den Inhalt der von der Beklagten 1 beziehungsweise der Swisscom Enterprise Solutions AG mit Endkunden abgeschlossenen Verträge;
- die Vertragslaufzeiten dieser Verträge;
- den Inhalt der entsprechenden zwischen den Beklagten und der Swisscom Enterprise Solutions AG abgeschlossenen Wholesale-Verträge;
- die Brutto- und Nettomargen aus diesen Verträgen (Endkunden und Wholesale)
- die Reingewinne aus diesen Verträgen (Endkunden und Wholesale);
- Angaben über die Dividendenausschüttungen der Beklagten 2 und der Swisscom Enterprise Solutions AG."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

(Einleitung und Sachverhalt)

Die Klägerin ist eine vom BAKOM konzessionierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die unter dem Markennamen "Sunrise" als Fernmeldediensteanbieterin tätig ist. Die Beklagte 1 ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittingen. Sie bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten sowie damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen im In- und Ausland. Die Beklagte 2 ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittingen und bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Informationsdiensten im In- und Ausland, insbesondere im Bereich der Festnetzkommunikation. Die Be-

Klagte 1 ist die Muttergesellschaft der Swisscom Gruppe, zu welchem neben der Beklagten 2 insbesondere auch die Swisscom Enterprise Solutions AG als Tochter gehört.

Seit dem 1. August 2001 bietet die Swisscom Enterprise Solutions AG den Service "Office Connex" an, welcher es den Kunden ermöglicht, eigene über die ganze Schweiz verteilte Standorte kostengünstig miteinander zu verbinden. Der Service basiert auf dem Internetprotokoll (IP) und im Access-Bereich auf der ADSL-Technologie. Das Angebot umfasste asymmetrische Bandbreiten bis zu 3,5 Mbps und symmetrische Bandbreiten bis zu 512 kbps. Den anderen Fernmeldediensteanbietern (Wholesale-Kunden) offerierte die Swisscom-Gruppe das Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS), bot aber anders als den Endkunden nur asymmetrische Bandbreiten an, welche sich laut der Klägerin nicht zur Unterbreitung eines ähnlichen Produkts wie "Office Connex" an die Endkunden eignen. Am 7. November 2001 verlangte die Klägerin von der Beklagten 1 schriftlich ein Wholesale-Angebot unter anderem für die Bandbreiten bis 3,5 Mbps asymmetrisch und bis 512 kbps symmetrisch. Ab dem 15. November 2002 wurden der Klägerin dann - nach weiteren Interventionen - Bandbreiten von 512 kbps symmetrisch sowie bis zu 2 Mbps asymmetrisch zur Verfügung gestellt.

Die Klägerin begründet ihre Stufenklage damit, dass die Beklagten sich im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig verhalten hätten, und verlangt, gestützt auf Artikel 12 KG nach der von ihr noch zu treffenden Wahl, Schadenersatz oder Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinnes für die Zeit vom 1. August 2001 bis 14. November 2002.

Die Beklagten halten dem im Wesentlichen entgegen, dass das Kartellgesetz im vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da die Frage des BBCS-Angebots die Interkonnektion betreffe, welche abschliessend öffentlich-rechtlich durch die Fernmeldegesetzgebung geregelt sei. Weiter, dass die Beklagten zudem (auch) in Bezug auf Breitbanddienste keine marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG seien und sich nicht missbräuchlich verhalten hätten, insbesondere habe es verschiedene Alternativen für die Klägerin gegeben, um den Endkunden ein "Office Connex" ähnliches Produkt anbieten zu können. Komme hinzu, dass weder bei der Klägerin ein Schaden vorliege noch den Beklagten im relevanten Zeitraum mit "Office Connex" ein Gewinn angefallen sei.

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

II.

(Prozessverlauf und Prozessuales)

1. Am 17. Mai 2004 gingen Weisung und Klageschrift ein. Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 20. September 2004 fand am 20. Dezember 2004 eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt, welche nicht zu einer Einigung unter den Parteien führte.

Mit Beschluss vom 11. Januar 2005 wurde der Sistierungsantrag der Beklagten abgewiesen, zu welchem die Klägerin mit Eingabe vom 14. Oktober 2004 Stellung genommen hatte. Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt mit Replik vom 4. April 2005, Duplik vom 6. Juli 2005 sowie Stellungnahme der Klägerin zum prozessualen Antrag der Beklagten auf Geheimnisschutz bestimmter Duplikbeilagen und zu Noven in der Duplik vom 29. September 2005.

2. Das Handelsgericht ist gestützt auf Artikel 25 GestG örtlich und auf Paragraf 61 Absatz 1 Ziffer 1 GVG sachlich zuständig, was unbestritten ist.

III.

(Materielles)

1. Die Beklagten machen geltend, das BBCS-Angebot respektive das von der Klägerin von den Beklagten verlangte Angebot stelle eine Variante des schnellen Bitstrom-Zugangs und damit eine Form des Entbündelns der letzten Meile dar. Zur Interkonnektion auf der "letzten Meile" bestehe aber von Gesetzes wegen keine Pflicht. Die Fernmeldegesetzgebung habe für diesen Bereich in der relevanten Zeit vielmehr keine Interkonnektionspflicht vorgesehen. Erst mit dem seit 1. April 2003 in Kraft stehenden neuen Artikel 1 Buchstabe c und Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a^{ter} FDV hätte der schnelle Bitstrom-Zugang Bestandteil der Interkonnektionsverpflichtung werden sollen. Damit liege ein Fall von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG vor, da Fragen der Interkonnektion (Bitstream Access-Verpflichtung) betroffen seien, welche wiederum abschliessend öffentlich-rechtlich geregelt seien, und das Kartellgesetz fände also keine Anwendung. Die Beklagten seien bewusst mit besonderen Rechten ausgestattet worden. Das "Entbündelungsgesuch" der Klägerin, das Bitstream Access erfasst habe, habe die ComCom daher mit Verfügung vom 5. Februar 2002 abgelehnt. Mit der Revision der Interkonnektionspflichten in Artikel 43 FDV habe der Bundesrat die FDV ergänzt, indem er die bis anhin im Sinne eines qualifizierten Schweigens nicht vorgesehene Interkonnektionspflicht im Bereich des Bitstream Access neu statuiert habe. Die Klägerin habe nach Inkrafttreten des neuen Artikel 43 FDV per 1. April 2004 bei der für die Interkonnektion zuständigen ComCom am 29. Juli 2003 ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Verfügung betreffend Interkonnektion für Bitstream Access gestellt. Die ComCom sei konsequenterweise auf das Begehren eingetreten, was zeige, dass sie wie der Bundesrat, die Klägerin und die Beklagten beim Bitstream Access von einer Frage der Interkonnektion ausgehe. Sie habe in Ziffer 2.5.3 der Verfügung vom 24. September 2003 den Bitstream Access dem BBCS gleichgesetzt. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass das Fehlen einer bestimmten Interkonnektionspflicht in Gesetz und Verordnung als bewusst gewollt und damit als qualifiziertes Schweigen zu betrachten sei. Die Interkonnektionsregelung lasse somit keinen Raum für eine parallele Anwendung der Zwangsmittel des Kartellgesetzes. Nur die Fernmeldegesetzgebung, nicht aber das Kartellgesetz könne die Beklagten verpflichten, Interkonnektion im Sinne des Bitstream Access zu gewähren. Im fraglichen Zeitraum

hätte nach behördlichen und rechtskräftigen Feststellungen keine Interkonnektionspflicht bestanden, der Klägerin Zugang zu den fraglichen Diensten zu gewähren. Diese Entscheide könnten aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG nicht via die Wettbewerbskommission (Weko) oder Zivilgerichte umgestossen werden.

In der Duplik weisen die Beklagten weiter darauf hin, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid 2A.178/2004 = BGE 131 II 13 festgestellt habe, dass die neue FDV Artikel 164 Absatz 1 der Bundesverfassung verletze. Es habe die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses als "wichtige Bestimmung" im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 BV qualifiziert, die einer genügenden Grundlage in einem formellen Bundesgesetz bedürfe. Es gehe nicht an, auf dem Umweg über das Kartellgesetz die vom Gesetzgeber gewollte Interkonnektionsregelung zu umgehen.

2. Die Klägerin hält dem entgegen, die fernmelderechtliche Regelung stelle gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung keine abschliessende öffentliche Regelung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG dar, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen würde. Auch das Bundesgericht habe mehrfach festgehalten, dass die sektoriellen Regelungen im Fernmelderecht zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzu träten und diese nicht ausschliessen. Sie führt unter Berufung auf den Schlussbericht des Sekretariats der Weko vom 11. August 2003 in Sachen "Swisscom Office Connex" weiter aus, im vorliegend zu beurteilenden Fall habe dieses sogar festgehalten, dass es in den zu beurteilenden Märkten keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG gäbe.

Die Klägerin bestreitet damit nicht, dass es im vorliegenden Fall um den schnellen Bitstrom-Zugang und um Interkonnektion auf der "letzten Meile" geht. Sie führt vielmehr andernorts selber aus, dass sie ohne vollumfänglichen Zugang zur "letzten Meile" keine eigenen wettbewerbsfähigen Produkte entwickeln könne und auf ein Wholesale-Angebot der Beklagten angewiesen sei.

3. a) Artikel 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellrechtes zu anderen Rechtsvorschriften. Vorbehalten werden Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere solche, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

Artikel 11 Absatz 1 FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren müssen. Interkonnektion bedeutet dabei "die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht" (Art. 3 Bst. e FMG).

b) Im Commcare-Entscheid vom 3. Oktober 2001 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Interkonnektionspflicht gemäss FMG zwar eine besondere sektorielle Regelung bilde, welche aber zur übrigen wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Soweit die entsprechenden Tatbestände erfüllt seien, liessen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender Fernmeldediensteanbieter mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. So könne sich zum Beispiel ein Angebotszwang (ohne die weiteren Folgen der Interkonnektion) aus kartellrechtlichen Gründen rechtfertigen. Selbst wenn ein marktbeherrschender Fernmeldediensteanbieter keine Interkonnektion gewähren müsse, bleibe er demnach nicht völlig frei in der Gestaltung seines Angebots und seiner vertraglichen Beziehungen (BGE 2A.503/2000 E. 6c).

Die REKO WEF hat in ihrem Entscheid vom 6. Februar 2004 in Sachen Swisscom Mobile AG c. Wettbewerbskommission ebenfalls unter ausführlicher Darlegung der Lehre und Rechtsprechung, auf welche verwiesen werden kann, festgehalten, dass das Fernmelderecht im Bereich der Interkonnektionsregelung keine nach Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften enthält, welche Wettbewerb nicht zulassen und der Anwendung des Kartellrechtes grundsätzlich entgegenstehen (RPW 2004/1, S. 221 ff. E. 6). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.

c) Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Beklagten der Klägerin auch im vorliegenden konkreten Einzelfall das von dieser angebehrte Angebot hätten machen müssen und - falls die weiteren Voraussetzungen von Artikel 12 KG erfüllt sind - der Klägerin entsprechende Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung gegen die Beklagten zustehen. Es ist vielmehr im Weiteren zu prüfen, ob die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 11 FMG einen solchen Anspruch im vorliegenden Fall ausschliesst.

d) In BGE 132 II 47 ff. vom 22. November 2005 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob die hier Beklagte 2 als Beschwerdegegnerin aufgrund des geltenden Fernmelderechts verpflichtet war/ist, der vorliegenden Klägerin als Beschwerdeführerin Interkonnektion beim so genannten "schnellen Bitstrom-Zugang" zu gewähren. Gemäss Artikel 1 Buchstabe c der FDV, eingefügt durch Ziffer 1 der Verordnung vom 7. März 2003, bedeutet "schneller Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access)" die "Herstellung von Hochgeschwindigkeitsverbindungen zum Endkunden durch die verpflichtete Fernmeldediensteanbieterin und Überlassung der Verbindung an die berechnete Fernmeldediensteanbieterin zum Wiederverkauf". Um den schnellen Bitstrom-Zugang geht es auch im vorliegenden Fall.

Das Bundesgericht erwog, es habe im Commcare-Entscheid befunden, dass Mietleitungen und Übertragungsmedien nicht dem Interkonnektionsregime des Fernmelderechts unterständen. Danach hätten die Konkurrenten der Beschwerdegegnerin weder gestützt auf Landesrecht, selbst bei Auslegung unter Bezugnahme auf das Recht der Europäischen Union, noch in Anwendung der WTO/GATT-Regeln, nament-

lich des Dienstleistungsübereinkommens GATS, Anspruch auf Interkonnektion. Im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid habe der Bundesrat die Fernmeldediensteverordnung geändert mit der Absicht, durch Neuformulierung der Interkonnektionsordnung die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses auf dem Verordnungsweg einzuführen. Nach der neuen Bestimmung von Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe abis-quinquies der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1, in der Fassung vom 7.3.2003, in Kraft seit dem 1.4.2003) habe die marktbeherrschende Anbieterin im Rahmen ihrer Interkonnektionspflicht namentlich die Benutzung von Mietleitungen, den schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access), den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Shared Line Access) sowie den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access) zu gewähren; diese Zugangsformen würden in den ebenfalls neuen Bestimmungen von Artikel 1 Buchstaben b-e FDV erläutert. Gleichzeitig habe der Bundesrat dem Parlament aber auch eine entsprechende Gesetzesänderung vorgeschlagen. Dabei habe er bezweckt, für die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage durch Anpassung der Interkonnektionsregeln von Artikel 3 und Artikel 11 FMG zu schaffen. Am 24. März 2006 beschloss die Bundesversammlung die entsprechenden Änderungen des Fernmeldegesetzes (www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1317/Vorlage_FMG.pdf; besucht am 4.8.2006). Am 13. Juli 2006 lief die Referendumsfrist unbenutzt ab.

Das Bundesgericht verwies weiter auf seinen Entscheid BGE 131 II 13 ff., in welchem es die Interkonnektionspflicht der hier Beklagten 2 gegenüber der vorliegenden Klägerin im Hinblick auf den gemeinsamen Zugang (Shared Line Access) sowie den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access) zu beurteilen hatte. Es verlangte darin eine ausreichende Bestimmtheit der Interkonnektionspflicht im formellen Gesetz. Durch Auslegung des Fernmeldegesetzes schloss das Bundesgericht, es fehle den vom Bundesrat erlassenen Ordnungsbestimmungen an der entsprechenden erforderlichen gesetzlichen Grundlage, woran auch das Recht der Europäischen Union und des Dienstleistungsübereinkommens GATS nichts ändere. In diesem Fall war zu prüfen, ob es sich für den schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access) anders verhält, wie die Beschwerdeführerin (hier Klägerin) meinte.

Das Bundesgericht erwog, dass, wie die fraglichen Ordnungsbestimmungen des Bundesrates zeigten, es verschiedene Formen gebe, wie im Rahmen der Interkonnektion der Zugang zum Teilnehmeranschluss gewährt werden kann. Der Bundesrat habe unter anderem auch beabsichtigt, den schnellen Bitstrom-Zugang dem Interkonnektionsregime für marktbeherrschende Anbieterinnen zu unterstellen. Wohl habe es, das Bundesgericht, in BGE 131 II 13 formell lediglich über zwei solche Zugangsformen (gemeinsamer und vollständig entbündelter Zugang) entschieden. Der Begründung des Urteils lasse sich aber deutlich entnehmen, dass die rechtliche Folgerung, die Interkonnektionspflicht nach Artikel 11 Absatz 1

FMG müsse sich mit genügender Bestimmtheit auf das Fernmeldegesetz zurückführen lassen, grundsätzlich für alle Zugangsformen gelte. Nur so werde die für die Marktteilnehmer erforderliche minimale Voraussetzbarkeit gewährleistet, welche die geltende Gesetzesfassung für die zurzeit bekannten Zugangsformen nicht zu garantieren vermöge. Wie der Gesetzgeber die der Interkonnektion unterstellten Zugangsformen zum Teilnehmeranschluss umschreiben wolle, sei ihm grundsätzlich selbst überlassen, solange nur die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm erfüllt seien. Das Bundesgericht führte weiter aus, der schnelle Bitstrom-Zugang unterscheide sich vom gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss im Wesentlichen dadurch, dass nicht nur das Breitbandpektrum als solches zur Verfügung, sondern zusätzlich auch ein Hochleistungsmodem (Digital Subscriber Line Access Module [DSLAM]) bereitgestellt und konfiguriert werde, das direkt die Erbringung von Breitbanddiensten (xDSL-Dienste [DSL = Digital Subscriber Line System]) ermögliche.

Was die Beschwerdeführerin - so das Bundesgericht - nunmehr für ihren Standpunkt vortrage, die Interkonnektionspflicht für den schnellen Bitstrom-Zugang finde im Gesetz eine genügend bestimmte Grundlage, grenze an technische Spitzfindigkeit und Wortklaubelei. Auch für Mietleitungen und für den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss habe das Bundesgericht eine grammatikalische Unterstellung unter den Interkonnektionsbegriff nach Artikel 3 Buchstabe e FMG nicht ausgeschlossen, wonach Interkonnektion die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten darstelle, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermögliche (Commcare-Entscheid, E. 5c; BGE 131 II 13 E. 7.2.2 S. 33). Entscheidend seien demgegenüber systematische, teleologische und historische Erwägungen (vgl. insbes. BGE 131 II 13 E. 7.3-7.6 S. 34 ff. und den Commcare-Entscheid, E. 11a) gewesen. Aus diesen könne die Beschwerdeführerin für den schnellen Bitstrom-Zugang nicht mehr zu ihren Gunsten ableiten als für die bereits beurteilten Zugangsformen. Auch die angebliche Analogie zur Sprachtelefonie mit der ISDN-Technik (ISDN = Integrated Services Digital Network) ändere daran nichts. Im Gegenteil verhalte es sich so, dass im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision die Interkonnektionspflicht für den schnellen Bitstrom-Zugang nunmehr ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden solle, was nicht erforderlich wäre, würde sie bereits gelten - dies ist denn in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe b gemäss den Änderungen des FMG vom 24. März 2006 auch so umgesetzt worden. Das Bundesgericht fuhr fort, dass die politische Diskussion im Parlament über die Ausgestaltung der Interkonnektionspflicht im Übrigen vor allem zu den Voraussetzungen und Bedingungen des schnellen Bitstrom-Zugangs geführt werde, über die bis dahin zwischen den beiden Räten noch keine Einigung habe erzielt werden können. Die Vielfalt der verschiedenen diskutierten Modelle unterstreiche, dass es der gegenwärtigen Gesetzesordnung zur Interkonnektionspflicht an der nötigen Bestimmtheit

auch und gerade für den schnellen Bitstrom-Zugang fehle.

Das Bundesgericht hat folglich entschieden, dass der Entscheid der ComCom als Vorinstanz, soweit das Interkonnectionsgesuch der Beschwerdeführerin abgelehnt worden sei, damit zutrefte respektive Bundesrecht nicht verletze (BGE 132 II 47, 50 ff. E. 2, m.w.H.).

e) Im Entscheid BGE 131 II 13 nahm das Bundesgericht auch zur Kritik am Commcare-Entscheid Stellung, in welcher gesagt worden war, es, das Bundesgericht, verkenne den gesetzgeberischen Willen einer bewusst offen formulierten Gesetzesordnung, bremse den Liberalisierungsprozess und sei innovationsfeindlich. Es hielt dieser Kritik entgegen, dass sich das Bundesgericht nicht dazu zu äussern habe, ob die Entbündelung erforderlich, sinnvoll oder wünschbar sei, sondern lediglich zu entscheiden habe, ob eine genügende gesetzliche Grundlage dafür bestanden habe, dass die ComCom in diesem Fall die "letzte Meile" im fraglichen Rahmen öffnen konnte. Um dasselbe gehe es auch im vorliegenden Entscheid. Das Bundesgericht rief im erwähnten Entscheid in Erinnerung, dass die Liberalisierung für sich kein verfassungsmässiges Prinzip darstelle. Zwar habe auch der Bund sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Artikel 94 Absatz 1 BV zu halten, doch erkläre die Bundesverfassung das Fernmeldewesen in Artikel 92 Absatz 1 BV zur Sache des Bundes, was es diesem auch erlaube, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen (Art. 94 Abs. 4 BV). Beim Grundsatz der Gesetzmässigkeit beziehungsweise beim Erfordernis des Gesetzesvorbehalts dagegen handle es sich um in der Bundesverfassung wiedergegebene verfassungsmässige Prinzipien (Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 BV), deren Einhaltung von den Behörden und vom Bundesgericht zu gewährleisten sei. Die Regelung im Fernmeldegesetz sei dazu zu unbestimmt formuliert. Insbesondere lasse sie keine Folgerungen darüber zu, wie eine allfällige Entbündelung auszugestaltet sei. Die bundesrätliche Regelung in der Fernmeldedienstverordnung stelle zwar eine mögliche Variante dar, aber bereits der Nationalrat habe diese Regelung nicht übernommen und eine andere Lösung verfolgt. Das geltende Recht bilde daher keine genügende Grundlage für die Öffnung der "letzten Meile". Es obliege damit dem Bundesgesetzgeber, über die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses zu entscheiden beziehungsweise den Rahmen und die Bedingungen festzulegen, unter denen eine solche Öffnung erfolgen solle (BGE 131 II 13, 42 f. E. 9).

Diese Schlussfolgerung hat das Bundesgericht, wie oben ausgeführt, in BGE 132 II 47 hinsichtlich des schnellen Bittstrom-Zugangs übernommen.

4. a) Artikel 7 KG, auf welchen sich die Klägerin zur Begründung der Widerrechtlichkeit ihres geltend gemachten Schadenersatzanspruchs nach Artikel 12 KG beruft, hält fest, dass sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig verhalten, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Die Klägerin beruft sich insbesondere

auf Artikel 7 Absatz 2 Buchstaben a und b KG - die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen - sowie auf den so genannten Marktstrukturmissbrauch.

Artikel 12 KG sieht zudem vor, dass, wer durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, Anspruch auf Herausgabe eines unrechtmässig erzielten Gewinns nach Massgabe der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag habe.

b) Die Klägerin macht geltend, die Swisscom-Gruppe verfüge auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung, respektive habe in der vorliegend relevanten Zeit darüber verfügt. Die Beklagte 1 habe zusammen mit einer ihrer Tochtergesellschaften, der hier Beklagten 2, einer weiteren Tochtergesellschaft, der Swisscom Enterprise Solutions AG, seit dem 1. August 2001 ermöglicht, den Service "Office Connex" deren Kunden anzubieten. Dieser Dienst basiere auf der kostengünstigen xDSL-Technologie und habe asymmetrische Bandbreiten bis zu 3,5 Mbps und symmetrische Bandbreiten bis zu 512 kbps umfasst. Obwohl die Klägerin gegenüber den Beklagten mehrfach Interesse für ein Wholesale-Angebot mit Bezug auf diese Dienstleistungen bekundet habe, hätten ihr diese kein entsprechendes Angebot unterbreitet. Erst im November 2002 seien der Klägerin die von ihr beantragten Bandbreiten wenigstens teilweise zur Verfügung gestellt worden.

Die Beklagten hätten als einzige über die zur kostengünstigen und flächendeckenden Erbringung von Breitbanddienstleistungen erforderliche Infrastruktur verfügt und die anderen Fernmeldedienstleister seien darauf angewiesen gewesen, dass die Beklagten ihnen den Zugang zu den entsprechenden Infrastruktureinrichtungen gewährten. Indem sie dies nicht getan hätten, hätten sie den Tatbestand von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG erfüllt. Weiter hätten die Beklagten mit der Ermöglichung des Dienstes für die Swisscom Enterprise Solutions AG eine einzelne Konkurrentin bevorzugt und damit im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG einen Handelspartner diskriminiert. Aus Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG ergebe sich eine Gleichbehandlungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Geschäftspartnern, welche sich hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Situation befänden. Zudem liege ein Marktstrukturmissbrauch durch die Beklagten vor, zu welchem auch die Angebotsbeschränkung eines marktmächtigen Unternehmens zulasten von alternativen Anbietern gezählt werde.

c) Die Rechtsordnung muss in einem Rechtsstaat als Einheit betrachtet werden und der Anforderung der Widerspruchsfreiheit genügen. Ansonsten besteht die Gefahr von offenen oder versteckten Widersprüchen rein logischer Natur oder auf der Werteebene. Neben der Harmonisierung in der Gesetzgebung hat eine solche auch im Rahmen der Rechtsanwendung stattzufinden. Diese Koordinationsaufgabe lässt sich grundsätzlich nicht generell-abstrakt, sondern nur

problembezogen und fallorientiert lösen (ZK-Marti, Art. 6 ZGB N 52, 56 und 58). Dabei ist zu beachten, dass letztlich das Bundeszivil- und das Bundesverwaltungsrecht dem selben Ziel dienen, nämlich der Verwirklichung der an denselben grundsätzlichen Werten orientierten, als Einheit zu betrachtenden Rechtsordnung (ZK-Marti, Vorbem. zu Art. 5 und 6 ZGB N 45 und 199; FORSTMOSER, Einführung in das Recht, 3. Auflage, Bern 2003, § 4 N 69).

d) Laut den vorgenannten Entscheiden des Bundesgerichts im Fernmelderecht müssen die Interkonnektionspflicht und die Bedingungen für die Interkonnektion - und um Interkonnektion geht es wie gezeigt im vorliegenden Fall - durch den Bundesgesetzgeber mit ausreichender Bestimmtheit im formellen Gesetz festgeschrieben werden. Das hat das Parlament mit der Revision des FMG inzwischen getan, wobei das revidierte Gesetz noch nicht in Kraft steht und dies im Jahr 2001 und 2002 umso weniger tat. Deshalb hat das Bundesgericht in BGE 132 II 47 ff. folgerichtig festgehalten, dass (noch) keine Interkonnektionspflicht für den schnellen Bitstrom-Zugang bestehe. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Schadenersatz auf Grundlage des Kartellgesetzes, weil die Beklagten ihr im Jahr 2001 und 2002 kein Wholesaleangebot für die obgenannten Bandbreiten gemacht hätten. Es wäre mit den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit, insbesondere der Voraussehbarkeit von Rechtspflichten, unvereinbar, der Klägerin Schadenersatz zuzusprechen, weil die Beklagten ihr die Interkonnektion verweigerten, zu welcher sie nach Fernmelderecht gar nicht verpflichtet waren. Es kann niemand indirekt durch die "Hintertür" des Kartellrechtes zu etwas verpflichtet werden, wozu er aufgrund des Fernmelderechtes gerade (noch) nicht verpflichtet ist. Eine solche Möglichkeit führte gerade zu einer mit den Prinzipien der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit unvereinbaren Rechtsunsicherheit. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Beklagten hätten mit ihrem Verhalten zu Unrecht Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin verweigert oder die Marktstruktur missbraucht.

e) aa) Zur Verletzung von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG führt die Klägerin aus, die Bevorzugung einer einzelnen Konkurrentin, welche überdies eine Tochtergesellschaft der Beklagten 1 als marktbeherrschendes Unternehmen sei, durch die Beklagten lasse sich als Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG qualifizieren. Gemäss herrschender Lehre stelle ein ungleiches Angebot von leistungsnotwendigen Einrichtungen an einzelne Abnehmer, wie es im vorliegenden Fall von den Beklagten praktiziert worden sei, einen solchen Anwendungsfall dar. Es ergebe sich aus dem genannten Artikel eine Gleichbehandlungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Geschäftspartnern, welche sich hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Situation befänden.

Der vorliegende Sachverhalt weise eine grosse Ähnlichkeit zum Entscheid der Weko vom 5. Mai 1997 in Sachen "Telecom PTT/Bluewindow" auf, in welchem

die damalige Telcom PTT, Rechtsvorgängerin der Beklagten 1, die gleichzeitig mit dem Dienst "Blue Window" am 16. September 1996 eingeführte Swiss First Line 0842-Nummer in einer Einführungsphase einzig ihrem eigenen Dienst, nicht aber den privaten Providern habe anbieten wollen. Die Weko habe dabei festgestellt, dass die privaten Provider durch die anfängliche Verweigerung der Telecom PTT, die Swiss First Line 0842-Nummer gleichzeitig mit Blue Window den privaten Providern zur Verfügung zu stellen, einen erheblichen Informationsrückstand erlitten hätten, während der eigene Dienst Blue Window der Telecom PTT sich demgegenüber bereits seit einiger Zeit auf den Internetzugang mittels einer solchen genannten Nummer habe vorbereiten können. Die Weko habe daher das Vorgehen der Telecom PTT als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne einer Diskriminierung der privaten Provider gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG erachtet.

Dass eine vorzeitige Information einzelner Internet-Provider über die von einem marktbeherrschenden Unternehmen neu lancierten Angebote einen kartellrechtlich relevanten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen könne, habe die Weko auch in ihrem Schlussbericht vom 22. August 1997 in Sachen "Schulen ans Internet" festgehalten. Ebenfalls als möglichen Anwendungsfall von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG qualifiziert worden sei die ausschliessliche Lieferung von Adressaktualisierungen an ein eigenes Unternehmen durch die Post. Weiter verweist die Klägerin auf Formulierungen im Schlussbericht des Sekretariats der Weko in Sachen "xDSL-Dienste der Swisscom" vom 7. Februar 2001.

bb) Die Beklagten entgegnen neben den allgemeinen Einwänden, die Auffassung der Klägerin, dass für die Beurteilung der Marktmacht der Konzern als Einheit zu betrachten sei, währenddem beim Diskriminierungstatbestand die Tochtergesellschaft als direkte Konkurrentin der Klägerin als unabhängige Einheit wahrgenommen werde, sei widersprüchlich. Es könne nicht sein, dass lediglich auf die Organisationsform abgestellt werde. Der "Telecom PTT/Blue Window"-Entscheid könne hier nicht herangezogen werden. Es gehe vorliegend um einen Dienst beziehungsweise damit eingeräumte Möglichkeiten, welche die Klägerin einerseits nicht ausgeschöpft habe - symmetrische Bandbreiten wären möglich gewesen - und auf welche sie andererseits aufgrund alternativer Technologien nicht angewiesen gewesen wäre. Die anderen von der Klägerin angeführten Entscheide beträfen ebenfalls andere Sachverhalte, weder gehe es dort um Informationsvorsprünge noch um die Lieferung einer Ware oder Dienstleistung, welche nicht substituierbar gewesen wäre. Zudem sei über die Fragen nicht entschieden, sondern lediglich festgehalten worden, dass ein Missbrauch vorliegen könnte.

cc) Die Klägerin repliziert, im Entscheid "Telecom PTT/Blue Window" habe die Weko die Bevorzugung eines eigenen Dienstes der damaligen Telecom PTT als Diskriminierung der privaten Provider im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG qualifiziert. Wenn bereits die Bevorzugung eines eigenen Dienstes eines

Unternehmens eine Diskriminierung anderer Anbieter darstellen könne, müsse dies noch vielmehr für die Bevorzugung einer Tochtergesellschaft gegenüber anderen Nachfragern durch die Konzernobergesellschaft oder eine andere Konzerngesellschaft gelten. Das ergebe sich auch aus der Verfügung der Weko vom 15. Dezember 2003 in Sachen Swisscom ADSL, in welcher festgestellt worden sei, dass die Swisscom AG via die Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG missbraucht habe, indem sie ihre Tochtergesellschaft Bluewin AG gegenüber anderen Nachfragern bei der Rabattgewährung bevorzugt und damit die anderen Nachfrager diskriminiert habe. Es ergebe sich daraus, dass eine Diskriminierung von Abnehmern auch bei der Bevorzugung einer Tochtergesellschaft vorliege, wie dies im vorliegenden Fall geschehen sei. Dies stehe einer Gesamtbetrachtung des Konzerns für die Frage der Marktmacht nicht entgegen. Indem die Beklagten ihrer eigenen Einheit beziehungsweise eigenen Konzerngesellschaft Breitbanddienste mit den geforderten Merkmalen erbracht und den Mitbewerbern diese Dienst erst 15½ Monate später angeboten habe, hätten sich die Beklagten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG rechtswidrig verhalten.

dd) In der Duplik wird der Argumentation der Klägerin nichts Neues mehr entgegengehalten.

ee) Es trifft zwar grundsätzlich zu, dass die Diskriminierung von Konkurrenten durch ein marktmächtiges Unternehmen unter Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b fällt oder fallen kann, im vorliegenden Fall gilt es aber auch diesbezüglich zu beachten, dass die Beklagten aufgrund des Fernmelderechts gerade (noch) nicht verpflichtet waren, der Klägerin die von ihr angestrebte Interkonnektion zu gewähren. Würde nun die zur Verfügungstellung der genannten Bandbreiten an die Tochtergesellschaft der Beklagten 1 respektive die Schwestergesellschaft der Beklagten 2 trotzdem als unzulässige Bevorzugung eines Handelspartners respektive als Diskriminierung der anderen Handelspartner und damit auch der Klägerin angesehen, würde damit unter Umständen den Konsumenten überhaupt die Möglichkeit genommen, von einer technischen Neuerung und/oder einem neuen Produkt zu profitieren. Es kann nun aber nicht der Wille des Gesetzgebers sein, Innovationen vorab zu verhindern. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Beklagte 1 respektive die Beklagte 2 ihr neues Produkt selber oder via eine Tochter-/Schwesternternehmensgesellschaft vertrieben, weil dies aus Sicht der nicht "beliefernten" Konkurrenten nichts ändert.

Auch die von der Klägerin angeführten Entscheide ändern an dieser Beurteilung nichts. Es ging in keinem der angeführten Entscheide um ein Produkt oder eine Dienstleistung, zu deren Verfügungsstellung die betreffenden Parteien gerade noch nicht verpflichtet waren, respektive bezüglich welcher der Gesetzgeber die Modalitäten noch zu regeln hatte und sich dies auch so vorbehielt (vgl. vorstehend III. 3. Bst. c-e).

Im "Telecom PTT/Blue Window"-Entscheid der Weko (RPW 1997/2, S. 161 ff.) ging es schergewichtig um

die Zurverfügungstellung des Telefondienstes Swissfirstline 0-842-Nummer an die Konkurrentinnen von Blue Window und damit nicht um einen Interkonnektionssachverhalt. Der Entscheid wurde zudem unter dem Regime des alten Fernmelderechts gefällt.

Im Schlussbericht betreffend die Vorabklärung des Sekretariats der Weko "Post PTT - Adressaktualisierung" vom 23. Mai 1997 (RPW 1997/2, S. 138 ff.) ging es um die günstige Zurverfügungstellung von Adressmutationen durch die Post an eine ihrer Tochtergesellschaften, worüber sich eine Konkurrentin dieser Tochtergesellschaft beklagte. Der Sachverhalt ist insofern mit dem vorliegenden vergleichbar, als sich die Post damals zur Rechtfertigung der exklusiven Weitergabe von Adressen unter anderem auf Artikel 169a der damaligen PVV (1) stützte, wonach die PTT-Betriebe Postadressen ihrer Kunden (nur) an private Gesellschaften, an denen sie beteiligt waren, weitergeben konnten. Der Ursprung dieser Regelung war datenschutzrechtlicher Natur. Gemäss Artikel 19 DSGVO durften Bundesorgane Personendaten bekannt geben, wenn dafür eine Rechtsgrundlage bestand. Das Sekretariat der Weko hielt fest, dass mit dieser Regelung wohl keine Abweichung vom Wettbewerbsprinzip im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG beabsichtigt worden sei. Da mit dem Inkrafttreten des revidierten Postgesetzes Artikel 169a PVV (1) am 1. Januar 1998 gegenstandslos werde, sah das Sekretariat jedoch von der Eröffnung einer Untersuchung ab und beantwortete die aufgeworfenen Fragen also nicht abschliessend. Zudem nimmt das vorliegend relevante Fernmeldegesetz in Artikel 11 Absatz 1 gerade Bezug auf marktbeherrschende Unternehmen und die Regelung des Wettbewerbs. Aus dem genannten Bericht kann die Klägerin folglich nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Im Schlussbericht betreffend die Vorabklärung des Sekretariats der Weko "Schulen ans Internet" vom 22. August 1997 (RPW 1997/3, S. 311 ff.) wurde von einer Konkurrentin der Telecom unter anderem geltend gemacht, diese biete den Schulen den Mietleistungsanschluss zu Dumpingpreisen an und versuche so mit unfairen Mitteln ihre bereits marktmächtige Position auszubauen. Das Sekretariat erwog, das aktuelle Mietleistungsmonopol der Telecom falle unter den Vorbehalt von Artikel 3 KG. In Artikel 44 Absatz 5 der damals geltenden FDV werde allerdings die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen erwähnt, was einer Nicht-Diskriminierungsforderung gleichkommen dürfte. Auch wenn das Kartellgesetz nicht auf Mietleistungen anwendbar sei, könne die Weko gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG Empfehlungen abgeben. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass die Telecom mit der Offenlegung ihrer Kalkulation glaubhaft widerlegt habe, dass sie Preisdiskriminierungen beziehungsweise Quersubventionierungen im Bereich der Mietleistungsangebote zwischen unternehmensinternen und -externen Bezüglern vornehme. Der Telecom könne keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne einer Preisdiskriminierung nachgewiesen werden. Die Vorabklärung wurde ohne die Eröffnung einer Untersuchung abgeschlossen. Einerseits ist zu beachten, dass es in der Sache nicht zu einer Untersuchung und damit auch nicht zu einem abschliessenden Ent-

scheid kam. Zudem ging es um die Frage von allenfalls unterschiedlichen Preisen, welche die Konkurrenz benachteiligt hätten. Im vorliegenden Fall geht es dagegen um die Frage, ob die Beklagten der Klägerin die beantragten Bandbreiten hätten zur Verfügung stellen müssen und damit Interkonnektion gewähren. Auch aus diesem Bericht des Sekretariats der Weko kann die Klägerin folglich nichts für den vorliegenden Fall ableiten.

In der Verfügung der Weko in Sachen "Swisscom ADSL" (RPW 2004/2, S. 407 ff.) geht es um die Frage der Zulässigkeit von oder Diskriminierung durch die Rabattgestaltung der beiden Beklagten gegenüber Bluewin und deren Konkurrenten betreffend das Wholesale-Angebot für ADSL-Dienste (vgl. v.a. S. 439 ff., Rz. 142 ff.). Auch da ging es also nicht um die Frage der Interkonnektionspflicht. Kommt dazu, dass die Verfügung der Weko nicht rechtskräftig ist.

f) Damit kann offenbleiben, ob die Beklagten im fraglichen Bereich tatsächlich marktmächtig sind und ob es zur Technologie, welche die Beklagten ihrer Tochter-/Schwestergesellschaft zur Verfügung stellten, Alternativen gab, wie dies von den Beklagten behauptet und von der Klägerin bestritten wird.

5. Da die Beklagten sich nicht widerrechtlich verhalten respektive den Wettbewerb nicht unzulässig beschränkt haben, erübrigen sich weitere Ausführungen zum von der Klägerin behaupteten Schaden und allfälligen Gewinn der Beklagten. Ebenfalls erübrigt sich ein Entscheid über den von den Beklagten beantragten Geheimnisschutz betreffend Dokumenten, welche dem Geschäftsgeheimnis unterstehen sollen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Die Klägerin verliert den Prozess. Sie wird folglich kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO). Die Beklagten haben RA [...] gemeinsam Vollmacht erteilt. Ihr Rechtsvertreter hat denn auch seine Rechtsschriften im Namen beider Beklagten verfasst. Dessen Arbeitsaufwand war für beide derselbe, weshalb nur eine Prozessentschädigung für beide Beklagten festzusetzen ist (ZR 77 [1978] Nr. 47 E. 2).

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: CHF [...]; die weiteren Kosten betragen:
 - CHF [...] Schreibgebühren
 - CHF[...] Zustellgebühren.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF [...] zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, sowie (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) an das Sekretariat der Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43, 3003 Bern.
6. [Rechtsmittelbelehrung]

D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	--

SCHWEIZ

BANGERTER SIMON, TAGMANN CHRISTOPH, "Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 165 ff.

BÖNI FRANZ, "Die unterschiedliche Anwendbarkeit von Kartellrechtsordnungen auf Vereinbarungen von geringer Bedeutung bzw. auf KMU", Jusletter vom 9. Oktober 2006

BORER JÜRIG, "Vom Marktbeherrschungstest zum Test des 'significant impediment to effective competition'?" in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 199 ff.

BOSCH WOLFGANG, DALLMANN MICHAEL, "Überragende Marktstellung und relative Marktmacht in den Kartellrechtsordnungen der Europäischen Union, Deutschlands und der Schweiz", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 129 ff.

BÜHRER CAROLE, RENFER STEFAN, "Medienkonzentration um Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz", Jusletter vom 9. Oktober 2006

HILTY RETO M., "Lizenzverträge und Art. 5 KG", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 27 ff.

IMMENGA ULRICH, "Überragende Marktstellung und relative Marktmacht: Verhältnis zum revidierten Wettbewerbsrecht der EU und Rechtsanwendungspraxis nach deutschem GWB", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 113 ff.

JACOBS RETO, "Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 209 ff.

KELLERHALS ANDREAS, BAUMGARTNER TOBIAS, "Das 'Cassis de Dijon'-Prinzip und die Schweiz", SJZ 102 (2006), Nr. 14, S. 312 ff.

KRAUSKOPF PATRICK/RIESEN OLIVIER, "Selektive Vertriebsverträge", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 83 ff.

KRAUSKOPF PATRICK, HENCKEL SOPHIE, "Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff", sic!, S. 740 ff.

NEFF KLAUS, "Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren", Jusletter vom 9. Oktober 2006

REINERT PETER, "Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 147 ff.

SOMMER PATRICK, BRUNNSCHWEILER STEFAN, "Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen", Jusletter vom 9. Oktober 2006

SPITZ PHILIPPE, "Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht", Jusletter vom 9. Oktober 2006

STOFFEL WALTER A., "Die Schweizerische Wettbewerbspolitik im internationalen Kontext", in ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, S. 1 ff.

E *Diverses* *Divers* *Diversi*

E 2	Gutachten Avis Pareri
E 2	1. Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung

Gutachten vom 20. November 2006 in Sachen Gutachten Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung

Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)

INHALTSVERZEICHNIS

A	SACHVERHALT	739
A.1	Gegenstand	739
A.2	Verfahren	739
B	BEURTEILUNG	740
B.1	Relevanter Markt	740
B.1.1	Sachlich relevanter Markt	740
B.1.2	Räumlich relevanter Markt	743
B.1.3	Fazit	744
B.2	Marktbeherrschung	744
B.2.1	Aktueller Wettbewerb	744
B.2.2	Potenzieller Wettbewerb	746
B.2.3	Einfluss der Marktgegenseite	747
B.2.4	Einfluss des nachgelagerten Marktes	748
B.2.5	Zusammenfassung	751
B.2.5.1	Marktstellung von SCM	751
B.2.5.2	Marktstellung von Orange und Sunrise	752
B.2.5.3	Marktstellung von Tele2	752
C	SCHLUSSFOLGERUNG	752

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand

1. Das vorliegende Gutachten der Wettbewerbskommission (Weko) erfolgt gestützt auf eine Konsultation des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 30. April 1997 nach Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (FMG) im Rahmen von mehreren Interkonnektionsverfahren betreffend die Mobilfunkterminierung. Die Weko hat diesbezüglich die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen.

2. Die Regulierung der kostenorientierten Interkonnektion ist in Artikel 11 FMG enthalten. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren.

3. Am 30. Dezember 2005 reichte Swisscom Mobile AG (SCM), vertreten durch ihre Muttergesellschaft Swisscom AG (Swisscom), ein Gesuch gegen Orange Communications SA (Orange) um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion in das Mobilfunknetz (MF-Netz) von Orange ein. Am 12. Januar 2006 reichte SCM, vertreten durch ihre Muttergesellschaft Swisscom, ein Gesuch gegen TDC Switzerland AG (Sunrise) um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion in das MF-Netz von Sunrise ein.

4. Mit Eingabe vom 13. Januar 2006 ersuchte Sunrise gegen Orange um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion in das MF-Netz von Orange. Mit Eingabe vom 23. Januar 2006 ersuchte Sunrise gegen SCM um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion in das MF-Netz von SCM.

5. Mit drei Gesuchen vom 3. Februar 2006 und 16. Februar 2006 verlangte Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet), vertreten durch ihre Muttergesellschaft Swisscom, gegen Sunrise, Orange und Tele2 Telecommunications Services AG (Tele2) eine Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion in die MF-Netze dieser drei Mobilfunkanbieter (MFA).

6. Insgesamt sind im jetzigen Zeitpunkt sieben Interkonnektionsverfahren beim BAKOM betreffend die Terminierung in die verschiedenen MF-Netze hängig.

7. Ist im Rahmen der beim BAKOM respektive bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) hängigen Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG).

A.2 Verfahren

8. Das BAKOM informierte mit Schreiben vom 19. Juni 2006 das Sekretariat der Weko (Sekretariat) über die hängigen Interkonnektionsgesuche. Die Interkonnek-

tionsgesuche wurden zusammen mit den entsprechenden Schriftenwechseln der Wettbewerbsbehörde zugestellt. Gleichzeitig fragte das BAKOM an, ob eine Marktbefragung durchzuführen sei. Falls eine Marktbefragung als notwendig erachtet würde, sei von der Wettbewerbsbehörde ein entsprechender Fragebogen auszuarbeiten.

9. Die Wettbewerbsbehörde erachtete die Durchführung einer Befragung als sinnvoll und stellte mit Schreiben vom 7. Juli 2006 dem BAKOM einen Fragebogen für die Marktteilnehmer zu. Die Marktbefragung wurde anschliessend durch das BAKOM als die das Interkonkurrenzverfahren instruierende Behörde durchgeführt.

10. Mit Schreiben vom 4. Oktober 2006 ersuchte das BAKOM die Weko um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 FMG für die MF-Terminierung. Die Frage der Marktbeherrschung gelte es dabei für Orange, Sunrise, SCM und Tele2 zu klären. Dem Schreiben vom 4. Oktober 2006 lagen die aus der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung resultierenden Antworten bei.

11. Die Konsultation der Weko nach Artikel 11 Absatz 3 FMG zur Frage der Marktbeherrschung ist in kartellrechtlicher Hinsicht als Gutachten im Sinne von Artikel 47 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) zu qualifizieren.

12. Die Weko gibt gemäss Artikel 56 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV) ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab. Die vierwöchige Frist gemäss Artikel 56 FDV beginnt nach Eingang des Schreibens des BAKOM vom 4. Oktober 2006, eingegangen am 6. Oktober 2006, und lief am 6. November 2006 ab (analog Art. 20 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG). Mit Schreiben vom 6. November 2006 wurde das BAKOM darüber orientiert, dass die Stellungnahme der Weko wegen der bereits festgesetzten Sitzungstermine später erfolgen würde.

13. Dem Gutachtensauftrag des BAKOM entsprechend erfolgt die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung der vier MFA bezüglich der MF-Terminierung gemeinsam in einem einzigen Gutachten. In zeitlicher Hinsicht betrifft das vorliegende Gutachten dem Gutachtensauftrag des BAKOM vom 4. Oktober 2006 entsprechend den Zeitraum seit dem 1. Juni 2005. Demgegenüber betrachtet die am 17. Oktober 2002 eröffnete Untersuchung der Terminierungsgebühren durch die Weko auch den Zeitraum vor dem 1. Juni 2005¹. Für Gutachten in Interkonkurrenzverfahren kommt dabei ähnlich wie in der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen² einer zukunftsgerichteten Betrachtungsweise eine erhöhte Bedeutung zu³.

14. Das Gutachten basiert auf den der Weko vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen, öffentlich zugänglichen Informationen sowie auf der publizierten Praxis der Weko und deren Rechtsmittelinstanzen zur kartellrechtlichen Analyse der Marktstellung⁴. Auf

die Ausführungen der Parteien der Interkonkurrenzverfahren und der vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung ist in der nachfolgenden Beurteilung einzugehen.

B BEURTEILUNG

15. Die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung in Gutachten nach Artikel 11 Absatz 3 FMG beurteilt sich nach der entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Definition im Kartellgesetz⁵.

16. Als marktbeherrschend gelten gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG 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.

17. Um festzustellen, ob sich die fraglichen vier MFA in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.1 Relevanter Markt

B.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

19. Der Markt abgrenzung im schweizerischen Kartellrecht entspricht das Bedarfsmarktkonzept respektive das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer⁶. Entscheidend für die Abgrenzung des relevanten Marktes ist damit die funktionale Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite⁷. Der relevante Markt umfasst alle Dienstleistungen, welche von den Handelspartnern mit Blick auf die objektiven Eigenschaften, die Preise und den Verwendungszweck in genügendem Ausmass als austauschbar angesehen werden⁸.

20. Auszugehen ist vom Gegenstand der sieben Interkonkurrenzgesuche, nämlich der Terminierung eines Anrufes in ein bestimmtes MF-Netz, das heisst in das MF-Netz von Orange, Sunrise, SCM und Tele2. Die Terminierung ist die Zustellung eines Anrufes durch den Netzbetreiber an seine Endkunden. Ein Telefonanruf kann in die Vorgänge Originierung, Transit und Terminierung aufgeteilt werden, wobei die Terminierung das letzte Stück der Verbindung darstellt.

¹ Zu finden auf www.weko.ch/publikationen/pressemitteilungen/00081.

² Art. 9 f. KG.

³ RPW 2004/4, S. 1263, Rz. 47.

⁴ RPW 2005/3, S. 589, Rz. 7.

⁵ U.a. RPW 2005/3, S. 589, Rz. 8.

⁶ ROGER ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 2005, S. 261.

⁷ JURG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Auflage, Zürich 2005, Art. 5 N. 10.

⁸ EVELYNE CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, TERCIER/BOVET (Hrsg.), Basel 2002, Art. 4 Abs. 2 N. 62.

21. Aus Endkundensicht besteht in Europa das so genannte calling party pays-Prinzip (cpp), wonach der Anrufer für die gesamte Verbindung des Anrufes bezahlt. Der Angerufene trägt grundsätzlich keine Kosten, bezahlt also selber keine eigene Terminierungsgebühr, wenn er angerufen wird. Der Anrufer hingegen trägt in der Regel bei der Bezahlung des Gesprächs indirekt auch die Terminierungsgebühr, welche sein Fernmeldedienstanbieter (FDA) demjenigen Netzbetreiber bezahlt, bei welchem der Anruf terminiert wird.

22. Zwischen den FDA fragt dabei derjenige FDA, der einen Anruf zustellen will, die Terminierung beim netzbetreibenden FDA des anzurufenden Endkunden nach. Das heisst, dass die Terminierung im vertragsrechtlichen Sinn einzig zwischen FDA angeboten und nachgefragt wird. Die Menge, also die Anzahl terminierter Minuten, wird mittelbar von den anrufenden Endkunden bestimmt.

23. Um die Interoperabilität zwischen verschiedenen Netzen sicherzustellen, ist in Artikel 11 Absatz 2 FMG vorgesehen, dass die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern der Dienste der Grundversorgung sichergestellt werden muss. Diese Verpflichtung zur Interoperabilität besteht gemäss Artikel 11 Absatz 2 FMG auch, wenn ein Anbieter keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionär ist. Für die Terminierung eines Anrufes in ein MF-Netz, die als fernmeldetechnische Sprachübertragung in Echtzeit nach Artikel 16 Absatz 1 Buchstabe a FMG und damit als Dienst der Grundversorgung zu qualifizieren ist, führt dies zu einem Kontrahierungszwang hinsichtlich der Terminierung zwischen den verschiedenen Anbietern.

24. Bezüglich der Frage der Marktabgrenzung ist ausgehend vom Gegenstand der Interkonnektionsgesuche zu fragen, welche Dienstleistungen zu der Terminierung eines Anrufes in ein bestimmtes MF-Netz als substituierbar anzusehen sind. Nach Artikel 11 Absatz 3 VKU bestimmt sich die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit Bezug auf die Eigenschaften und den vorgesehenen Verwendungszweck. Gegenstand der sieben Interkonnektionsgesuche ist die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von Orange, Sunrise, SCM und Tele2. Es ist damit zu fragen, welche Leistungen von der Marktgegenseite als Substitut zur Terminierung in ein bestimmtes MF-Netz anzusehen sind.

25. Die Marktgegenseite besteht vorliegend aus FDA, welche Sprachtelefoniedienstleistungen an Endkunden anbieten. Um Sprachtelefonie anzubieten, schliessen die FDA untereinander Verträge betreffend die Terminierung in die jeweiligen Netzwerke ab. Hingegen kann die Terminierung ihrem Gegenstand entsprechend nicht von Endkunden nachgefragt werden.

26. Die Terminierung ist eine notwendige Vorleistung für das Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen durch FDA. Die Nachfrage der FDA als Marktgegenseite und die nachgelagerte Nachfrage der Endkunden unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften und Ver-

wendungszweck in erheblichem Masse, weshalb zwischen einer Wholesale- (Wiederverkaufs-) und einer Retail- (Endkunden-)Ebene zu unterscheiden ist.

27. Die Terminierung eines Anrufes muss zwangsläufig immer im Netz desjenigen Anbieters nachgefragt werden, bei welchem der Angerufene Kunde ist. Der FDA, welcher für seinen Kunden einen Anruf zustellen will, hat keine Ausweichmöglichkeit. Das heisst, dass alle Anbieter von Sprachtelefoniedienstleistungen darauf angewiesen sind, die Terminierung in das Netz des jeweiligen MFA nachzufragen. Es besteht damit für einen FDA keinerlei Alternative, Endkunden eines MFA zu erreichen. Die Anrufzustellung für Kunden eines bestimmten MFA kann einzig bei diesem MFA nachgefragt werden. Die Terminierung in ein bestimmtes MF-Netz kann durch kein anderes Gut substituiert werden. Eine gesonderte Nachfrage nach der Terminierung ist Ausdruck einer spezifischen, nicht durch eine andere Dienstleistung substituierbaren Leistung, die einen selbstständigen relevanten Markt bildet⁹.

28. Bereits im Rahmen einer ersten Untersuchung des MF-Marktes hatte die Weko sich mit der Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes im Bereich Mobilfunk zu befassen. Aufgrund der aus Sicht der FDA grundsätzlich verschiedenen Verwendungszwecke grenzte die Weko dabei für jeden MFA je einen Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste ab, was der Terminierung von Anrufen in ein MF-Netz entspricht¹⁰.

29. Rein theoretisch wäre es möglich, dass die Terminierung von Anrufen in MF-Netze durch einen alternativen Anbieter erfolgen würde, falls der alternative Anbieter über die auf der SIM-Karte gespeicherten Informationen verfügen würde. Da diese Informationen nur dem Netzbetreiber des Angerufenen zugänglich sind, besteht auch diesbezüglich keine Ausweichmöglichkeit.

30. Behelfsweise kann zudem auf die Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht zurückgegriffen werden, an welchem sich das schweizerische Kartellrecht auch bezüglich der Definition des relevanten Marktes anlehnt. Die Definition des relevanten Marktes in Artikel 11 Absatz 3 VKU ist quasi wörtlich der Praxis zum europäischen Wettbewerbsrecht nachempfunden, welche sich in Randziffer 7 der Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Definition des relevanten Marktes findet¹¹.

⁹ Vgl. MATHIAS ELSPASS, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Marktes im netzgebundenen Telekommunikationssektor, Heidelberg 2005, S. 155.

¹⁰ RPW 2002/1, S. 97 ff., Rz. 94 und Rz. 103.

¹¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Abl. C 372 S. 5, Rz. 7.

31. Spezifisch für den Telekommunikationssektor ist in der Europäischen Union (EU) der gemeinsame Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation von entscheidender Bedeutung¹². Im Rahmen einer sich ausschliesslich auf wettbewerbsrechtliche Prinzipien stützende Marktanalyse¹³ besteht in der EU die Möglichkeit einer so genannten Ex-ante-Regulierung. Im Wesentlichen können dabei die Preise für gewisse Telekommunikationsdienstleistungen im Falle des Vorliegens von Marktbeherrschung nach kostenorientierten Prinzipien festgelegt werden. In der EU wird aus wettbewerbsrechtlicher Sicht der sachlich relevante Markt als Anrufzustellung in ein einzelnes Mobiltelefonnetz (voice call termination on individual mobile networks) abgegrenzt¹⁴. Der sachlich relevante Markt wurde insbesondere in den folgenden EU-Mitgliedstaaten¹⁵ als Anrufzustellung in ein einzelnes Mobiltelefonnetz abgegrenzt: Belgien¹⁶, Deutschland¹⁷, Frankreich¹⁸, Grossbritannien¹⁹, Irland²⁰, Italien²¹, Luxemburg²² und Österreich²³.

32. Im Rahmen der durch das BAKOM durchgeführten Marktbefragung wurden die MFA aufgefordert, die konkreten Ausweichmöglichkeiten für die Terminierung in ihr eigenes MF-Netz anzugeben. Sunrise hielt hierzu fest, dass es in der Natur der Sache läge, dass Anrufe auf ein bestimmtes Netz nur auf dem Netz des fraglichen FDA terminiert werden könnten und damit keine Substitutionsmöglichkeiten bestünden. Auf dieselbe Frage antwortete SCM, dass es per definitionem keine Alternative respektive kein Substitut gebe. Auf die Positionen der MFA ist im Übrigen nachfolgend in Randziffer 36 f. einzugehen.

33. Die in der Marktbefragung befragten Festnetzanbieter vertreten die Ansicht, dass es keine Ausweichmöglichkeiten für die Terminierung auf ein MF-Netz gibt. Typischerweise sei hierzu die Aussage von Verizon erwähnt, wonach keine preislich relevanten Ausweichmöglichkeiten für einen FDA bezüglich der Terminierung in ein spezifisches MF-Netz bestünden.

34. Als Zwischenfazit lässt sich Folgendes festhalten: Die Terminierung eines Anrufes in ein bestimmtes MF-Netz ist durch keine andere Dienstleistung substituierbar. Im Einklang mit der schweizerischen und europäischen Praxis ist deshalb von sachlich relevanten Märkten auszugehen, die je die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von Orange, Sunrise, SCM und Tele2 umfassen.

35. Nachfolgend wird diese Marktabgrenzung hinsichtlich einiger von den Parteien der Interkonkurrenzverfahren vorgebrachten Argumente überprüft. Zudem wird diese Marktabgrenzung in Bezug gesetzt zur durchgeführten Marktbefragung.

36. Orange führt in ihrer Eingabe vom 8. September 2006 aus, dass die Terminierung aus ökonomischer Sicht keine eigenständige marktfähige Dienstleistung sei, sondern lediglich Teil eines grösseren Ganzen. SCM erachtet mit Schreiben vom 8. September 2006 die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes "Terminierung ins Mobilfunknetz" als nicht zweckdienlich. Mit Stellungnahme vom 16. Juni 2006 machte SCM geltend, dass unabhängig von der gewählten

Marktabgrenzung sich immer dasselbe Resultat einstelle, SCM könne sich nicht unabhängig verhalten bei der Festlegung der Terminierungsgebühren. SCM verwies dabei auch auf die Vielzahl anderer möglicher Kommunikationsformen. Mit Eingabe vom 28. September 2006 wies Sunrise bezüglich der Substitutionsmöglichkeiten für die Mobilterminierung auf eine Vielzahl möglicher Substitutionsmöglichkeiten für die Mobilterminierung wie zum Beispiel Sprachanrufe via Festnetz, E-Mail, SMS oder Telefax. Auch Tele2 verweist in ihren Antworten vom 14. September 2006 auf die verschiedenen denkbaren Kommunikationsmöglichkeiten. Im Ergebnis kritisieren damit alle MFA, die auch Gesuchsgegnerinnen in hängigen Interkonkurrenzverfahren sind, die vorgenommene Marktabgrenzung als zu eng.

37. In Bezug auf die von den MFA vorgebrachten Substitutionsmöglichkeiten ist vorweg festzuhalten, dass sich die entsprechenden Vorbringen auf die Retail-Ebene beziehen, also aus Sicht der Endkunden erfolgen. Im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes im wettbewerbsrechtlichen Sinn wird dieser

¹² Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 33; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. L 108 vom 24. April 2002 S. 7.

¹³ U.a. Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, Rz. 5 ff.

¹⁴ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 (Fn. 13).

¹⁵ Ausgewählt wurden Länder, in denen Entscheide in deutscher, französischer, italienischer oder englischer Sprache öffentlich verfügbar waren.

¹⁶ Décision du Conseil de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications du 11 août 2006, www.ibpt.be/ibpt.htm.

¹⁷ Z.B. Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur vom 30. August 2006, www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7271.pdf.

¹⁸ Décision n° 06-0779 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 septembre 2006, www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/06-0779.pdf.

¹⁹ Z.B. Office of Communications, Consultation document of 13 septembre 2006, www.ofcom.org.uk/consult/condocs/mobile_call_term/mobile_call_term.

²⁰ Commission for Communications Regulation, Response to Consultation of 8 June 2004, www.comreg.ie/about_us/default.asp?S=2&NavID=134&ctype=5&NID=101658.

²¹ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Delibera n. 3/06/CONS del 12 gennaio 2006, www.agcom.it/provv/d_03_06_CONS/d_03_06_CONS.htm.

²² Analyse de marché du 16 décembre 2005 de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/luxembourg/registerednotifications/lu20050321&vm=detailed&sb=Title.

²³ Bescheide der Telekom-Control-Kommission vom 27. Oktober 2004, www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M15abcde03.

gemäss Artikel 11 Absatz 3 VKU aus Sicht der Marktgegenseite definiert, also vorliegend aus Sicht der FDA und nicht der Endkunden. Hierzu ist ebenfalls zu bemerken, dass es sich bei der Terminierung in ein MF-Netz, vergleichbar mit Bestandteilen anderer Güter, um eine Dienstleistung handelt, welche von MFA angeboten und von FDA nachgefragt wird. Die Sichtweise aus der Perspektive der Marktgegenseite nach Artikel 11 Absatz 3 VKU führt dazu, dass die von den MFA ins Feld geführten Argumente im Rahmen der Abgrenzung des relevanten Marktes grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Nachfolgend wird jedoch trotzdem zusätzlich begründet, weshalb die von den MFA vorgebrachten alternativen Kommunikationsmöglichkeiten auch als Endkundensicht nicht als Substitute im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 VKU zu qualifizieren sind.

38. Bei einem Teil der vorgebrachten alternativen Kommunikationsformen wie zum Beispiel E-Mail, SMS oder Telefax handelt es sich im Gegensatz zur Mobiltelefonie um datenbasierte respektive schriftliche Kommunikationsdienstleistungen. Beim Telefongespräch handelt es sich demgegenüber um Sprachkommunikation in Echtzeit über Distanz, wobei ein Telefongespräch direkte Interaktion zwischen den Gesprächsteilnehmern ermöglicht. Diese Eigenschaften machen ein Telefongespräch hinsichtlich des vorgesehenen Verwendungszwecks nicht austauschbar mit schriftlichen Kommunikationsmöglichkeiten, was sich trotz steigenden verfügbaren Kommunikationsmöglichkeiten auch in der ungebrochenen Beliebtheit von Telefonanrufen widerspiegelt.

39. Andere von den MFA erwähnte alternative Kommunikationsformen wie insbesondere die Festnetztelefonie sind im Gegensatz zur Mobiltelefonie standortabhängig. Mobiltelefonie ermöglicht eine ständige Erreichbarkeit und das Tätigen von Anrufen unabhängig vom Aufenthaltsort. Aufgrund dieser zentralen Eigenschaft unterscheidet sich die Mobiltelefonie grundlegend von standortgebundenen Technologien wie zum Beispiel der Telefonie über einen Festnetzanschluss. Im Gegensatz zu einem ortsgebundenen Festnetzanschluss ist ein Mobiltelefonanschluss personenbezogen. Ein MF-Anruf wird regelmässig von einer bestimmten Zielperson entgegengenommen. Grund für die hohe Marktdurchdringung der Mobiltelefonie sind eben deren spezielle Eigenschaften, welche - trotz regelmässig ebenfalls vorhandenen Festnetzanschlüssen - die fehlende Substituierbarkeit zwischen Mobilfunk und Festnetz widerspiegeln²⁴.

40. Orange machte überdies geltend, dass die Mobilterminierung lediglich eine Teilkomponente eines grösseren Systemmarktes, der Mobiltelefonie sei. Von diesem Systemmarkt würden die entscheidenden Wettbewerbskräfte ausgehen, welche auch das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen auf den nach- oder vorgelagerten Stufen, insbesondere der Terminierung bestimmen würden. Die Annahme eines Systemmarktes bedeutet, dass Ursprungsprodukt und Originalersatzteile einen einzigen sachlichen Markt bilden²⁵. Im vorliegenden Fall kann es sich jedoch nicht um einen Systemmarkt handeln, da die

Terminierung (im Gegensatz zu den Originalersatzteilen im Systemmarkt) eben nicht vom Endkunden bezahlt wird. Die Terminierung wird in diesem Fall vom FDA des Anrufers und damit in der Regel mittelbar von einem anderen Endkunden, nämlich demjenigen des anrufenden FDA bezahlt. Es handelt sich von der Konstellation her deshalb vorliegend nicht um einen Systemmarkt.

41. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass, selbst wenn eine Betrachtung aus Endkundensicht erfolgen würde, die von den Parteien der Interkonkurrenzverfahren vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig sind, da die verschiedenen Kommunikationsformen untereinander nicht austauschbar sind. Das entspricht ebenfalls der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche davon ausgeht, dass das Vorhandensein einer anderen Technologie, wie Fernsehempfang via Satellit statt über ein Fernseekabel, nicht zu einer weiteren Marktabgrenzung führt²⁶. Auch aus ökonomischer Sicht besteht sowohl nach den herkömmlichen Kriterien des allgemeinen Kartellrechts als auch einer ökonomischen Würdigung der Marktabgrenzung für jedes Netz ein eigener Terminierungsmarkt²⁷.

42. Im Ergebnis ist mangels Substitutionsmöglichkeiten festzuhalten, dass vier sachlich relevante Wholesale-Märkte für in die MF-Netze von Orange, Sunrise, SCM und Tele2 eingehende Fernmeldedienste im Bereich Sprache beziehungsweise für die Terminierung von Anrufen in die MF-Netze von Orange, Sunrise, SCM und Tele2 abzugrenzen sind.

B.1.2 Räumlich relevanter Markt

43. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Auszugehen ist vom Tätigkeitsgebiet der MFA und deren Marktgegenseite, das heisst vorliegend der FDA. Es ist somit abzuklären, auf welchem Gebiet die Terminierung in die jeweiligen MF-Netze nachgefragt und angeboten wird.

44. Die Terminierung in die MF-Netze wird von den vier Betreibern in der Schweiz zu homogenen Bedingungen angeboten. Nachgefragt wird die Terminierung mehrheitlich in der Schweiz. Das Konzessionsgebiet der vier MFA umfasst die Schweiz. Der bisherigen Praxis der Weko folgend²⁸ ist der räumlich relevante Markt deshalb national abzugrenzen.

²⁴ RPW 2006/2, S. 248, Rz. 48 f.

²⁵ ROGER ZÄCH (Fn. 6), S. 295. Im Englischen wird diesbezüglich von "Aftermarkets" gesprochen. Vgl. z.B.: MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge et al. 2004, S. 111 ff.; SIMONE BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2. Auflage, London 2002, S. 123 ff.

²⁶ BGE 130 II 449, E. 4.2.

²⁷ CHRISTIAN KOENIG/INGO VOGELANG/KAY WINKLER, *Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung*, in: *Kommunikation und Recht*, Beilage 6/2005, S. 1 ff., S. 10.

²⁸ RPW 2002/1, S. 97 ff., Rz. 108.

B.1.3 Fazit

45. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend vier relevante Märkte abzugrenzen sind. Dabei handelt es sich um die vier Wholesale-Märkte für in die MF-Netze von Orange, Sunrise, SCM und Tele2 eingehenden Fernmeldedienste im Bereich Sprache (Terminierung von Anrufen in die jeweiligen MF-Netze). Die räumliche Dimension des relevanten Marktes umfasst die Schweiz.

46. Das heisst, dass jeder MFA auf dem jeweiligen Markt für die Terminierung in sein MF-Netz der einzige Anbieter ist. Ob jedoch in diesem Fall alle MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, richtet sich unter anderem nach dem Einfluss der Marktgegenseite, welche anhaltende Preiserhöhungen unwirtschaftlich machen könnte²⁹. Diese und weitere Analysen haben unter der nachstehenden Beurteilung der Marktstellung zu erfolgen.

B.2 Marktbeherrschung

47. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten von der Marktgegenseite oder von Einflüssen des nachgelagerten Marktes eingeschränkt werden.

B.2.1 Aktueller Wettbewerb

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

49. Die vorliegende Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass in jedem der vier abgegrenzten relevanten Märkte nur ein einziger Anbieter vorhanden ist und damit jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100% verfügt. In den vier relevanten Terminierungsmärkten haben daher Orange, Sunrise, SCM und Tele2 jeweils einen Marktanteil von 100%. Aktueller Wettbewerb durch andere Anbieter ist damit von vornherein ausgeschlossen.

50. Eine marktbeherrschende Stellung kann jedoch nicht allein anhand der Marktanteile beziehungsweise des Fehlens von Wettbewerbern ermittelt werden. Ein grosser Marktanteil bedeutet lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.³⁰ Jedoch sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen.

51. Dabei kann unter anderem die Finanzkraft von Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Wettbewerbsparameter wie Preis, Werbung und Kapazität bieten³¹. Als wirtschaftliche Merkmale kommen auch folgende Kriterien in Betracht: die Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten beziehungsweise finanziellen Ressourcen, Grössenvorteile und Verbundvorteile³². Das Marktverhalten - hier

insbesondere das Preissetzungsverhalten - kann ebenfalls Hinweise auf Marktmacht liefern³³. Vorliegend könnte eine ausgleichende Gegenmacht der Marktgegenseite und der Einfluss des nachgelagerten MF-Marktes

ebenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten der MFA auf ihren Wholesale-Märkten ausüben³⁴. Der Einfluss der Marktgegenseite und des nachgelagerten Marktes werden in zwei separaten Kapiteln behandelt.

52. Aufschluss über die Gesamtgrösse der Unternehmen in der Schweiz, welche im Bereich Mobilfunk aktiv sind, geben einige Kennzahlen für das Jahr 2005, welche in Tabelle B-1 dargestellt werden³⁵. Daraus wird ersichtlich, dass die vier Unternehmen in der Schweiz bezüglich ihrer Ressourcen unterschiedlich zu beurteilen sind. Am stärksten ist die Position von Swisscom, welche bei allen aufgeführten Kennzahlen die mit Abstand grössten Werte aufweist. Insbesondere ist der EBITDA hervorzuheben, welcher ca. achtmal höher ist, als derjenige von Sunrise, obwohl der Nettoumsatz lediglich ca. fünfmal höher ist als derjenige von Sunrise. Dies deutet auf eine starke Finanzkraft von SCM hin.

53. Wesentlich schwächer sind die Positionen von Orange³⁶ und Sunrise³⁷ in der Schweiz zu beurteilen, die beide in der gleichen Grössenordnung anzusiedeln sind. Dabei ist zu bemerken, dass Orange nur im Bereich Mobilfunk tätig ist, Sunrise dagegen hat auch andere Geschäftsbereiche, wie Festnetz, Internet etc. im Angebot.

54. Klar in der schwächsten Position befindet sich Tele2, welche bei allen aufgeführten Kennzahlen die mit Abstand kleinsten Werte aufweist. Dies, obwohl Tele2 wie auch Swisscom und Sunrise auch in anderen Geschäftsbereichen, wie Festnetz, Internet etc. tätig ist.

²⁹ Begründung der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, S. 32 f.

³⁰ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

³¹ RPW 2006/2, S. 254.

³² Leitlinien, (Fn. 30), Ziff. 78.

³³ CHRISTIAN KOENIG/INGO VOGELANG/KAY WINKLER, (Fn. 27), S. 1 ff., S. 13.

³⁴ RPW 2004/2, S. 407 bzw. RPW 2005/3, S. 505.

³⁵ Zu finden auf den Webseiten der MFA unter "über uns" bzw. "Facts & Figures", www.swisscom.ch, www.sunrise.ch, www.orange.ch. Tele2 veröffentlicht keinerlei Zahlen, welche nur die Schweiz betreffen. Die angegebenen Werte wurden daher bei Tele2 Schweiz erfragt (Mail vom 26.10.2006) und sind als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren.

³⁶ Orange gehört France Telecom.

³⁷ Sunrise gehört zur TDC Group (Dänemark).

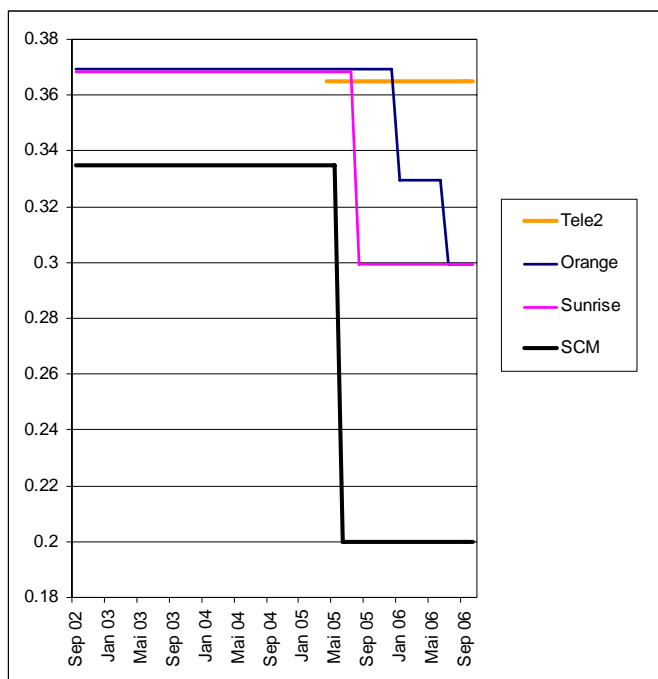
Tabelle B-1: Einige Kennzahlen der vier schweizerischen MFA aus dem Jahr 2005

	Swisscom	Sunrise	Orange	Tele2
Nettoumsatz	9'732	1'991	1356	[0-1'000]
EBITDA	4'171	537	395 ³⁸	[0-100]
Mitarbeiter	15'477	2'400	1'400	[0-200]

55. Die Infrastrukturen der drei MFA sind nicht duplizierbar, da es nicht genügend Frequenzen gibt, um ein viertes schweizweites MF-Netz aufzubauen. Tele2 verfügt zurzeit nur über ein Stadtnetz in Zürich, wobei sie für die restliche Schweiz mit Sunrise über ein nationales Roaming-Abkommen verfügt. Weitere Stadtnetze sind im Aufbau. Daher befinden sich SCM, Orange und Sunrise bezüglich Netzaufbau und Netzabdeckung in einer deutlich stärkeren Position als Tele2.

56. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Preisentwicklung auf den einzelnen Terminierungsmärkten. In Abbildung B-1 (auf der nächsten Seite) werden die Terminierungsgebühren der vier MFA für die Zeit vom September 2002 bis September 2006 dargestellt. Die Skala geht von 18 bis 38 Rappen, damit die einzelnen Preisänderungen deutlich sichtbar werden. Als wichtigstes Ereignis sticht die Preissenkung von SCM am 1. Juni 2005 von 33.5 auf 20 Rappen pro Minute hervor, nachdem die Preise drei Jahre lang auf dem gleichen Niveau verharrten. Swisscom begründete ihre Preissenkung mit einer rückläufigen Entwicklung im Telefonieverhalten³⁹. Swisscom weist ebenfalls darauf hin, dass die Reduktion um 40% einen negativen Effekt auf Umsatz und EBITDA von ca. CHF 165 Mio. haben würde. Bezüglich der per 1. Juni 2005 erfolgten deutlich Preissenkung von Swisscom⁴⁰ ist insbesondere zu beachten, dass diese in zeitlicher Hinsicht kurz nach der Zustellung eines Antrags des Sekretariats im Rahmen der Untersuchung der Terminierungsgebühren erfolgte.

Abbildung B-1: Die Entwicklung der Terminierungsgebühren der vier MFA in der Schweiz vom September 2002 bis September 2006 in CHF



57. Die Preissenkung zeigt erstens, dass SCM offenbar über grosse Spielräume in ihrer Preisgestaltung verfügt und diese auch einsetzt. Zweitens ist jedoch anzumerken, dass die Preisspielräume noch nicht ausgeschöpft wurden. Die Kosten einer auf dem Netz von SCM terminierten Minute dürfte noch erheblich unter 20 Rappen liegen, sodass weitere Preissenkungen realistisch sind⁴¹.

58. Zudem ist davon auszugehen, dass SCM aufgrund der geschilderten Umstände eine Preiserhöhung kaum durchzusetzen vermag. Aufgrund des vorliegenden Interkonnections- und des hängigen Kartellverfahrens bei der Weko, weil der Preistrend im Bereich Mobilfunk generell nach unten zeigt und weil davon auszugehen ist, dass die Kosten einer terminierten Minute aufgrund von Skaleneffekten kontinuierlich sinken (vgl. Rz. 88 unten), wird eine Preiserhöhung von SCM kaum zu realisieren sein⁴².

³⁸ Dieser Wert ist aus dem Jahr 2004.
³⁹ Pressemitteilung von SCM vom 3. Mai 2005, zu finden unter www.swisscom.ch unter Media.
⁴⁰ Pressemitteilung von SCM vom 10. April 2006, zu finden unter www.swisscom.ch unter Media.
⁴¹ In ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2005 schätzt die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH in Österreich die Kosten eines effizienten Betreibers auf ca. 10,4 Rappen (6,79 Eurocent), zu finden auf www.rtr.at. Die schwedische Behörde für Post und Telekommunikation "Post- och telestyrelsen" (www.pts.se) bestimmte in ihrem Entscheid vom 1. Juli 2005 für die drei schwedischen MFA die Kosten, und kam dabei auf 8,8 Rappen (54 Öre). Da die beiden Länder sich von der Art und Grösse her mit der Schweiz vergleichen lassen, können diese beiden Werte als zuverlässige Schätzung für die Terminierungskosten in der Schweiz verwendet werden.
⁴² Auch SCM und Sunrise vertreten die Ansicht, dass generell Preiserhöhungen von Wettbewerbern nicht realisierbar wären.

59. Mit einer allfälligen Preiserhöhung könnte SCM jedoch das ursprüngliche Delta von 10%, welches vor ihrer Preissenkung vom 1. Juni 2005 über Jahre beobachtet werden konnte, wieder herstellen. Bleibt SCM diese Möglichkeit jedoch verwehrt, so bringt dies insbesondere Orange und Sunrise in eine starke Marktstellung, wie nachfolgend gezeigt wird.

60. In Bezug auf die Festsetzung der Terminierungsgebühren durch Orange und Sunrise sind auch behördliche Eingriffe zu beachten. Die ComCom hat gestützt auf Artikel 11 Absatz 3 FMG die Möglichkeit, bezüglich der Terminierung in MF-Netze auf ein entsprechendes Gesuch hin, markt- und branchenübliche Bedingungen festzusetzen. Dies gilt für Dienste der Grundversorgung nach Artikel 11 Absatz 2 FMG, auch wenn keine Marktbeherrschung besteht. Auf Ersuchen von SCM wurde DiAx (heute: Sunrise) in einem vorsorglichen Massnahmeentscheid verpflichtet, für die internationale Terminierung (aus dem Ausland stammende Anrufe) 15 Rappen pro Minute zu verrechnen⁴³. In einer weiteren Verfügung der ComCom hielt diese fest, dass sie für kleinere Anbieter eine Preisdifferenz von 10% bei den Terminierungsgebühren gegenüber dem historischen Anbieter als gerechtfertigt erachtet⁴⁴. Die Verfahren wurden aufgrund einer Verhandlungslösung zwischen SCM und Sunrise kurz vor Abschluss des Verfahrens durch Verfügung der ComCom vom 8. November 2001 vom Protokoll abgeschrieben.

61. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist, dass die von der ComCom erwähnte Preisdifferenz sich auf die Terminierungsgebühren auswirkte. Orange und Sunrise haben sich bei der Festlegung ihrer Terminierungsgebühren bis zum 1. Juni 2005 an derjenigen von SCM orientiert. Sie haben sich an der von der ComCom zugestandenen Preisdifferenz von plus 10% gehalten, womit der von der ComCom induzierten Asymmetrie von 10% bis zum 1. Juni 2005 eine branchenweite Wirkung zugekommen ist.

62. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Reaktion von Orange und Sunrise auf die Preissenkung von SCM. Wenn genügend Wettbewerbsdruck vorhanden wäre, würde eine Preissenkung von SCM dazu führen, dass sich die Preise von Orange und Sunrise in kurzer Frist auf ein Niveau einpendeln würden, das wiederum entweder 10% oder höchstens 3,5 Rappen über demjenigen von SCM liegt. Dies ist jedoch nicht geschehen. Sunrise reagierte mit einer weniger deutlichen Preissenkung von 36,85 auf 29,95 Rappen pro Minute auf den 1. August 2005, also zwei Monate später. Orange senkte ihre Terminierungsgebühr ebenfalls auf 29,95 Rappen pro Minute, jedoch stufenweise: Eine erste Senkung auf 32,95 Rappen pro Minute erfolgte am 1. Januar 2006, also sechs Monate nach dem Vorstoss von SCM und eine zweite Senkung - auf den gleichen Preis wie Sunrise - erfolgt erst am 1. Juli 2006, also ein Jahr nach der Preissenkung von SCM.

63. Die neue Differenz zwischen SCM und Orange beziehungsweise Sunrise ist seit dem 1. Juli 2006 prozentual, aber auch absolut gesehen, wesentlich höher als vor der Preissenkung von SCM. Vor dem 1. Juni

2005 herrschte seit dem Jahr 2001 eine Differenz (ein sog. Delta) von 10% beziehungsweise ca. 3,5 Rappen. Am 1. November 2006 waren die Preise von Orange und Sunrise jedoch 9,95 Rappen über dem Preis von SCM und damit etwa 50% höher.

64. Wie in Randziffer 57 oben bereits erläutert wurde, ist nicht auszuschliessen, dass die Preissenkung von SCM nicht ganz freiwillig erfolgt ist, sondern im Zusammenhang mit möglichen behördlichen Eingriffen zu sehen sind. Dafür sprechen einerseits die Einnahmenseinbrüche von ca. CHF 165 Mio., welche SCM mit der deutlichen Preissenkung in Kauf nahm⁴⁵. Dafür spricht andererseits auch die Tatsache, dass SCM bezüglich der MF-Terminierung in die Netze von Orange, Sunrise und Tele2 Interkonnectionsgesuche stellte. Eine Erhöhung der Terminierungsgebühr von SCM als Reaktion auf die hohen Deltas, wie ebenfalls bereits in Randziffer 56 oben erläutert, erscheint jedoch unwahrscheinlich. Die Marktstellung von Orange und Sunrise hat sich daher auf den Terminierungsmärkten massgeblich verbessert. Die Beobachtung, wonach Sunrise und insbesondere Orange ihre jeweilige Terminierungsgebühr nicht sofort und nicht in gleichem Ausmass senkten wie vor ihnen SCM, ist ein weiterer Hinweis darauf, dass sich deren Marktposition wesentlich verstärkt hat.

65. Tele2 setzte ihre Terminierungsgebühr bei ihrem Eintritt in den MF-Markt leicht unter die Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise fest, reagierte jedoch bisher nicht auf die Preissenkungen ihrer Wettbewerber.

66. Die Analyse der Wettbewerbssituation der vier MFA hat gezeigt, dass aufgrund des Fehlens von Wettbewerbern und nach Prüfung der übrigen Umstände kein aktueller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der MFA Orange, Sunrise und SCM ausüben könnte. Dies ergibt sich aus der Würdigung von Kennzahlen der MFA und aus der Analyse der aktuellen Preisentwicklungen.

67. Die Kennzahlen von Tele2, die eingeschränkte Infrastruktur und sehr enge Zusammenarbeit mit Sunrise aufgrund des nationalen Roaming-Abkommens liefern Anhaltspunkte, dass die Marktstellung von Tele2 anders zu beurteilen ist.

B.2.2 Potenzieller Wettbewerb

68. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der vier MFA und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob die MFA durch in naher Zukunft mögliche Marktzutritte diszipliniert werden.

⁴³ Verfügung der ComCom vom 29. April 1999.

⁴⁴ Verfügung der ComCom vom 3. April 2001. Aus formellen Gründen aufgehoben durch das Urteil 2A.206/2001 des Bundesgerichts vom 24. Juli 2001.

⁴⁵ Pressemitteilung von SCM vom 3. Mai 2005, zu finden unter www.swisscom.ch unter Media.

69. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und sie gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen, grösseren Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen können.

70. Im vorliegenden Fall sind erhebliche rechtliche, technische und wirtschaftliche Marktzutrittsschranken vorhanden. Ein neuer MFA muss eine MF-Konzession erhalten, was kaum möglich ist, da nicht genügend Frequenzen vorhanden sind für ein weiteres schweizweites MF-Netz. Technisch gesehen ist es nicht möglich, dass in den Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste die Terminierung von einem anderen FDA als dem entsprechenden MFA angeboten werden kann. Ferner sprechen ebenfalls die hohen Anfangsinvestitionen, Grössenvorteile und die hochentwickelten Vertriebs- und Verkaufnetze der etablierten Anbieter für hohe wirtschaftliche Marktzutrittsschranken.

71. Im Übrigen würde ein neuer MFA in der Schweiz lediglich dazu führen, dass ein weiterer Wholesale-Markt hinzukäme, in welchem der neue MFA einen Marktanteil von 100% hätte. Die anderen vorhandenen FDA müssten bei dem neuen MFA die Terminierung in dessen Netz ebenfalls einkaufen - selbst dann, wenn dieser neue MFA nur über wenige Kunden verfügte. Eine disziplinierende Wirkung auf die Wholesale-Märkte der anderen MFA wäre von einem neuen MFA jedoch nicht zu erwarten.

72. Daher ist festzuhalten, dass kein potenzieller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der vier MFA Orange, Sunrise, SCM oder Tele2 ausüben könnte.

B.2.3 Einfluss der Marktgegenseite

73. Für die Beurteilung der Marktstellung ist die Marktgegenseite einzubeziehen⁴⁶. Zeichnet sich die Marktgegenseite durch eine besondere Professionalität und Sachkunde aus, so ist sie eventuell in der Lage, ein Gegengewicht zu einer möglichen Marktmacht eines MFA zu erzeugen (ausgleichende Nachfragekraft)⁴⁷. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der Einfluss der Marktgegenseite in den vier definierten Wholesale-Märkten unterschiedlich auswirken kann. Dies liegt vor allem daran, weil die vier Marktgegenseiten der vier MFA sehr unterschiedlich zusammengesetzt sind.

74. Vorliegend kann die Marktgegenseite nicht mit einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen, da jeder FDA in der Schweiz zur Interoperabilität verpflichtet ist (Art. 11 Abs. 2 FMG). Die Marktgegenseite hat jedoch die Möglichkeit, eine Preisdifferenzierung vorzunehmen, welche sich gegen bestimmte MFA mit hohen Terminierungsgebühren richtet. Anrufe, welche auf das MF-Netz eines solchen MFA eingehen, werden dann wesentlich teurer angeboten, als Anrufe

in alle anderen MF-Netze. Zusätzlich kann der Endkunde durch einen Warnton auf die höheren Preise aufmerksam gemacht werden. Dadurch wird der Endkunde, sobald er eine Nummer des entsprechenden MFA anrufen will, tendenziell weniger oder weniger lange telefonieren als bei den anderen MF-Netzen.

75. Durch diese Massnahmen kann das MF-Netz eines kleinen MFA mit einer hohen Terminierungsgebühr von der Marktgegenseite unattraktiv gemacht werden. Ein kleiner MFA mit einer hohen Terminierungsgebühr würde so einen empfindlichen Rückgang der Anzahl Anrufe und Minuten und damit des Umsatzes erleiden, was zusätzlich in preislicher Hinsicht zu einem Imageproblem führen könnte. Die Marktgegenseite ist daher in der Lage, einen erheblichen Druck auf die Terminierungsgebühren einzelner Anbieter auszuüben, wenn sie sich durch eine besondere Professionalität und Sachkunde auszeichnet und nur aus wenigen grossen Abnehmern besteht. Dies kann insbesondere im Bereich Mobilfunk der Fall sein. Nachfolgend werden die verschiedenen Marktgegenseiten der vier MFA diesbezüglich geprüft.

76. Die Marktgegenseiten der vier MFA, beginnend mit SCM, setzen sich unterschiedlich zusammen. So werden etwa [40%-60%] (ca. [0 Mio.-300 Mio.] Minuten pro Monat) aller terminierter Minuten auf dem Netz von SCM bei SCM selber originiert und weitere [20%-40%] (ca. [0 Mio.-100 Mio.] Minuten pro Monat) stammen von Swisscom Fixnet. Damit stammen ca. [40%-60%] aller auf dem Netz von SCM terminierten Minuten von Gruppengesellschaften von Swisscom. Die von Swisscom unabhängigen Minuten betragen daher lediglich [20%-40%] (ca. [0 Mio.-300 Mio.] Minuten pro Monat), wobei ca. [10%-20%] davon (ca. [0 Mio.-100 Mio.] Minuten pro Monat) bei den anderen MFA originiert werden. Die verbleibenden ca. [20%-40%] stammen von einigen Festnetzbetreibern und aus dem Ausland. Die Nachfrage nach Terminierungsleistungen von SCM, welche nicht zur Swisscom-Gruppe gehört, besteht aus einer Vielzahl von FDA, wobei die beiden grössten unabhängigen FDA mit jeweils etwa [1%-15%] die beiden Wettbewerber Orange und Sunrise sind.

77. Die von der Swisscom-Gruppe unabhängige Marktgegenseite ist einerseits zu klein und andererseits zu zersplittert, um einen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten von SCM geltend machen zu können. Dies deutet auf eine starke Stellung von SCM hin.

78. Bei Orange und Sunrise beträgt der on-net-Verkehr lediglich etwa [10%-30%] (ca. [20 Mio.-40 Mio.] beziehungsweise [20 Mio.-40 Mio.] Minuten pro Monat), während ca. [40%-60%] ([40 Mio.-60 Mio.] beziehungsweise [40 Mio.-60 Mio.] Minuten pro Monat) des gesamten terminierten Verkehrs bei Swisscom originiert wird.

⁴⁶ RPW 2004/2, S. 407 bzw. RPW 2005/3, S. 505.

⁴⁷ CHRISTIAN KOENIG/INGO VOGELANG/KAY WINKLER (Fn. 27), S. 1 ff., S. 13.

79. Die Marktgegenseiten, welche die Terminierung von Orange und Sunrise nachfragen, bestehen zu einem grossen Teil aus Gruppengesellschaften der Swisscom. Es ist daher denkbar, dass Swisscom einen gewissen disziplinierenden Einfluss auf deren Verhalten ausüben vermag. So kosten Anrufe, welche innerhalb der Swisscom, insbesondere auf das MF-Netz von SCM getätigt werden, deutlich weniger als solche, welche auf den MF-Netzen der anderen MFA terminiert werden (vgl. Rz. 102 unten). Ob diese Preisunterschiede ausreichen, um das Verhalten von Orange und Sunrise zu disziplinieren ist jedoch eher unwahrscheinlich. Wegen der deutlichen Erhöhung des Deltas auf 50% bezahlt SCM ihren beiden Wettbewerbern Orange und Sunrise, wie nachstehend gezeigt wird, hohe Beträge (vgl. Rz. 63 oben).

80. Im Juni 2006 wurden ca. [20 Mio.-40 Mio.] Minuten von SCM bei Orange terminiert, während in umgekehrter Richtung ca. [20 Mio.-40 Mio.] Minuten terminiert wurden. Aufgrund der unterschiedlichen Terminierungsgebühren, 20 Rappen pro Minute (SCM) im Vergleich zu 29,95 Rappen pro Minute (Orange und Sunrise) beziehungsweise aufgrund des hohen Deltas von 9,95 Rappen pro Minute, bezahlte SCM netto etwa CHF [0 Mio.- 20 Mio.] an Orange, allein für den Monat Juni 2006. Die Zahlen für Sunrise befinden sich in einer vergleichbaren Grössenordnung. SCM hat daher ein grosses Interesse an einem tieferen Delta. Offenbar gelang es ihr jedoch nicht, ihren Einfluss als Abnehmer von Terminierungsleistungen von Orange und Sunrise geltend zu machen. Orange und Sunrise waren daher in der Lage ihre Situation, die entstanden war durch die Preissenkung von SCM am 1. Juni 2005, von ihrem Wettbewerber SCM substantielle Erträge zu erzielen, ohne dass SCM etwas entgegenzusetzen konnte. Dafür spricht auch, dass SCM Interkonnectionsgesuche zur Regulierung der Terminierungsgebühren von Orange, Sunrise und Tele2 bei der ComCom stellte. Dies ist ein Anhaltspunkt, wonach Orange und Sunrise ebenfalls über Verhaltensspielräume verfügen.

81. Die entsprechenden Werte bei Tele2 sind nicht verfügbar, jedoch können Schätzungen aufgrund der Zahlen vom August 2006 erstellt werden. Bei Tele2 ist zu berücksichtigen, dass ca. [70%-100%] aller Minuten, welche auf einem Tele2-Mobiltelefon terminiert werden, nicht über die Antennen von Tele2, sondern diejenigen von Sunrise terminiert werden. Dies liegt daran, dass Tele2 bisher nur über ein Citynetz in Zürich verfügt und für die Abdeckung der restlichen Schweiz ein nationales Roaming-Abkommen mit Sunrise abgeschlossen hat. Die Terminierungsgebühr von 36.5 Rappen gilt jedoch nur, wenn die Anrufe auf den Antennen von Tele2 terminiert werden.

82. Wenn nur der Verkehr, der über Tele2-Antennen terminiert wird, berücksichtigt wird, sind aufgrund der Schätzung ca. [0%-20%] (ca. [0 Mio.-5 Mio.] Minuten pro Monat) reiner on-net-Verkehr. Werden die Minuten, welche über Sunrise-Antennen terminiert werden, mitgerechnet, so beträgt der reine on-net-Verkehr lediglich [0%-10%]. Über [70%-100%] der Anrufe sind daher von der Marktgegenseite her

kommend, wobei neben den Minuten, welche von Swisscom stammen, hier insbesondere auch das nationale Roaming-Abkommen mit Sunrise von Bedeutung ist.

83. Die Marktgegenseite von Tele2 könnte daher einen disziplinierenden Einfluss haben, weil sie sich aus grossen Blöcken zusammensetzt und durch besondere Professionalität und Sachkunde ausgezeichnet. Wenn - wie im Fall von Tele2 - über 99% der Anrufe in fremden Fest- oder MF-Netzen originiert wird, ist dies ein gewichtiger Faktor, welcher auf die Höhe der Terminierungsgebühr einen disziplinierenden Einfluss ausübt.

84. Zwischen den Terminierungsgebühren von SCM und Tele2 besteht zwar ebenfalls ein hohes Delta. Die effektiven Zahlungen betragen jedoch weniger als CHF [0 Mio.-2 Mio.] pro Monat⁴⁸ und sind damit im Vergleich mit den monatlichen Zahlungen von ca. CHF [0 Mio.-20 Mio.], welche SCM an Orange und Sunrise bezahlt, als gering zu einstufen. Es besteht daher von Seiten der SCM ein wesentlich geringeres Interesse an einer Disziplinierung der Terminierungsgebühr von Tele2.

85. Es ist jedoch davon auszugehen, dass, falls die Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise in eine ähnliche Grössenordnung von SCM zu liegen kämen - sei es durch behördlichen Druck oder aufgrund einer Verhandlungslösung mit SCM - Tele2 ihre Terminierungsgebühr von 36,5 Rappen kaum aufrechterhalten könnte. Dann wären Anrufe sowohl vom Festnetz wie auch von den anderen MF-Netzen auf die Mobiltelefone von Tele2 wesentlich teurer als in alle anderen MF-Netze. Dies könnte einen erheblichen Druck auf die Terminierungsgebühr von Tele2 ausüben, da sich das Angebot von Tele2 insbesondere auch an preisbewusste Kunden richtet. Dies ist ein Anhaltspunkt dafür, dass die Marktgegenseite von Tele2 über eine genügende ausgleichende Gegenmacht verfügt, um das Verhalten von Tele2 auf ihrem Wholesale-Markt zu disziplinieren.

B.2.4 Einfluss des nachgelagerten Marktes

86. In diesem Kapitel ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Retail-Markt disziplinierende Einflüsse auf die oben definierten Wholesale-Märkte ausüben vermögen⁴⁹. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Einflüsse in den vier definierten Wholesale-Märkten unterschiedlich auswirken können. Diese Analyse ist angezeigt, da jede Minute, welche im Wholesale-Markt terminiert wird, von einem Endkunden und damit auf der Retail-Ebene ausgelöst wird. Wenn folglich ein MFA im Retail-Markt schwach ist, so kann er sich im Wholesale-Markt unter Umständen nicht unabhängig verhalten. Nachfolgend wird ein Überblick über den nachgelagerten Retail-Markt gegeben. Dabei wird das Gewicht auf jene Faktoren gelegt, welche in einem engen Zusammenhang mit den Wholesale-Märkten stehen.

⁴⁸ Schätzung aufgrund der Zahlen vom August 2006.

⁴⁹ RPW 2004/2, S. 407 bzw. RPW 2005/3, S. 505.

87. In Abbildung B-2 werden für die Zeit von September 1999 bis Juni 2006 sämtliche Minuten dargestellt, welche auf den vier MF-Netzen der Schweiz terminiert wurden⁵⁰. Dabei wurden die on-net-Minuten jedes MFA miteinberechnet. Bei der Analyse von Terminierungsmärkten sind sowohl beim Fest- als auch beim MF-Netz zum einen die Gespräche innerhalb des unternehmenseigenen Netzes (on-net-Minuten) und zum anderen die eingehenden Gespräche aus sämtlichen anderen Fest- und MF-Netzen im In- und Ausland zu berücksichtigen⁵¹.

88. Wie bereits im Kapitel "Aktueller Wettbewerb" (Rz. 52 oben) aufgezeigt wurde, sind die vier MFA in drei unterschiedlichen Positionen anzusiedeln: Die Stärkste Position hat SCM, in der Mitte sind die Positionen von Orange und Sunrise anzusiedeln und klar am schwächsten ist die Position von Tele2 zu werten.

Abbildung B-2: Anzahl der in die MF-Netze eingehenden (terminierten) Minuten von September 1999 bis Juni 2006.

[ganze Grafik Geschäftsgeheimnis]

89. Der Endkundenmarkt wird nach wie vor von SCM dominiert. Die hohen terminierten Minutenzahlen wirken sich auch auf die Kostenstrukturen aus. Weil die MFA Orange, Sunrise und SCM je über eine Abdeckung von über 99% der bewohnten Gebiete verfügen, SCM jedoch dreimal mehr Minuten terminiert, als Orange oder Sunrise, ist davon auszugehen, dass SCM in den Genuss von erheblichen Skaleneffekten gelangt.

90. Die Anzahl Minuten nimmt in Abbildung B-2 auch bei Orange und Sunrise kontinuierlich zu, wenn auch die Marktanteile über die letzten Jahre mehr oder

weniger stabil blieben (ersichtlich aus Rz. 94 unten). Daher kommen auch Orange und Sunrise vermehrt in den Genuss von Skaleneffekten, jedoch auf einem wesentlich tieferen Niveau als SCM. Orange und Sunrise können sich mit [20%-40%] der terminierten Minuten im Vergleich zu SCM im Markt behaupten.

91. Die Werte von Tele2 sind so klein, dass sie in der Grafik lediglich als Null in Erscheinung treten. Dies zeigt, dass sich Tele2 in der Startphase befindet.

92. Aus der Anzahl Minuten, welche auf den MF-Netzen terminiert wurden, lässt sich ein Retail-Marktanteil errechnen, da im Schnitt jeder terminierten Minute eine originierte Minute gegenübersteht. Retail-Marktanteile können im Mobilfunk auf verschiedene Arten ausgerechnet werden: Auf Basis der Anzahl MF-Kunden (Prepay und Abonnenten), der Anzahl telefonierten Minuten (eingehende oder ausgehende), der Anzahl Anrufe (eingehende oder ausgehende), oder anstelle der Anzahl auf Basis der jeweils zugrunde liegenden Umsätze.

93. Die Retail-Marktanteile der MFA auf Basis der Anzahl jeweils terminierter Minuten zu berechnen, ist sinnvoll, da vorliegend die Terminierungsmärkte analysiert werden. Die Anzahl terminierter Minuten aller MFA stellt die Kräfteverhältnisse unter den vier MFA dar. Die daraus errechneten Retail-Marktanteile sind in Tabelle B-2 dargestellt. Ebenfalls dargestellt wurde die Anzahl terminierter Minuten, auf Basis derer die Marktanteile berechnet wurden, die Terminierungsgebühren und die daraus errechneten Einnahmen. Dazu wurde die Anzahl Minuten ohne den on-net-Verkehr mit der jeweiligen Terminierungsgebühr multipliziert. Alle Angaben beziehen sich auf den Monat Juni 2006⁵².

Tabelle B-2: Retail-Marktanteile aufgrund der Anzahl in die MF-Netze eingegangenen (terminierten) Minuten im Juni 2006

	<i>SCM</i>	<i>Orange</i>	<i>Sunrise</i>	<i>Tele2</i>
<i>Marktanteil</i>	[ca. 60%]	[ca. 20%]	[ca. 20%]	[< 1%]
<i>Terminierte Minuten</i>	[0 Mio.-500 Mio.]	[0Mio.-200 Mio.]	[0 Mio.-200 Mio.]	[0 Mio.-20 Mio.]
<i>Ohne on-net-Verkehr</i>	[0 Mio.-300 Mio.]	[0 Mio.-100 Mio.]	[0 Mio.-100 Mio.]	[0 Mio.-10 Mio.]
<i>Terminierungsgebühr</i>	20.-	29.95	29.95	36.5
<i>Einnahmen</i>	[0 Mio.-100 Mio.]	[0 Mio.-50 Mio.]	[0 Mio.-50 Mio.]	[0 Mio.-5 Mio.]

⁵⁰ Dies geht aus den Antworten der MFA der Frage 7 des Fragebogens vom 7. Juli 2006 IC-Verfahren Mobilfunk hervor. Sämtliche Angaben sind Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen MFA.

⁵¹ Leitlinien (Fn. 30), Fn. 84.

⁵² Sämtliche Angaben mit Ausnahme der Terminierungsgebühren sind Geschäftsgeheimnisse der jeweiligen MFA.

94. Die Retail-Marktanteile, welche sich auf Juni 2006 beziehen, entsprechen ungefähr den Werten, welche ebenfalls vom BAKOM publiziert wurden. Das BAKOM berechnet die Retail-Marktanteile anhand der Anzahl MF-Abonnenten⁵³. In Tabelle B-2 werden nur die eingehenden Minuten gewertet, welche auch tatsächlich realisiert wurden, während MF-Abonnenten, welche gar nie telefonierten, nicht enthalten sind. In der Fernmeldestatistik vom BAKOM haben Orange und Sunrise für das Jahr 2005 je etwas über 18% Marktanteil, SCM 62,5% und Tele2 ist noch gar nicht erfasst. Die Retail-Marktanteile blieben seit etwa dem Jahr 2001 mehr oder weniger stabil, obwohl in Abbildung B-2 (vorherige Seite) ein kontinuierliches Wachstum von Orange, Sunrise und SCM bis Juni 2006 klar zu erkennen ist. Das Wachstum veränderte jedoch die Marktanteilsstruktur im MF-Markt nur unwesentlich.

95. Bei den Einnahmen machen sich bei SCM die unterschiedlich hohen Terminierungsgebühren bemerkbar. So sind die Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft für SCM nicht, wie aufgrund der Marktanteile zu erwarten wäre, dreimal höher als bei Orange und Sunrise, sondern lediglich etwas weniger als etwa doppelt so hoch.

96. Zu Tele2 ist zu bemerken, dass sie ein Jahr nach Lancierung eines entsprechenden MF-Angebotes noch über eine sehr geringe Kundenbasis verfügt und mit insgesamt ca. [0 Mio.-20 Mio.] terminierten Minuten lediglich einen Marktanteil von ca. [0%-1%] aufweist.

97. Die Einnahmen von Tele2 durch das Terminierungsgeschäft fallen deshalb ausgesprochen gering aus. Trotz einer Terminierungsgebühr, welche leicht über den Werten von Orange und Sunrise liegt, hat Tele2 monatliche Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft von ca. CHF [0 Mio.-2 Mio.], während die Einnahmen bei den anderen MFA über ca. [...] mehr betragen. Ferner besteht für Tele2 auch noch keine Möglichkeit für so genannt Inbound-Roaming. Das heisst, wenn Kunden ausländischer MFA sich in der Schweiz aufhalten, können diese das Netz der Tele2 nicht benutzen. Damit muss Tele2 im Verhältnis zu den anderen MFA auch im Bereich "International Roaming" auf substantielle Einnahmen verzichten.

98. Die Marktstellung von Tele2 im Retail-Markt ist daher als schwach zu bezeichnen. Die Marktstellung von Orange, Sunrise und insbesondere SCM ist durch konstante Marktanteile und stabile Einnahmen gekennzeichnet.

99. In Abbildung B-3 sind sämtliche Minuten dargestellt, welche innerhalb der vier MFA telefoniert werden. Dabei wird jede Minute zweimal aufgeführt, da dieselbe Minute zum Beispiel einmal bei "SCM in" und gleichzeitig bei "Orange out" aufgeführt wird. Alle Minuten zusammen bilden in der Grafik 100%.

100. Abbildung B-3 zeigt, dass [30%-60%] aller MF-Minuten insgesamt dem on-net-Verkehr von SCM zuzuordnen sind. Die [40%-70%] aller terminierten MF-Minuten betreffen den Verkehr der anderen MFA Orange, Sunrise und Tele2. Weiter wird deutlich, dass die Minuten, welche nicht SCM betreffen, also nur die Minuten von Orange, Sunrise und Tele2 zusammen,

weniger als [0%-30%] des gesamten MF-Verkehrs ausmachen. Folglich führen über [70%-100%] des reinen MF-Verkehrs in irgendeiner Form über das Netz von SCM: entweder er wird bei SCM originiert, terminiert oder beides.

101. Zu erwähnen ist ebenfalls die Position von Tele2: Da die Werte [...] weniger als [0%-1%] ausmachen, sind sämtliche Zahlen von Tele2 so klein, dass sie in der Grafik lediglich als Null in Erscheinung treten.

Abbildung B-3: Die terminierten Minuten, welche in der Zeit vom Juli 2002 bis Juni 2006 lediglich innerhalb der vier MFA gegenseitig terminiert wurden

[ganze Grafik Geschäftsgeheimnis]

102. Aus der Betrachtung des reinen MF-Verkehrs ohne Berücksichtigung des Festnetzes und des Auslandes werden erneut die drei Positionen, in welchen sich die MFA befinden deutlich: Auf der einen Seite die überragende Marktposition von SCM, auf der anderen Seite die klar schwache Stellung von Tele2 und dazwischenliegend die Positionen von Orange und Sunrise, welche sich im MF-Markt behaupten können. Diese Folgerung bestätigt die bisherigen Analysen aus den Randziffer 52 und 90 oben.

103. Eine Betrachtung der Endkundenpreise im Zusammenhang mit den Retail-Marktanteilen zeigt auf, dass MFA mit kleinen Marktanteilen über Struktur Nachteile verfügen. Dies begründet sich durch die on-net/off-net-Preisdifferenzierung, welche insbesondere von SCM praktiziert wird. In Tabelle B-3 wurde aufgrund von ungefähren und gerundeten Marktanteilen der MFA SCM, Orange beziehungsweise Sunrise und Tele2 ein Preisbeispiel berechnet. Die Preise von on-net 25 und off-net 79 Rappen pro Minute entsprechen den Normaltarifen des Business-Preisplans von SCM⁵⁴.

⁵³ Fernmeldestatistik 2004, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, zu finden unter www.bakom.ch.

⁵⁴ Sämtliche Preispläne gehen aus den Antworten auf Frage 9 des Fragebogens vom 7. Juli 2006 IC-Verfahren Mobilfunk hervor.

Tabelle B-3: on-net/off-net Preisanalyse bei einem Geschäftskunden, welcher bei Preisen von 25 (on-net) bzw. 79 (off-net) Rappen pro Minute 100 Minuten pro Monat telefoniert

	<i>SCM</i>	<i>Orange/Sunrise</i>	<i>Tele2</i>
<i>Retail-Marktanteil</i>	60%	19%	1%
<i>Minuten on-net</i>	60	19	1
<i>Minuten off-net</i>	40	81	99
<i>on-net-Kosten</i>	CHF 15.00	CHF 4.75	CHF 0.25
<i>off-net-Kosten</i>	CHF 31.60	CHF 63.99	CHF 78.21
<i>Rechnung am Ende des Monats</i>	CHF 46.60	CHF 68.74	CHF 78.46

104. Will ein Geschäftskunde 100 Minuten pro Monat telefonieren und würden alle MFA einheitlich die genannten Preise verlangen, so erhielte der Geschäftskunde am Ende des Monats sehr unterschiedliche Rechnungen der verschiedenen MFA: Während bei SCM bei ca. 60% der Minuten der vergleichsweise günstige on-net-Tarif zur Anwendung gelangt, betragen seine Telefoniekosten dort CHF 46.60 am Ende des Monats. Entscheidet der Kunde sich jedoch mit Tele2 zu telefonieren, so gelangt in ca. 99% seiner Anrufe der vergleichsweise teurere off-net-Tarif zur Anwendung, weil der im Beispiel angenommene Marktanteil von Tele2 lediglich 1% beträgt. Der Geschäftskunde erhält daher am Ende des Monats von Tele2 eine Rechnung von CHF 78.46, obwohl bei Tele2 die gleichen Preise gelten wie bei SCM. Sämtliche Zahlen und Berechnungen wurden in Tabelle B-3 dargestellt, wobei für Orange und Sunrise Marktanteile von je 19% angenommenen wurden.

105. Damit die Anbieter Orange, Sunrise und Tele2 mit SCM wettbewerbsfähige Preispläne anbieten können, müssen diese ihre jeweiligen off-net-Preise deutlich tiefer ansetzen: Im Preisbeispiel in Tabelle B-3 müsste der Preis von Orange beziehungsweise Sunrise ca. 52 Rappen, derjenige von Tele2 ca. 47 Rappen pro Minute betragen, damit der Geschäftskunde am Ende des Monats von allen MFA die gleiche Rechnung von CHF 46.60 erhalten würde.

106. Der Strukturnachteil aufgrund der Marktanteile ist umso deutlicher, je grösser die Unterschiede der Marktanteile sind. So hat Tele2 den grössten Strukturnachteil, aber auch bei Orange und Sunrise ist daraus resultierend ein gewisser Preisdruck vorhanden. Er zwingt MFA mit kleinen Marktanteilen dazu, ihre Endkundenpreise tiefer anzusetzen als der etablierte Anbieter, um mit diesem preislich mithalten zu können.

107. Aus der Analyse der Endkundenpreise mit Bezug zu den jeweiligen Retail-Marktanteilen geht hervor, dass Orange und Sunrise gegenüber SCM über strukturelle Nachteile verfügen. Tele2 hingegen verfügt einerseits gegenüber SCM noch grössere strukturelle Nachteile, als Orange und Sunrise. Zusätzlich verfügt Tele2 jedoch auch gegenüber Orange und Sunrise

über strukturelle Nachteile. Um ein preislich attraktiveres MF-Angebot an mögliche Endkunden zu unterbreiten, muss Tele2 ihre Endkundenpreise auch gegenüber Orange und Sunrise noch einmal erheblich senken. Es ist davon auszugehen, dass die strukturellen Nachteile, welche durch die Preispläne etablierter MFA erzeugt werden, auf Tele2 einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten ihrem jeweiligen Wholesale-Markt haben.

B.2.5 Zusammenfassung

108. Die Kriterien zur Marktbeherrschung sind als einzelne Kriterien nur bedingt aussagefähig. Erst in einer Gesamtwürdigung der Kriterien, welche im Rahmen der aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie der Einflüsse der Marktgegenseiten und des nachgelagerten Marktes geprüft wurden, ergeben sie ein Bild, welches zu einer Beurteilung der Marktstellungen jedes MFA führt. Nachfolgend werden die einzelnen Kriterien für jeden MFA noch einmal zusammengefasst dargestellt und gewürdigt.

B.2.5.1 Marktstellung von SCM

109. Die Analyse der Marktstellung von SCM zeigt, dass SCM gegenüber ihren Wettbewerbern über grosse Vorteile verfügt. Zu erwähnen sind insbesondere die Kennzahlen aus Tabelle B-1, die Strukturvorteile aufgrund ihrer Grösse, welche sich auf die durchschnittlichen Kosten auswirkt, der grosse Marktanteil im Retail-Markt, den SCM seit 2001 halten konnte, die hohe Anzahl on-net-Minuten, welche bereits [40%-60%] aller terminierter Minuten des MF-Verkehrs ausmachen. Auf der anderen Seite ist die Marktgegenseite von SCM zersplittert und im Verhältnis zur konzerninternen Nachfrage relativ klein. Daher verfügt die Marktgegenseite über keine ausgleichende Marktmacht, um die Preissetzungsspielräume von SCM im Bereich der Terminierung einzuschränken.

110. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass SCM aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund der starken Stellung im Endkundenmarkt und wegen der schwachen Stellung der Marktgegenseite in der Lage ist, sich auf dem Markt für die Terminierung von Anrufen in ihr

MF-Netz von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. SCM ist daher als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

B.2.5.2 Marktstellung von Orange und Sunrise

111. Die Analyse der Marktstellung von Orange und Sunrise zeigt, dass sie bei sämtlichen geprüften Kriterien schwächer einzustufen sind als SCM. Sie verfügen jedoch über eine stabile Kundenbasis, können ihren Marktanteil von ca. 20% seit 2001 halten und sind in der Lage, Gewinne zu erzielen. Von Bedeutung für die Beurteilung der Marktstellung ist insbesondere, dass sie seit der Preissenkung von SCM am 1. Juni 2005 in der Lage sind, durch ein hohes Delta von SCM monatliche Zahlungen in Millionenhöhe zu erzielen.

112. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund ihres Verhaltens nach dem 1. Juni 2005 Orange und Sunrise ebenfalls in der Lage sind, sich auf dem Markt für die Terminierung von Anrufen in ihr jeweiliges MF-Netz von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Orange und Sunrise sind daher als marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

B.2.5.3 Marktstellung von Tele2

113. Die Analyse der Marktstellung von Tele2 zeigt, dass Tele2 gegenüber ihren Wettbewerbern über strukturelle Nachteile verfügt. Schon die Kennzahlen in Tabelle B-1 machen deutlich, dass Tele2 im Bereich Mobilfunk als sehr schwach einzustufen ist. Diese Gegebenheit wird verstärkt durch einen extrem geringen Retail-Marktanteil, durch die geringe Anzahl

terminierter Minuten und damit zusammenhängend eine schlechtere Netzauslastung als ihre Wettbewerber. Auch die geringen Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft und fehlende Roaming-Abkommen, wodurch Tele2 wesentliche Einnahmequellen entgehen, machen deutlich, dass sich Tele2 in der Startphase befindet. Das Business-Modell von Tele2 beruht ferner stark auf der Beziehung zu ihrem Wettbewerber und Roaming-Partner Sunrise. Die Marktgegenseite von Tele2 macht über [90-100%] der Anrufe, welche auf ihr Netz terminiert werden, aus, und verfügt daher über ausgleichende Marktmacht, um die Preissetzungsspielräume von Tele2 im Bereich der Terminierung massgeblich einzuschränken.

114. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass aufgrund der starken Marktgegenseite und der schwachen Stellung im nachgelagerten Retail-Markt nicht in der Lage ist, sich auf dem Markt für die Terminierung von Anrufen in ihr MF-Netz von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Tele2 ist daher nicht als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

C SCHLUSSFOLGERUNG

115. Orange, Sunrise und SCM sind betreffend deren eingehender Fernmeldedienste im Bereich Sprache (Terminierung von Anrufen in die jeweiligen MF-Netze) als marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

116. Tele2 ist betreffend seiner eingehenden Fernmeldedienste im Bereich Sprache (Terminierung von Anrufen in ihr MF-Netz) nicht als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
BB Bundesbeschluss
BBI Bundesblatt
BG Bundesgesetz
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer Bundesgericht
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN Bulletin officiel du Conseil national
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR Bundesrat
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV Bundesverfassung
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
CE Communauté Européenne
CE Conseil des Etats
CF Conseil fédéral
CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO Code des obligations
Cost. Costituzione federale
CPC Code (cantonal) de procédure civile
CPS Code pénal suisse
cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

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
LOTc Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait
LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i>	
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TA	Tribunal administratif
OGer	Obergericht	TApp	Tribunale d'Appello
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMC	Organisation mondiale du commerce	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OR	Obligationenrecht	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.CCSPr	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 687
- Abrede 593 f., 596, 601 f., 605 ff., 612, 616, 620, 657, 660, 688, 691, 702, 719
- Acquiring 602 f., 605 ff., 609, 612, 614, 618 ff.
- Anhörung 630, 650, 661, 722, 727
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 602 f., 612 f., 615, 618 ff.
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 731, 733 f., 736
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 603 f., 609 ff., 617 ff.
- Domestic Interchange Fee 602
- E**
- Effizienzgründe 599, 601, 614, 620, 656
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung 715 f.
- einvernehmliche Regelung 605 f., 629 ff., 665, 667 f., 710, 712 ff.
- Erheblichkeit 596, 612
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 601 ff., 605, 607 ff., 613 f., 617 f., 620 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau -
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 594, 622, 637, 662, 672, 674, 677 ff., 706, 709, 727 f., 740
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster 606
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten 601, 605, 608 ff., 613 f., 617 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 617 f.
- L**
- legitimate business reasons 631, 641, 657
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 601, 606, 616, 618 ff., 622 ff., 631 f., 637, 640, 642, 658 f., 667, 673, 676, 679, 681, 683, 687, 693 f., 696, 699, 701 ff., 707, 710, 713 f., 717, 719 f., 727, 734, 736, 741, 744, 746
- Marktgegenseite 594 f., 610, 616 f., 619, 637 f., 639 ff., 673, 675, 679, 681, 683, 686 f., 694 ff., 702 f., 706, 709, 711, 713 f., 717 ff., 734, 739 ff., 743 f., 747 f., 751 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 683, 686, 697, 735
- Marktzutrittsschranken 598, 640, 699, 747
- Meldepflicht 622 ff., 660, 672, 679, 683, 639, 701, 705, 708 ff., 714 f.
- Missbrauch 608, 616, 619 f., 626, 631, 637, 640, 642, 644, 656 f., 660, 664, 702, 706, 711, 734 f.
- N**
- Netzwerk 606, 615, 618
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel 606
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 601, 613, 619, 640, 687, 695, 720, 739, 746 f., 751 f.
- Preisabrede (keine) 594, 605, 608 f., 614, 616, 620
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung 610, 615
- R**
- Rabatte 591, 596 f., 599, 699 f.
- Reduktion der Sanktion 666

<i>S</i>	<i>V</i>
Sanktionen 636, 658 ff., 668	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Senkung Herstellkosten -	Veröffentlichung 621
Submission -	Verschulden 660 f.
Submissionskartell -	Vierparteiensysteme 605
<i>T</i>	vorbehaltene Vorschriften 592, 601, 606, 626, 632, 634 f., 672, 683, 693, 706 f., 732
Tarife 591, 594, 599, 635	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tarifvertrag -	
Tierärzte/innen -	<i>W</i>
Transparenzmassnahmen -	Wettbewerb um den Markt -
<i>U</i>	<i>X</i>
Umstossung der Vermutung -	<i>Y</i>
Untersuchung 605, 609 ff., 613 ff., 617, 620 f., 625, 628 f., 631 f., 636, 659 ff., 665 ff., 671, 698 ff., 707 f., 712 ff., 718, 722, 728, 736, 740 f., 745	<i>Z</i>
unzulässige Wettbewerbsabrede 591, 593, 601, 606, 728	Zahlungsmittel 607, 610 f., 617, 619
	zweiseitige Märkte -