



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

2007/4

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 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.07/4)

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 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

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 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2007/4

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 2008

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	Bundesverwaltungsgericht
	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	

Systematique	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	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance 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	

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	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	Tribunale amministrativo federale
	B 4	Tribunale federale
	B 5	Consiglio federale
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

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. Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse	517
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA	526
	2. Barclays/ABN AMRO	544
	3. Rio Tinto plc/Alcan Inc	549
	4. Spontis SA/Beitritt der SIG	550
	5. Charterhouse Capital Limited/CVC Capital Partners Group (Luxembourg) Sàrl/per mira Holdings Limited/ the AA/Saga	556
	6. SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG	557
	7. Swisscom/Infonet Schweiz AG	601
	8. Tamedia AG/Espace Media Groupe	605
	9. Kontrollerwerb über die Jet Aviation Handling AG durch Dnata	630
	10. Infineon Technologies AG-Siemens AG: Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens	634
	11. The Royal Bank of Scotland Groupe plc./Sempra Energy	640
	12. BEKB/RBA	642
5.	Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni	
	1. Wiederholung von Verfahrenshandlungen	649
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission (WEKO)	653
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni	
	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden	675
	2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux	681
	3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza	686
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	692
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	693
	Index (deutsch, français e italiano)	695

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. Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse

Unzulässige Verhaltenweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecito; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 7. August 2007 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse wegen allenfalls unzulässiger Verhaltenweise gemäss Art. 7 KG

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand der Vorabklärung bildet die von armasuisse durchgeführte Beschaffung von 20 Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (nachfolgend: LTSH). Vorausgegangen war eine Anzeige von Agusta S.p.A. (nachfolgend: Agusta bzw. Anzeigerin), welche armasuisse ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) bei der Beschaffung der 20 LTSH der Firma Eurocopter vorwarf.

a) armasuisse ist das Beschaffungs- und Technologiezentrum des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (nachfolgend: VBS)

b) Agusta ist eine Herstellerin von zivilen und militärischen Helikoptern und wird zu 100% von der AgustaWestland gehalten.

c) Eurocopter ist eine 100%-ige Tochter der European Aeronautic Defence und Space Company EADS N.V. (EADS), einem Unternehmen in der Luft- und Raumfahrt, im Verteidigungsgeschäft und den dazugehörigen Dienstleistungen.

2. Der Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörde entzogen sind die Sachverhaltsfeststellungen und die Würdigung des Parlaments oder parlamentarischer Kommissionen wie etwa der Sicherheitskommission des Nationalrats (nachfolgend: SiK-NR), welche die Beschaffung

der LTSH untersucht hat (Rz 15, unten). Die Wettbewerbsbehörde kann sich nicht in den Rang einer politischen Aufsichtsbehörde erheben.

A.2 Verfahren

3. Am 11. November 2005 ging bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) seitens Agusta ein Gesuch um Eröffnung einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 ff. KG in Bezug auf die Verhaltensweisen von armasuisse ein. Agusta machte die nachfolgenden Mängel des Evaluationsverfahrens geltend und beantragte zur Klärung des Sachverhaltes eine Befragung der mit der vorliegenden Angelegenheit befassten Parlamentsmitglieder.

- Änderung der Gewichtung der Evaluationskriterien: Am Schluss des Evaluationsverfahrens habe man die Gewichtung der Anforderungen dahingehend verschoben, dass der Hauptakzent von einem Transport- auf einen Schulungshelikopter modifiziert worden sei;

- Der Eurocopter-Helikopter habe bereits vor dem Evaluationsverfahren als Referenzmodell gegolten: der EC635 sei von armasuisse intern als Referenzmodell bezeichnet worden, wodurch eine Vorselektion stattgefunden habe;

- Änderung der Bedarfsvorgaben: armasuisse beabsichtigte zusätzlich zu den Helikoptern einen Simulator bei Eurocopter zu bestellen. Agusta habe die Benützung eines Simulators angeboten. Jener Simulator, der nun von Eurocopter bestellt werde, sei einiges teurer als derjenige, den Agusta angeboten habe.

- Trotz explizit genannter Evaluationskriterien und sonstiger Bedingungen der Teilnahme an der Ausschreibung habe armasuisse diese zu Lasten von Agusta nicht angewandt.

4. Das Sekretariat der Weko (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 23. Februar 2006 eine Vorabklärung. Die wichtigsten Ermittlungshandlungen des Sekretariats waren namentlich die Folgenden:

- Mit Schreiben vom 21. November 2005 an Agusta forderte das Sekretariat weitere Unterlagen an.
 - Am 30. November 2005 wurde armasuisse über den Eingang der Anzeige orientiert und zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen.
 - Am 1. Dezember 2005 reichte Agusta beim Sekretariat diverse Dokumente ein.
 - Mit Schreiben vom 22. Dezember 2005 bestätigte Agusta die Aufrechterhaltung der Anzeige trotz Parlamentsentscheid zur Gewährung des Kredits für die Beschaffung von 20 LTSH.
 - armasuisse nahm am 16. Januar 2006 zum Gesuch der Agusta um Eröffnung eines Verfahrens Stellung. Im Wesentlichen bestritt armasuisse die von Seiten der Agusta geltend gemachten Mängel des Evaluationsverfahrens und verneinte das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.
 - Mit Eingabe vom 7. Februar 2006 äusserte sich Agusta insbesondere zur Anwendung der Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.
 - Agusta liess dem Sekretariat am 13. April 2006 ein Schreiben zukommen, in welchem sie sich zu den Antworten von Bundesrat Schmid auf die in der Fragestunde vom 14. März 2006 gestellten Fragen von Nationalrat Baumann äusserte.
 - Am 31. Mai 2006 führte das Sekretariat eine Akteneinsicht bei armasuisse durch.
 - Mit Schreiben vom 27. Juni 2006 äusserte sich Agusta zur Frage der Definition des relevanten Marktes sowie zur Teilrevision der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB).
 - Das Sekretariat liess der Anzeigerin am 10. Juli 2006 ein Antwortschreiben zukommen.
 - Das Sekretariat nahm während seiner Ermittlungen insbesondere, aber nicht ausschliesslich, in folgende Unterlagen Einsicht:
 - Anzeige vom 11. November 2005, inkl. Beilagen;
 - Schreiben Agusta vom 1. Dezember 2005, inkl. Beilagen;
 - Request for Best and Final Offer (nachfolgend: RfBFO) an beide Anbieter vom 10. Dezember 2004, inkl. Anhänge;
 - Offerten der beiden Anbieter vom 17. Januar 2005;
 - Dokument: Militärische Anforderungen für einen LTSH vom 28. Oktober 2004;
 - Militärisches Grundlegendokument für die Beschaffung eines LTSH vom 28. Oktober 2004;
 - Flugversuchs-Bericht Nr. 1832/1833 vom 17. Februar 2005;
 - Teilbericht Luftwaffe vom 17. Februar 2005;
 - Management System armasuisse (Checklisten, Prozessabläufe, etc.);
 - Planungshandbuch;
 - Detaildebi im bereinigten Entwurf vom 12. September 2003;
 - Protokoll des Gesprächs zwischen der Sicherheitspolitischen Kommission (nachfolgend: SiK-NR) sowie Weber Jürg, armasuisse, vom 15. November 2005;
 - Fragen- und Antwortkatalog der SiK-NR vom 13. November 2005;
 - Fragen- und Antwortkatalog vom 8. November 2005;
 - Beratungen im Erstrat betreffend Rüstungsprogramm 2005 (Amtliches Bulletin, Herbstsession 2005, Dreizehnte und Vierzehnte Sitzung).
 - Die Vertreter von armasuisse wurden am 12. Juli 2006 angehört. Das Sekretariat stellte insbesondere Fragen betreffend Preisvergleich, Prüfung der Flugtauglichkeit in Emmen, Nachverhandlungen, militärisches Pflichtenheft und den zu erwartenden Kosten.
 - Im Laufe der Ermittlungen wurden auch Mitglieder des Parlaments zum Sachverhalt angehört.
 - Obschon im Rahmen einer Vorabklärung weder ein Akteneinsichtsrecht noch ein Recht auf Stellungnahme besteht, wurde der Entwurf des Schlussberichtes sowohl armasuisse als auch Agusta zugestellt.
 - armasuisse nahm am 14. Januar 2007 Stellung zum Entwurf des Schlussberichtes.
 - Mit Schreiben vom 3. Mai 2007 nahm Agusta Stellung zum Entwurf des Schlussberichtes.
5. Die vorgenannten Ermittlungen des Sekretariats zeigen folgende Chronologie der Ereignisse, wobei zwischen Beschaffungs- und politischem Entscheidungsverfahren unterschieden werden kann.
- A.2.1 Beschaffungsverfahren**
6. Am 9. November 2004 lud armasuisse Agusta sowie Eurocopter je zu einer Planungssitzung ein. Die Planungssitzung mit Eurocopter fand am 19. November 2004 statt.
7. Am 23. November 2004 fand ein Treffen zwischen Vertretern von Agusta und des italienischen Verteidigungsministeriums einerseits und Repräsentanten von armasuisse und der schweizerischen Luftwaffe sowie schweizerischen Industrievertretern andererseits statt. Anlass war die Präsentation von verschiedenen Varianten des A109-Helikopters.
8. Agusta und Eurocopter wurden am 10. Dezember 2004 zur Offertstellung über 20 LTSH eingeladen (RfBFO).
9. Vom 3.-7. Januar 2005 führten armasuisse und Luftwaffe gemeinsam in Emmen eine technische/operationelle Erprobung der Helikopter von Eurocopter und vom 10. – 14. Januar 2005 eine entsprechende Erprobung der Helikopter von Agusta durch. Die Flugerprobung des Helikopters von Eurocopter fand mit der zivilen Version EC135 statt, diejenige von Agusta mit der offerierten A109 LUH. Die durchgeführte Erprobung zeigte, dass beide Helikoptertypen die militärischen Anforderungen weitgehend erfüllten.

10. Beide Parteien reichten am 17. Januar 2005 ihre Best and Final Offers ein. Agusta offerierte 20 Helikopter des militärischen Typs A109 LUH. Eurocopter bot ihrerseits zwei Helikopter des zivilen Typs EC135 und 18 Helikopter des militärischen Typs EC635 an.

11. Anlässlich einer Besprechung vom 19. Februar 2005 wurden die Verantwortlichen (der Chef der Armee, Chef Planungsstab Armee, Kommandant der Luftwaffe, der Rüstungschef) über die Evaluation informiert. Der Typenentscheid fiel zu Gunsten der EC635/135 von Eurocopter aus. Agusta wurde am gleichen Tag telefonisch über den Ausgang des Evaluationsverfahrens orientiert.

12. Mit Schreiben vom 21. Februar 2005 wurde Agusta der Typenentscheid schriftlich mitgeteilt. Das Debriefing mit Agusta fand am 27. April 2005 in Bern statt.

A.2.2 Politisches Entscheidungsverfahren

13. Am 25. Mai 2005 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zum Rüstungsprogramm 2005.

14. Der entsprechende Verpflichtungskredit wurde am 5. Oktober 2005 auf Antrag der SVP-Fraktion blockiert. Die SiK-NR erteilte in der Folge einer Subkommission den Auftrag, die anlässlich der Debatte aufgetretenen "offenen Fragen" zu klären.

15. Die SiK-NR bearbeitete fünf Fragenkomplexe, namentlich Flugtauglichkeit des EC635, sog. "Referenzmodell EC635", einen allfälligen Konzeptwechsel, die Transportleistung sowie die Gleichbehandlung der beiden Anbieter und Mängel im Verfahren. Die SiK-NR führte in ihrem Bericht vom 24. November 2005 u.a. aus, dass

- der von Seiten der Armee verwendete Begriff des "Referenzmodells EC635" das Evaluationsverfahren nicht beeinflusst habe und von armasuisse nie verwendet wurde (vgl. Rz. 44a);
- ein Konzeptwechsel nicht stattgefunden habe (vgl. Rz. 44b);
- die beiden Anbieter während des Evaluationsverfahrens gleich behandelt wurden (vgl. u.a. Rz. 44d);
- die Evaluation korrekt und transparent verlaufen sei (vgl. u.a. Rz. 44d)¹.

16. Gestützt auf die Ergebnisse ihrer Untersuchung beantragte die SiK-NR am 24. November 2005 unter der Auflage, dass der beantragte Kredit auch die Kosten für die Modernisierung oder Neubeschaffung des Simulators für den Helikopter TH 89 Super Puma decken werde, die Freigabe des gesperrten Kredites in Höhe von CHF 310 Millionen für die Beschaffung der LTSH.

17. Am 12. Dezember 2005 erging der entsprechende Bundesbeschluss (BBI 2006 343).

18. Am 25. April 2006 unterzeichneten armasuisse und Eurocopter einen Werkvertrag über 18 EC635 sowie zwei VIP-Helikopter EC135. Die Auslieferung der Helikopter ist für die Jahre 2008/2009 vorgesehen.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

19. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (Art. 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). Es wurde ein funktionaler Unternehmensbegriff verankert, um insbesondere rechtlich und organisatorisch nicht verselbständigte Verwaltungsstellen des Bundes kartellgesetzlich zu erfassen, wenn sie am Wirtschaftsprozess teilnehmen (siehe ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Rz. 253 f., KRAUSKOPF/HENCKEL, in: sic! 11/2006, S. 744 ff., SCHALLER/TAGMANN, in: AJP 2004, S. 706). Vorausgesetzt ist, dass die fragliche Verwaltungseinheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit eine unternehmerische Tätigkeit ausübt. Nur im Zusammenhang mit solchen Tätigkeiten erfolgte Wettbewerbsbeschränkungen werden kartellrechtlich erfasst. Begriffswesentlich ist, dass das in Frage stehende Unternehmen etwa Güter oder Dienstleistungen einer nachgelagerten Marktstufe anbietet oder von einer vorgelagerten Marktstufe nachfragt.

20. armasuisse ist rechtlich nicht verselbständigt, sondern in die Organisation des Bundesamtes für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) eingebettet (Art. 13 der Organisationsverordnung vom 7. März 2003 für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport, SR 172.214.1; OV-VBS). Als Zentrum für militärische und zivile Systeme stellt armasuisse – entsprechend den politischen Vorgaben – eine zeitgerechte Versorgung der Armee, des Departements und Dritter, i.e. Kantone und Gemeinden, Polizeikorps, halbstaatliche sowie internationale Institutionen und die Privatwirtschaft, mit Produkten und Dienstleistungen in den Bereichen Waffensysteme, Informatiksysteme, Material und Bauten sicher (Art. 12 Abs. 1 OV-VBS). Die armasuisse erbringt ihre Leistungen, darunter auch die Beschaffung von Kriegsmaterial, zur Deckung der Bedürfnisse ihrer Auftraggeber und diverser Kunden.

21. Die wirtschaftliche Tätigkeit von armasuisse besteht in der Nachfrage von wirtschaftlichen Gütern am Markt. armasuisse ist im vorliegenden Zusammenhang somit als Unternehmen im Sinne des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu bezeichnen, und zwar unabhängig von der konkreten Rechts- oder Organisationsform und unabhängig von einer generellen Weisungsgebundenheit im Rahmen der politischen/militärischen Gesamtplanung bzw. der Finanzführung des VBS. Es widerspräche der ratio legis von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, wenn das Verbleiben der strategischen Gesamtverantwortung sowie der generellen Weisungsbefugnis beim VBS zu einer Verneinung der Unternehmensqualität von armasuisse führen würde.

22. Anzufügen bleibt ein Zweifaches:

a) In ihrer Stellungnahme vom 16. Januar 2006 machte armasuisse geltend, dass sie die LTSH für den Eigen-

¹ Bericht der SiK-NR vom 24. November 2005, abrufbar unter: www.parlament.ch/ed-pa-berichte-parlament-sik-05-044.pdf (zuletzt abgerufen am 3. August 2007)

gebrauch der Schweizerischen Eidgenossenschaft beschaffe, welche diese für die Landesverteidigung und damit für eine zentrale öffentliche Funktion benötige. *armasuisse* habe sich nicht am Wirtschaftsprozess beteiligt und könne somit nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG qualifiziert werden.

Der Einwand, *armasuisse* habe die fraglichen LTSH zum „Eigengebrauch der Eidgenossenschaft“ gekauft und erfülle deshalb den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes nicht, stösst indes ins Leere.

- Die Hubschrauber sollen nach ihrer Einführung verschiedenen Funktionen dienen, darunter nicht nur der Landesverteidigung, sondern u.a. auch entgeltlichen Schulungskoperationen, dem Einsatz im Ausland und bei internationalen Organisationen.

- Auf Eigengebrauch könnte sich, wenn überhaupt, nur das in Frage stehende Unternehmen berufen. Im vorliegenden Fall bestellt *armasuisse* aber für einen Auftraggeber bzw. Kunden. Diesfalls kommt ein Eigengebrauch ab ovo nicht in Betracht.

b) Demgegenüber gilt das VBS im vorliegenden Verfahren - da es nicht unternehmerisch tätig war - nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Dessen Äusserungen im Sinne einer Präferenz des Helikopters von Eurocopter können somit nicht durch die Wettbewerbsbehörden überprüft werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Das Gesetz nennt als Beispiele Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Das Vorliegen derartiger Vorschriften ist von Amtes wegen zu prüfen. Soweit die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbsrechtliches Verhalten und damit für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt, ist das Kartellgesetz anwendbar (vgl. RPW 2003/4, S. 859 ff.). An die Einschränkung des wirtschaftlichen Handlungsspielraums eines Unternehmens durch staatliche Bestimmungen werden denn auch relativ hohe Anforderungen gestellt. Das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften ist daher zurückhaltend anzunehmen.

B.2.1 Öffentliches Beschaffungswesen

24. Vom Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.2; Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB) ausgeschlossen sind grundsätzlich Lieferaufträge für Kriegsmaterial (vgl. GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz.110).

25. Das dritte Kapitel der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11; Art. 32 ff. Voeb) bleibt anwendbar. Es regelt die Vergabe der sogenannten übrigen Beschaffungen des Bundes, wozu auch die Beschaffung militärischer Güter und Dienstleistungen zählt. Aufträge nach Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB können im Einladungsverfahren gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. a Voeb vergeben werden. Mit dem Ver-

weis auf das Einladungsverfahren brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass auch bei der Beschaffung von Kriegsmaterial ein Mindestmass an Wettbewerb herrschen soll. Gleichzeitig beanspruchen die Verfahrensgrundsätze von Art. 8 BoeB Geltung, insbesondere das Gebot zur Gleichbehandlung der Anbieter (Botschaft des Bundesrates zu den für die Ratifizierung der GATT-/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen, BBI 1994 1179).

26. Eine Norm in einem Gesetz oder einer Verordnung, welche den Wettbewerb im Bereich der Beschaffung von Rüstungsgütern im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG ausschliesst, ist nicht ersichtlich.

B.2.2 Bundesbeschluss über die Beschaffung von Rüstungsmaterial

27. Die Bundesversammlung stimmte im Bundesbeschluss über die Beschaffung von Rüstungsmaterial (Rüstungsprogramm 2005) vom 12. Dezember 2005 der Beschaffung von Rüstungsmaterial gemäss der entsprechenden Botschaft des Bundesrates zu (Art. 1 Abs. 1). Diese bezieht sich ausdrücklich auf die Beschaffung der EC635/135 von Eurocopter. Erst in einem zweiten Schritt wurde der Verpflichtungskredit bewilligt (Art. 1 Abs. 2).

a) Unter vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG werden in erster Linie Gesetze im formellen Sinn verstanden. Im Einzelfall kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass auch ein Gesetz im materiellen Sinn (z.B. Verordnungen) einen Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG darstellen kann, sofern die Grundsätze der Gesetzesdelegation eingehalten wurden (hierzu SCHALLER/TAGMANN, a.a.O., S. 707, vgl. auch RPW 2006/4, S. 632 ff.).

b) Der Bestand eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit dem Bundesbeschluss über die Beschaffung von Rüstungsmaterial ist zu verneinen. Der Bundesbeschluss bietet erstens keine genügende Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, da es sich um einen einfachen, nicht dem Referendum unterstellten Bundesbeschluss handelt und somit kein Gesetz im formellen Sinn darstellt. Selbst wenn jedoch der Rüstungsbeschluss als Rechtsvorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG betrachtet wird, kommt diesem kein Vorbehalt im Sinne des Kartellgesetzes zu, da der Rüstungsbeschluss nicht den Ausschluss des Wettbewerbs verlangt. Eine gesetzgeberische Absicht, den Rüstungsbereich mittels des Rüstungsbeschlusses vom Wettbewerb ganz oder teilweise auszuschliessen, ist nicht ersichtlich. Insbesondere wurde der Rüstungsbeschluss nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 25. Mai 2005 (BBI 2005 3567) erlassen, welche von einem Wettbewerb mit Agusta ausgeht. Zweitens kommt dessen Berücksichtigung auch in zeitlicher Hinsicht nicht in Frage, da er fast ein Jahr später als das fragliche Evaluationsverfahren erging.

B.2.3 Verhältnis des Kartellgesetzes zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

28. Das Vergaberecht bezweckt die Stärkung des Wettbewerbs. Im Unterschied zum Kartellgesetz handelt es sich dabei allerdings nur um einen von mehreren, sich ergänzenden Gesetzeszwecken (Art. 1 BoeB). Das Kar-

tellgesetz bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Kartell- und vergaberechtliche Normen finden grundsätzlich kumulativ Anwendung (RPW 2005/1, S. 191, Ziffer 5.2.; ferner RPW 2005/3, S. 580 ff.).

29. Gemäss Art. 32 i.V.m. Art. 39 VoeB stellt der Vergabeentscheid in casu keine Verfügung dar. Eine beschaffungsrechtliche Überprüfung des Vergabeverfahrens durch eine Rechtsmittelinstanz entfällt daher. Daraus ergeben sich bestimmte (staatsrechtliche) Einschränkungen der Überprüfungs Kompetenzen der Wettbewerbsbehörde.

a) Kraft des im Beschaffungsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes ist grundsätzlich jede Art der Diskriminierung eines Anbieters als rechtswidrig zu qualifizieren. Der Bundesgesetzgeber hat allerdings entschieden, die Beschaffung von Rüstungsgütern vom Rechtsschutz des Beschaffungsrechts auszunehmen.

Dieser Entscheid kann weder von beschaffungsrechtlich unterlegenen Parteien - selbst bei Vorliegen offenkundiger Verfahrensmängel - noch von der Wettbewerbsbehörde umgangen werden, indem sich letztere an die Stelle einer beschaffungsrechtlichen Rekursinstanz setzt. Art. 7 KG bietet somit keine Auffangnorm zur Überprüfung der Einhaltung beschaffungsrechtlicher Grundsätze. Diese für die nicht berücksichtigten Anbieter unbefriedigende Rechtslage kann nur vom Gesetzgeber selbst geändert werden.

b) Dennoch können Ausschreibungskriterien einer kartellrechtlichen Prüfung unterzogen werden, sofern durch deren Festlegung bzw. Anwendung ein missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG belegt wird. Eine kartellrechtswidrige Diskriminierung liegt mithin nur bei Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 7 KG vor. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Ausschreibungsbedingungen von Forderungen geprägt sind, die nur ein marktbeherrschendes Unternehmen aufstellen kann (vgl. Entscheid Unique, RPW 2004/3, S. 884).

30. Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts kann somit geprüft werden, ob Agusta im Rahmen des von armasuisse durchgeführten Evaluationsverfahrens im Sinne von Art. 7 KG diskriminiert wurde. Eine Überprüfung beschaffungsrechtlicher Grundsätze ist indes ausgeschlossen.

B.2.4 Kompetenzen der Wettbewerbsbehörde/Zusammenfassung

31. Die kartellgesetzliche Überprüfungs kompetenz kann unter Berücksichtigung der besonderen Umstände dieses Einzelfalls wie folgt zusammengefasst werden:

a) Die Einhaltung der Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts durch armasuisse kann nicht geprüft werden. Die Wettbewerbsbehörde darf und kann angesichts des gesetzgeberischen Entscheides, bei der Beschaffung von Rüstungsgütern keine beschaffungsrechtliche Beschwerdemöglichkeit einräumen, keine Ersatzrechtsmittel- oder Aufsichtsfunktion ausüben. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörde namentlich die

nachfolgenden beschaffungsrechtlichen Rügen der Anzeigerin nicht überprüfen kann:

- Vorbringen, ob sich der EC635 bzw. der EC135 für die Grundausbildung oder die Transportfunktionen eignet;

- Vorbringen, es sei vom ordentlichen Vorgehen bei Beschaffungen abgewichen worden;

- Vorbringen, durch die vorgenommenen Abweichungen vom ordentlichen Vorgehen sei das Beschaffungsrisiko insgesamt erhöht worden. Zu denken sei u.a. an die nicht genügend ausführlichen Projektunterlagen seitens der Auftraggeber, an den Verzicht auf Truppenversuche und die Truppentauglichkeitserklärung sowie die knappen Fristen für die Anbieter im Zuge der Evaluation. Zu vermerken ist indes, dass beide Anbieter von diesen Anpassungen gleichermaßen betroffen waren.

b) Das Verhalten der im Beschaffungsprozess involvierten politischen Instanzen kann ebenfalls nicht geprüft werden. Die Wettbewerbsbehörde kann und darf namentlich über das Parlament keine Aufsichtsfunktion ausüben.

32. Die kartellrechtliche Beurteilung muss sich auf die Frage beschränken, ob das Verhalten der armasuisse bei der Beschaffung des Eurocopters Anhaltspunkte für ein kartellgesetzwidriges Verhalten liefert.

B.3 Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen

33. Gemäss Art. 7 Abs. 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.

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

34. 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).

35. Um festzustellen, ob sich armasuisse tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen. Zur Bestimmung des relevanten Marktes wird geprüft, ob die sich beschwerende Anbieterin sachlich und räumlich alternative Absatzmöglichkeiten hatte.

a) Relevanter Markt

aa) Sachlich relevanter Markt

36. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4).

37. Für eine beherrschende Stellung auf der Nachfrageseite ist die Marktabgrenzung aus Sicht der Hersteller vorzunehmen. Ausgangspunkt ist somit das Produkt, das der Hersteller selbst herstellt oder vertreibt. Massgebend ist die Substituierbarkeit auf Seiten der Hersteller.

a) Die Weko hat in RPW 2000/1 (S. 68, Rz. 9) festgestellt, dass zivile und militärische Helikopter als verschiedene relevante Märkte zu betrachten sind. Eine Unterscheidung des relevanten Marktes in zivile und militärische Helikopter erscheint bei reinen Kampfhelikoptern (Zweisitzer mit spezifischen Waffensystemen etc.) als angebracht.

b) Vorliegend geht es allerdings um die Beschaffung von LTSH. Als solche gelten Hubschrauber in der Gewichtsklasse "leicht" (max. 3 Tonnen), ausgestattet mit zwei Motoren und 6-8 Sitzplätzen, einsetzbar für Passagier- und Lastentransporte, Medevac², SAR³ sowie zu Schulungs- und Trainingszwecken. Ob LTSH einem einzigen Markt für militärische und zivile LTSH angehören oder zwei separate Märkte bilden, hängt davon ab, ob die militärische und die zivile Version substituierbar sind.

- Bei Eurocopter basiert der militärische Typ EC635 auf der zivilen Version des EC135. Unterschiede betreffen primär die militärische Missionsausrüstung.

- Agusta bietet ebenfalls militärische sowie zivile Versionen von LTSH an.

- Die Programme von Eurocopter und Agusta basieren auf einer Reihe von Plattformen, die so konzipiert sind, dass sie sowohl militärischen als auch zivilen Anwendungen angepasst werden können.

c) Die Frage eines einheitlichen Marktes für Transport- und Schulungshelikopter kann letztlich offengelassen werden, da sich nichts an der Beurteilung der Marktstellung von armasuisse ändern würde. Die Ermittlungen weisen aber darauf hin, dass bei LTSH eine Aufteilung in je einen Markt für militärische und für zivile Hubschrauber nicht sachgerecht ist. Die zivile und die militärische Version der LTSH von Eurocopter unterscheiden sich denn auch kaum voneinander. Der EC635 von Eurocopter unterscheidet sich lediglich durch [...] von der zivilen Version. Es kommt mithin für Hersteller von Helikoptern nicht darauf an, ob sie zivile oder militärische Versionen anbieten müssen. Die Anbieter sind in der Lage, ihre Produktion ohne grosse Schwierigkeiten auf den konkreten Bedarf eines Nachfragers umzustellen. Die führenden Helikopterhersteller bieten deshalb in ihrer Produktion sowohl zivile als auch militärische Helikopter standardmässig an. Auch Agusta bietet sowohl militärische als auch zivile Versionen von LTSH an.

bb) Räumlich relevanter Markt

38. 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). Auch die räumliche Marktabgrenzung vollzieht sich nach dem Kriterium der Absatzmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite. Agusta führt in ihrer Anzeige vom 11. November 2005 an, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft im Markt für Militärhelikopter auf der Nachfrageseite zwangsläufig marktbeherrschend sei, da es keine ande-

ren Nachfrager gebe. Die vorzunehmende Marktabgrenzung sei in derselben Weise wie im Fall „Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek“ (RPW 2002/1, S. 130 ff.) vorzunehmen.

a) Die Weko hat in RPW 2000/1 (S. 69, Rz. 5) ausgeführt, der räumlich relevante Markt sei zumindest viel grösser als die Schweiz. Die Europäische Kommission bejaht einen weltweiten Markt dann, wenn im betroffenen Land kein nationaler Helikopterhersteller vorhanden ist (vgl. COMP/M.3418 – General Dynamics/ALVIS, Rz. 15 ff., COMP/M.1745 – EADS, Rz. 58, sowie COMP/M.1501 GKN Westland/Agusta/JV, Rz. 13). In der Schweiz existiert kein nationaler Helikopterhersteller. Es ist daher zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von einem Schweizer oder von einem weltweiten Markt auszugehen ist.

b) Die Beschaffung von militärischen LTSH erfolgt durch die jeweils zuständigen nationalen Beschaffungsstellen.

- Einziger Nachfrager nach militärischen LTSH in der Schweiz ist zwar armasuisse. Nebst Streitkräften anderer Staaten bzw. deren nationaler Beschaffungsstelle fragen indes auch Polizeikorps (Brandenburg, Bayern, Hamburg, Rumänien, Spanien, England), zivile Hilfs- und Rettungseinrichtungen (z.B. Air Zermatt bzw. Rega) sowie Flugschulen LTSH nach.

- LTSH werden von zahlreichen Beschaffern weltweit nachgefragt. Die Helikopterhersteller bieten denn auch ihre Helikopter weltweit an. Agusta verfügt über Produktionsstätten in Italien, Grossbritannien und den USA. Wesentliche Hindernisse für den weltweiten Verkauf von Helikoptern bestehen nicht. Gemäss Angaben von Eurocopter werden mit [...] verschiedenen Ländern Verhandlungen über den Kauf von EC135/635 geführt. Agusta weist nach eigenen Angaben Kunden in über [...] Ländern auf. Dieser globale Marktauftritt wird durch keine besonderen Marktbarrieren behindert.

c) Im vorliegenden Fall ist in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission von einem weltweiten Markt auszugehen (vgl. den Entscheid der Europäischen Kommission vom 22. November 2000, COMP/M.1501 GKN Westland/Agusta/JV sowie den Entscheid vom 11. Mai 2000, COMP/M.1745 EADS). Es liegt auf der Hand, dass Hersteller von LTSH über zahllose substituierbare Absatzkanäle verfügen. Das Ausweichen auf andere Absatzkanäle bzw. Auftraggeber ist mit der Durchführung einer einzelnen Beschaffung, wie im vorliegenden Fall, nicht ausgeschlossen (vgl. RPW 2006/2, S. 408; vgl. auch Marc Opitz, Marktabgrenzung und Vergabeverfahren, WuW vom 16. Januar 2003, Heft 1, S. 37 ff.). Entgegen der Ansicht der Anzeigerin kann aus dem von den Rechtsmittelbehörden zwischenzeitlich aufgehobenen Entscheid „Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek“ (RPW 2005/4, S. 704 ff.) nicht geschlossen werden, dass durch jedes Beschaffungsverfahren ein Einzelmarkt gebildet werde, auf dem die öffentliche Auftraggeberin stets marktbeherrschend sei. Eine solche Sicht blendet die wirtschaftliche Realität - wie etwa die zahlreichen Absatzkanäle der Anzeigerin selbst veranschaulichen - aus. Die vorliegend von arma-

² Evakuierung verletzter Personen

³ Search and Rescue (SAR) Service

suisse durchgeführte Beschaffung unterscheidet sich im Übrigen grundlegend vom erwähnten Fall. Erst die besonderen Umstände bei der Schweizerischen Landesbibliothek, d.h. das Vorliegen eines selektiven Vergabeverfahrens mit vorangehender Präqualifikation, liessen vor dem Hintergrund von Art. 5 KG den Schluss auf einen eigenständigen relevanten Markt zu.

b) Marktstellung

39. Nach Art. 4 Abs. 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. Die Beurteilung der Marktstellung erfolgt im Lichte verschiedener Kriterien, die Indizien für eine marktbeherrschende Stellung liefern können. Für den Fall einer nachfragemächtigen Auftraggeberin gehören dazu insbesondere deren Marktanteil, die Struktur der Angebotsseite und das Vorliegen potenzieller Absatzkanäle (vgl. RPW 2006/2, S. 409). Massgebend für die Beurteilung ist somit die Fähigkeit der Anbieter auf andere Handelspartner auszuweichen. Hieran fehlt es, wenn Anbieter vom Nachfrager wirtschaftlich abhängen, während letzterer ohne Schwierigkeiten auf andere Anbieter ausweichen kann. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Weko im Übrigen festgestellt hat, dass auf den Märkten für zivile und militärische Helikopter zwischen den Herstellern wirksamer Wettbewerb herrscht (RPW 2000/1, S. 69, Rz. 9).

40. Zu prüfen ist vorliegend, ob die Entwicklungen auf dem in Frage stehenden Markt in den letzten Jahren den Schluss nahe legen, es gäbe beschaffungsseitig keinen wirksamen Wettbewerb, mithin eine marktbeherrschende Stellung von armasuisse.

a) LTSH werden von diversen Kunden nachgefragt. Die Nachfrage ist jedoch nicht auf die in- oder ausländische öffentliche Hand beschränkt, wie namentlich das Militär und die Polizei. Die LTSH werden auch seitens privater Unternehmen nachgefragt (z.B. Air Zermatt, Rega). Auch ausländische private Unternehmen verfügen über LTSH (z.B. ÖAMTC⁴, ADAC⁵).

- Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Wert der weltweit gelieferten Hubschrauber für das Jahr 2006 auf über EUR 8,6 Mrd. geschätzt wurde. Gemäß einer Marktprognose, die von der Teal Group, Honeywell und Rolls Royce erarbeitet wurde, werden weltweit von 2006 bis 2015 zwischen 5.200 und 5.800 Zivilhubschrauber und 5.500 bis 6.000 Militärhubschrauber gebaut werden.

- In Bezug auf LTSH waren Anfang 2006 allein vom Typ EC135 knapp [...] Maschinen im Einsatz sowie vom Typ A109-Power ca. [...] Maschinen. Die militärische Version A109 LUH wurde von Südafrika, Schweden und Malaysia bestellt bzw. bereits ausgeliefert (gesamthaft [...]). Ebenso sind [...] EC635 in Jordanien im Einsatz; weitere vier wurden bestellt und sind mittlerweile teilweise ausgeliefert. Werden nur die im Einsatz stehenden LTSH vom Typ EC135 im Jahr 2006 herangezogen und unter Berücksichtigung der gesamten Verkaufszeit zur Nachfrage von

armasuisse in Relation gesetzt, so betrüge der Marktanteil von armasuisse weniger als 5%.

b) Bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung von LTSH ist nicht nur auf eine statische, auf Marktanteile fokussierende Betrachtung abzustellen. Marktstrukturelle Abhängigkeiten sind auch in dynamischer Hinsicht zu qualifizieren. Es darf somit nicht nur auf ein einzelnes Jahr abgestellt werden. Berücksichtigt man das Verkaufsvolumina während der gesamten Verkaufszeit, d.h. der Zeit, in der LTSH insgesamt angeboten werden, so dürfte der beschaffungsseitige Marktanteil von armasuisse auf deutlich unter 1% sinken.

41. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass armasuisse als Nachfrager von LTSH im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sei, oder dass Agusta bzw. Eurocopter aus marktstrukturellen Gründen von armasuisse abhängig seien.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

42. Liegt keine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens vor, kann auch nicht gegen Art. 7 KG verstossen werden. Jedes Verfahren müsste an dieser Stelle ohne Folgen eingestellt werden. Die Ermittlungen haben indes gezeigt, dass (selbst wenn armasuisse eine marktbeherrschende Stellung unterstellt würde) trotz allfällig offener beschaffungsrechtlicher, aber von der Wettbewerbsbehörde nicht überprüfbarer (vgl. Rz. 28 ff.) Fragen keine Anhaltspunkte für einen schlüssigen Nachweis eines Verstosses gegen das Kartellgesetz vorliegen.

43. Nach Art. 7 Abs. 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. Die Generalklausel richtet sich ganz allgemein gegen alle Formen von Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken. Erfasst werden 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 Marktrivalen bezwecken. Art. 7 Abs. 2 KG enthält eine (nicht abschliessende) Aufzählung missbräuchlicher bzw. unzulässiger Verhaltensweisen. Diese sind kartellrechtswidrig, sofern sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen.

44. Zu den einzelnen Vorbringen von Agusta, welche allerdings weitgehend einer beschaffungsrechtlichen und nicht kartellrechtlichen Linie folgen, kann Folgendes angemerkt werden:

a) Die Anzeigerin macht zunächst geltend, der EC635 habe bereits vor dem Evaluationsverfahren als Referenzmodell gegolten (Vorselektion des EC135/635). Dieser Umstand hat indes die von armasuisse durchgeführte Beschaffung nicht in kartellrechtswidriger Weise tangiert (vgl. die Feststellungen der SiK-NR, Rz. 15, oben).

⁴ Österreichischer Automobil-, Motorrad- und Touring Club

⁵ Allgemeiner Deutscher Automobil-Club

- Das Grundlegendokument der Luftwaffe / Armee (i.e.: das militärische Grundlegendokument für die Beschaffung von LTSH, erstellt vom Planungsstab der Armee, bzw. die sog. Militärischen Anforderungen für einen LTSH, Typ EC635, erstellt von der Luftwaffe) war typenbestimmt. Der Begriff "Referenzmodell EC-635" wurde von Armeestellen verwendet.

- Aus den Unterlagen geht allerdings hervor, dass die Projektverantwortlichen bei armasuisse ein wettbewerbskonformes Beschaffungsverfahren durchführten.

- Die Projektverantwortlichen insistierten denn auch gegenüber dem Planungsstab der Armee ausdrücklich auf eine Beschaffung im Wettbewerb. Sie begründeten ihren damaligen Antrag, zwei statt nur einen Kandidaten zu Offerten einzuladen u.a. damit, dass auf diese Weise das Vorgehensrisiko sowie das finanzielle Risiko dank Wettbewerb auf ein vertretbares Mass reduziert werden könnten.

- Beide Konkurrenten verfügten gemäss den vorgelegten Unterlagen über die gleichen Informationen. Dies wird v.a. durch die im Wortlaut identischen RfBFO mit ihren typenneutralen Anforderungen an den LTSH in Bezug auf Funktionalität, Leistung und Logistik gestützt.

- Der ausführliche Flugversuchs-Bericht Nr. 1832/1833 sowie der Teilbericht Luftwaffe zu den LTSH zeigen, dass die technische/operative Erprobung für beide Helikoptertypen unterschiedslos bzw. diskriminierungsfrei durchgeführt wurde. Das gleiche Bild ergibt die anschliessende Gegenüberstellung des "core products" hinsichtlich Konfiguration, Handling, Nutzlast und operationeller Leistung in Bezug auf die Aufträge, aber auch in Bezug auf Schulung/Training.

- armasuisse kam zum Ergebnis, dass sich die beiden Helikoptertypen in operativer/technischer Hinsicht die Waage hielten und für die Nachfolge der Alouette-III geeignet seien. Auch die zusätzlichen Anforderungen aus den beiden RfBFO erfüllten beide Konkurrenten in praktisch gleichwertiger Weise. Im Besonderen sei die militärische Kooperation in beiden Ländern machbar, jedoch sei die Lösung in Deutschland (sprich: mit Eurocopter) mit weniger Schnittstellen, an nur einem Standort bzw. bei nur einer Teilstreitkraft, mit nur einer Typenschulung, in deutscher Sprache und angesichts gut etablierter Zusammenarbeit "wesentlich optimaler".

b) Die Anzeigerin rügt alsdann die Änderung der Gewichtung der Evaluationskriterien. Sie legt zur Begründung eines sie tangierenden Konzeptwechsels in erster Linie Dokumente ins Recht, welche aus einer Zeit nach der Verabschiedung des Rüstungsprogramms 2005 stammen. Derartige Dokumente waren allerdings von vornherein nicht in der Lage Agusta zur Annahme zu bewegen, dass ein Transporthelikopter gesucht werde – insbesondere da der RfBFO ausdrücklich Transport- und Schulungshelikopter nannte. Darüber hinaus zeigen auch die übrigen Ermittlungen ein anderes als von der Anzeigerin gezeichnetes Bild (vgl. die Feststellungen der SiK-NR, Rz. 15, oben):

- Das militärische Grundlegendokument vom 28. Oktober 2004 legt fest, dass mit der Beschaffung eines LTSH

insbesondere das Bedürfnis nach kleiner Transportkapazität abgedeckt und die Pilotenausbildung sichergestellt werden solle. Es werde ein gesamtheitliches Lufttransportkonzept im Bereich Helikopter angestrebt. Dabei solle einerseits die Einsatzflexibilität durch die Flottenzusammensetzung mit differenzierter Transportleistung und Ausrüstung in Zukunft garantiert und andererseits die Basis- und Fortgeschrittenenausbildung der Helikopterpiloten von der Grundschulung (inkl. Gebirgs- und Lastenflug) bis zur IFR -Ausbildung ermöglicht werden. Des Weiteren sollen die Einsatzverfahren des TH 89/98 und des LTSH auf dem kostengünstigeren LTSH ausgebildet und soweit möglich trainiert werden.

- Gemäss dem RfBFO wurden die beiden Unternehmen zur Offertstellung von 20 LTSH eingeladen. Deren Aufgaben sollen u.a. den Transport der Truppe, des Materials und von VIP umfassen.

- Es ist zwar richtig, dass die Transporterfordernisse je separat aufgeführt wurden. Dennoch wurden als weitere Aufgaben sowohl die Schulung als auch die Überwachung sowie Polizei- und medizinische Einsätze genannt. Diese separate Aufführung der Erfordernisse könnte dazu geführt haben, dass Eurocopter unterschiedliche Helikoptertypen zur Bewältigung verschiedener Anforderungen offerierte.

- Der RfBFO enthält zudem keine Gewichtung, und zwar weder hinsichtlich der verschiedenen Aufgabenerfordernisse noch betreffend der Evaluationskriterien. Auch die durch das Sekretariat eingesehenen Dokumente enthalten keine Hinweise, dass der Transport von Waren oder Personen die Hauptaufgabe des LTSH sein sollte. Der Doppelantrag der armasuisse steht widerspruchlos zur Ausgangslage in den RfBFOs, wo die einzelnen "mission requirements" in keiner besonders gewichteten Form neben- bzw. untereinander rangierten.

c) Die Anzeigerin rügt ferner, es habe eine Flugerprobung mit dem EC135 stattgefunden, aber nicht mit dem EC635. Aufgrund der dem Sekretariat vorgelegten Unterlagen sowie nach Einsicht in das Protokoll der Besprechung zwischen dem Rüstungschef und der SiK-NR können auch diesbezüglich keine Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich relevante Ungleichbehandlung der Anbieter ermittelt werden.

- Anlässlich der Flugerprobung in Emmen wurde der EC135 getestet, welcher von der ÖAMTC zur Verfügung gestellt wurde. Für zwei Windenflüge stand eine EC135 der Air Zermatt zur Verfügung. Die Flugerprobung wurde von der Luftwaffe und armasuisse im Rahmen einer kombinierten technischen/operationellen Erprobung durchgeführt. Die Flugerprobung beabsichtigte die Überprüfung der Richtigkeit der von Seiten der Anbieter gemachten Angaben hinsichtlich der Leistungsdaten ihres angebotenen Produktes, die Beurteilung deren Eignung für die fraglichen Aufträge sowie das Ermitteln der wesentlichen Differenzen zwischen den beiden Helikoptern.

- Die SiK-NR führte in ihrem Bericht aus, dass die Flugdaten des EC135 für die Evaluation der Flugtauglichkeit des EC635 herangezogen werden können. Dies sei so-

wohl von Seiten der Luftwaffe als auch von Seiten des angehörten Testpiloten bestätigt worden. Gemäss Feststellungen der SiK-NR würden am EC135 nur minimale Änderungen vorgenommen, namentlich die Verstärkung der Struktur und Anbringung von "hard points" sowie schussichere Treibstofftanks.

- Nachdem der Flugtest mit dem EC135 kartellrechtlich nicht zu beanstanden war und Agusta die Flugerprobung mit dem A 109 LUH (trotz schwieriger Umstände) durchführen konnte, lassen sich daraus keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 KG einer der beiden Konkurrenten ableiten.

d) Die Anzeigerin macht schliesslich Rechtsverletzungen geltend, welche aber kartellrechtlich aufgrund der vorliegenden Rechtslage (Rz. 29a, oben) nicht überprüft werden können.

- Der Vorwurf von allfälligen Nachverhandlungen ist rein beschaffungsrechtlicher Natur. Aus den Unterlagen ist ersichtlich, dass der Inhalt der Offerten sowohl mit Eurocopter als auch mit Agusta besprochen wurde.

- Das Beschaffungsrecht enthält den Grundsatz, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Der Vorwurf, der Agusta-Helikopter sei das wirtschaftlich günstigere Produkt, entzieht sich einer kartellrechtlichen Beurteilung.

- Änderung der Bedarfsvorgabe in Bezug auf die Bestellung eines Simulators bei Eurocopter. Der RfBFO enthält bereits in Ziffer 5.1 die Offertanfrage für einen Flugsimulator. Dieser ist denn auch im Rüstungsprogramm 2005 enthalten. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss im Sinne des Art. 7 KG sind daher nicht ersichtlich.

45. Der Entscheid zu Gunsten der Helikopter von Eurocopter fiel aufgrund eines von armasuisse durchgeführten Evaluationsverfahrens, wobei neben dem Preis auch die Eignung eine Rolle spielte. Den Ausschlag für diesen Entscheid gaben Vorteile im Schulungsbereich. Somit würden - selbst wenn armasuisse eine marktbeherrschende Stellung unterstellt würde - sachliche Gründe für den Entscheid zu Gunsten der Eurocopter-Helikopter vorliegen.

B.4 Zusammenfassung

46. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden:

a) armasuisse ist unabhängig von der konkreten Rechts- oder Organisationsform und unabhängig von einer generellen Weisungsgebundenheit im Rahmen der politischen/militärischen Gesamtplanung bzw. der Finanzierung des VBS als Unternehmen nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren. Damit prüft die Wettbewerbsbehörde

erstmal das Verhalten einer organisatorischen Einheit des Bundes nach Massgabe des neuen Kartellgesetzes.

b) Es bestehen weder gestützt auf das öffentliche Beschaffungsrecht noch gestützt auf den Bundesbeschluss über die Beschaffung von Rüstungsmaterial, öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen.

c) Das Kartellgesetz sieht keine Überprüfung des Verhaltens politischer Einheiten und Entscheidungsträger (z.B. das VBS) vor. Ebenso wenig obliegt es der Wettbewerbsbehörde Nationalrat und Ständerat zu "korrigieren". Das Verhalten der im Beschaffungsprozess involvierten politischen Instanzen (z.B. SiK-NR) kann und darf aufgrund der fehlenden Aufsichtsfunktion nicht überprüft werden.

d) Der Militärbereich wurde ausdrücklich vom Anwendungsbereich des BoeB ausgenommen (Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB). Wenn das Parlament den Rechtsschutz des Beschaffungswesens für den Rüstungsbereich ausschliesst (Art. 39 VoeB), kann die Wettbewerbsbehörde sich nicht in Missachtung des Parlaments zur Ersatz-Rekursinstanz erklären. Dies bedeutet, dass die geltend gemachten beschaffungsrechtlichen Mängel von der Wettbewerbsbehörde nicht überprüft werden können.

e) Trotz beschränkter Kompetenz wurden Ermittlungen durchgeführt. Diese ergaben, dass

- erstens armasuisse über keine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Herstellern Agusta und/oder Eurocopter verfügt. Allein der mit der Beschaffung von 20 LTSH gehaltene Marktanteil von armasuisse von unter 5% steht einer derartigen Feststellung entgegen.

- zweitens - selbst wenn armasuisse eine marktbeherrschende Stellung unterstellt würde - keine Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten der armasuisse (allfällige Diskriminierung eines Wettbewerbssteilnehmers im Sinne von Art. 7 KG) vorliegen.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. hält fest, dass keine marktbeherrschende Stellung der armasuisse auf dem relevanten Markt für Leichte Transport- und Schulungshelikopter (LTSH) vorliegt;

2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;

3. teilt armasuisse sowie der Anzeigerin die Einstellung der Vorabklärung durch Zustellung des vorliegenden Schlussberichts mit.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA

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

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

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

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 10 octobre 2007

Prise de position de la Commission de la concurrence du 10 octobre 2007

A EN FAIT

A.1 Projet et Parties

1. Le 10 septembre 2007, la Commission de la concurrence (par la suite Comco) a reçu une notification annonçant que l'entreprise Nestlé SA (par la suite Nestlé), par l'intermédiaire de sa filiale Nestlé Suisse SA, a décidé d'acquérir le contrôle de l'entreprise Sources Minérales Henniez SA (par la suite SMH), par le biais de l'achat des actions détenues par la société Emaro SA et la famille Rouge, soit environ 61% des actions de SMH.

2. Nestlé est à la tête du groupe homonyme actif au niveau mondial dans la production et la distribution de biens alimentaires. Fondée en 1866, l'entreprise Nestlé s'est développée rapidement et compte aujourd'hui environ 256'000 employés répartis dans 130 pays. Son chiffre d'affaires consolidé en 2006 était de CHF 98.5 milliards.

3. Le groupe Nestlé est actif principalement dans le secteur de la production, de la commercialisation et de la vente d'une large gamme de produits dans le domaine de l'alimentation et des boissons, y compris les produits laitiers. Ces produits sont notamment les boissons à base de café, l'eau minérale, les céréales, les produits diététiques, les produits culinaires (y compris les mets pré-préparés, les condiments, les sauces et les pâtes), les glaces, les boissons chocolatées, les boissons à base de thé, les confiseries (y compris le chocolat, le sucre et les snacks) et les aliments pour animaux. Le groupe Nestlé opère également sur des marchés qui ne sont pas liés à l'alimentation, tels la cosmétique et la pharmaceutique.

4. Dans le domaine des boissons, Nestlé produit et vend une palette variée de produits allant du café, aux eaux

minérales en passant par des boissons aromatisées et le thé froid. En Suisse, Nestlé propose par le biais de sa filiale Nestlé Waters (Suisse) SA les marques d'eaux minérales "Acqua Panna", "S. Pellegrino", "Perrier", "Vittel", "Contrex", "Acqua Vera", "Levissima", "Recoaro" et "Nestlé Aquarel". En outre, Nestlé collabore avec Coca-Cola pour la production et la distribution des thés froids "Nestea" et la distribution de la marque "Valvert". Nestlé n'est pas actif au niveau de distribution dépositaire ("dépositaire") et des grossistes ("cash & carry") et ne distribue pas ses produits aux consommateurs finaux de sorte que Nestlé n'est pas verticalement intégré.

5. Emaro SA est la holding de la famille Rouge qui contrôle le groupe Henniez. SMH, la société mère du groupe Henniez, fondée en 1905, est l'entreprise qui exploite les sources minérales d'Henniez, aujourd'hui active dans la production et la distribution en Suisse d'eaux minérales, de jus de fruits, de colas et de thés froids. Le groupe Henniez compte aujourd'hui 301 collaborateurs et propose ses produits dans toute la Suisse pour un chiffre d'affaires net consolidé en 2006 de CHF 152'092'000. Les marques produites et/ou distribuées en Suisse par SMH sont les suivantes: "Henniez", "Henniez Esprit Fruits", "Cristalp", "Vichy Celestins", "Granini", "Hohes C", "X-Drinks", "Virgin Cola" et "Virgin Ice Tea". SMH produit également des marques de distributeurs (par la suite MDD) pour principalement Coop et Carrefour. SMH est actuellement contrôlée par la famille Rouge au travers de participations directes et au travers de la holding Emaro SA. Le groupe Henniez a une activité marginale au niveau de la distribution dépositaire et du cash & carry au travers de ses filiales A. Emery SA (ayant réalisé un chiffre d'affaires de CHF [5-10 Mio]) et Paolo Blum SA, qui exploite un centre de logistique au Tessin (et ayant réalisé un chiffre d'affaires en 2006 dans le domaine du magasinage de CHF [0-1 Mio]).

A.2 Procédure

6. Le Secrétariat a reçu le 10 septembre 2007 la notification du projet de l'opération de concentration entre Nestlé et Henniez.

7. Le 18 septembre 2007, le Secrétariat a questionné, à l'aide de questionnaires ad hoc, les différents producteurs de boissons, les dépositaires - grossistes et les marchands de détail - retailers.

8. Le même jour, le Secrétariat a signifié, aux entreprises participantes à l'opération de concentration Nestlé – Henniez, que la notification était complète, sous réserve de réponse à quelques informations supplémentaires de détail.

9. Les réponses des entreprises participantes ont été notifiées le 26 septembre 2007 au Secrétariat.

B EN DROIT

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

10. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

B.1.1.a Entreprise

11. La Loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

B.1.1.b Concentration d'entreprises

12. Selon l'art. 4 al. 3 let. b LCart, on entend par concentration d'entreprises toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci.

13. De plus, l'art. 1 de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) précise qu'une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante (art. 4 al. 3 let. b de la loi) lorsque, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise. Constituent notamment, seuls ou combinés, des moyens de contrôle:

- a) les droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens de l'entreprise;
- b) les droits ou les contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise.

14. Selon notification du 10 septembre 2007, Nestlé, par l'intermédiaire de Nestlé Suisse SA, envisage d'acquérir auprès de la famille Rouge, lors de la première phase de la transaction:

- i) 1'126 actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 250 que la famille Rouge détient dans la société Emaro SA, société qui détient 23'213 actions nominatives de SMH d'une valeur nominale de CHF 125 correspondant à 58.0325% du capital-actions de SMH et

ii) 1'450 actions nominatives de SMH d'une valeur nominale de CHF 125 que la famille Rouge détient directement et correspondant à 3.625% du capital-actions de SMH,

soit 61,6575% du capital-actions de SMH.

15. Par la suite, Nestlé Suisse SA a l'intention de présenter une offre publique d'achat obligatoire portant sur les actions restantes de SMH en mains du public.

16. Par le présent projet, Nestlé envisage l'acquisition du contrôle d'une entreprise (SMH) jusque-là indépendante. Par conséquent, il s'agit d'une opération de concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart.

B.1.2 Prescriptions réservées

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

B.1.3 Obligation de notifier

18. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, l'opération de concentration doit être notifiée lorsque dans le dernier exercice précédant la concentration:

- a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et
- b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

19. Durant l'année 2006, les entreprises participantes à l'opération de concentration ont réalisé les chiffres d'affaires mondiaux consolidés nets suivants:

- Nestlé: CHF 98,458 milliards
- SMH: CHF 152,092 millions

Les entreprises participantes ont donc réalisé ensemble un chiffre d'affaires de CHF 98.611 milliards. Le seuil de l'art. 9 al. 1 let. a LCart est par conséquent dépassé.

20. Durant l'année 2006, les entreprises participantes à l'opération de concentration ont réalisé les chiffres d'affaires nets en Suisse suivants:

- Nestlé: CHF [0-5] milliards
- SMH: CHF [145-160] millions

Il est noté que le chiffre d'affaires de SMH en Suisse indiqué ci-dessus correspond presque au chiffre d'affaires de SMH en 2006 au niveau global, sous déduction de ventes de jus d'orange pour une valeur de CHF [0-1 Mio] à une filiale espagnole du groupe Granini (Eckes-Granini Iberica) et d'un chiffre d'affaires marginal de CHF [0-1 Mio] réalisé en 2006 en Allemagne. Par conséquent, les deux entreprises participantes ont réalisé individuellement en 2006 en Suisse un chiffre d'affaires supérieur à CHF 100 millions. Le seuil de l'art. 9 al. 1 let. b LCart est donc dépassé.

21. Au vu de ce qui précède, les seuils de chiffres d'affaires de l'art. 9 al.1 LCart sont dépassés. La notification est donc obligatoire.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés pertinents

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

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

24. Selon la pratique de la Comco (*Feldschlösschen/Coca-Cola*, DPC 2005/1, p. 114, § 54-55, p. 118), au niveau du marché des produits, les partenaires potentiels de l'échange comprennent notamment le canal de distribution des hôtels, restaurants, cafés, caterings, cantines et similaires (Horeca), qui est à différencier du canal de distribution aux personnes privées à des fins de consommation domestique (Retail). La Comco différencie ces deux canaux de distribution, notamment en raison des services supplémentaires, liés au produit, qui sont offerts dans le canal Horeca au consommateur final et en outre, car le consommateur final est moins sensible au prix du produit acheté dans le canal Horeca, que de celui acheté par le biais du canal de distribution Retail.

25. De surcroît, ce comportement du consommateur final dans le canal Horeca influence l'offre des acteurs

de ce canal de distribution, à savoir l'offre est axée sur des produits de marques. La demande du consommateur final, en tant que personne privée, est donc différente dans le canal Horeca, par rapport au canal Retail aux fins d'une consommation domestique. Par conséquent, il y a lieu de différencier le canal de distribution Horeca du canal de distribution Retail.

26. Cette distinction est aussi appuyée par la pratique de la Commission européenne, notamment dans sa décision *Nestlé/San Pellegrino* (Affaire N° IV/M.1065, § 12-14), où la Commission européenne met l'accent sur la consommation sur place du canal de distribution Horeca, à distinguer de la consommation domestique.

27. Dans la décision *Feldschlösschen/Coca-Cola* (DPC 2005/1, § 58, p. 118), toujours au niveau du marché des produits, la Comco distingue les différentes sortes de boissons. Tout d'abord, la Comco dissocie les boissons alcoolisées des boissons non-alcoolisées. Dans cette dernière catégorie, en raison de leurs caractéristiques et de leurs fonctions, peuvent être distinguées, en principe:

- les boissons chaudes (cafés, thés, boissons chocolatées) ;
- les eaux minérales ;
- les "softdrinks" contenant de l'acide carbonique y compris les thés froids (boissons au goût de cola, goût citronné ou d'orange, Rivella, etc., par la suite nommées CSD) et
- les jus de fruits.

28. Au vu des activités respectives de Nestlé et SMH, les marchés pertinents, au niveau du marché des produits, peuvent être retenus de la manière suivante:

Marché des produits pertinent	
Canal de distribution Horeca	Canal de distribution Retail
Eaux minérales	Eaux minérales
CSD	CSD
Jus de fruits	Jus de fruits

29. A relever, que la question de déterminer si les jus de pomme et les cidres forment un marché pertinent en soi, tandis que tous les autres jus de fruits appartiennent à un marché des jus de fruits, peut être soulevée. Cette supposition impliquerait par ex. que les jus de poire et les jus d'orange soient considérés comme des substituts, et non les jus de poire et les jus de pomme. Dans le cas sous revue, la définition du marché des produits pertinent comme décrite sous § 28 est suffisante. Toutefois, une définition supplémentaire de marchés spécifiques, tels par exemple celui des jus de pomme et jus de poire, pourrait s'avérer dans d'autres cas nécessaire.

30. Au niveau du marché géographique pertinent, il s'étend à la région dans laquelle les conditions du marché sont homogènes, même si certains partenaires commerciaux, pris individuellement, ne sont actifs que du côté de la demande que dans une aire géographique limitée (cf. *Migros/Globus*, DPC 1997/3, p. 369, § 25 ss). Il convient de noter par exemple, que certains producteurs d'eaux minérales ne sont distribués que dans certaines régions de Suisse. Toutefois, les deux entreprises participantes à l'opération de concentration offrent toutes deux leurs produits (eaux minérales, CSD, jus de fruits) dans toute la Suisse. De plus, tant Nestlé que SMH dé-

terminent chacun leur politique de prix dans le domaine des boissons de manière homogène au niveau national.

31. A l'instar de la décision de la Comco dans l'affaire *Feldschlösschen/Coca-Cola* (DPC 2005/1, § 62, p. 119), le marché géographique pertinent retenu est à fortiori national et couvre l'ensemble du territoire suisse pour l'ensemble des marchés des produits pertinents.

B.2.1.a Marchés non-affectés par l'opération de concentration

32. Afin d'apporter de la clarté à la présente analyse, les marchés non-affectés par l'opération de concentration seront en premier lieu présentés, afin que l'examen puisse porter sur les seuls marchés pertinents affectés par l'opération de concentration sous revue.

33. En outre, aux fins de la présentation des activités des entreprises participantes, tant dans les marchés non-affectés que les marchés affectés, celles-ci ont communiqué la description de leurs différentes activités au moyen des critères suivants:

- le volume de produits vendus; et
- la valeur de marché des produits vendus qui correspond au nombre de produits vendus multipliés par leur prix de vente auprès du consommateur final.

34. Ces valeurs sont reprises dans le présent examen, selon les données communiquées par les entreprises participantes. A la différence du chiffre d'affaires, qui correspond au nombre de produits vendus multipliés par leur prix de vente auprès du partenaire commercial (i.e. *in casu*, les dépositaires - grossistes ou les distributeurs), la valeur de marché correspond (comme indiqué au § 33) au nombre de produits vendus multipliés par leur prix de vente au consommateur final. Selon les entreprises participantes, le problème majeur, quant à l'indication des chiffres d'affaires des concurrents, est que les informations détaillées, à cet égard, sont à fortiori inaccessibles en tant qu'elles constituent des informations réservées des concurrents.

35. De plus, toujours selon les entreprises participantes à l'opération de concentration, les parts de marché calculées selon les valeurs de marché devraient largement correspondre aux parts de marché exprimées en chiffre d'affaires. Selon les parties, les partenaires commerciaux appliquent une marge souvent semblable à l'ensemble des marques d'une même catégorie de produits. A priori, les parts de marché devraient demeurer les mêmes. Ainsi, l'emploi du critère de la valeur de marché se justifierait.

36. Enfin, il est à noter que dans le canal Horeca, les informations concernant les différentes valeurs de marché ne seraient pas disponibles directement, et partant les informations y relatives ne sont pas systématiquement fournies.

B.2.1.a.1 Marché des CSD

a) Marché des produits pertinent

37. Le marché des CSD comprend toutes les boissons aromatisées à base d'eau de source (aux fins d'une distinction claire, toutes les eaux minérales

aromatisées aux extraits de fruits seront considérées comme eaux minérales) contenant de l'acide carbonique (boissons au goût de cola, goût citronné ou d'orange, Rivella, etc.) y compris les thés froids. Un total d'environ [500-1'000] millions de litres de CSD ont été distribués en Suisse pour une valeur de marché total avoisinant CHF [2'500-3'500] millions sur l'ensemble du marché.

i) Activités de Nestlé

38. En Suisse, Nestlé est actif sur le marché des CSD, dans la vente dans les canaux Horeca et Retail des produits "S. Pellegrino bibite gasate" et "Sanbitter", qui en 2006, ont généré des volumes de [0-5] millions de litres (Horeca: [0-5] mio de litres et Retail: [0-5] mio de litres) et [0-5] million de litres (Horeca: [0-5] mio de litres et Retail: [0-5] mio de litres) respectivement. Les valeurs de marché pour le canal de distribution Retail uniquement sont de CHF [0-5] million pour "S. Pellegrino bibite gasate" et de CHF [0-5] millions pour "Sanbitter".

39. Nestlé produit également les cafés froids "Nescafé Xpress" qui ne sont vendus que dans le canal de distribution Retail, dans lequel, en 2006, Nestlé a distribué des cafés froids pour un volume de [0-5] millions de litres, soit une valeur de marché d'environ CHF [0-10] millions.

40. De surcroît, Nestlé produit des boissons énergétiques sous les marques "PowerBar" et "Vittel Action". La valeur de marché de ces produits énergétiques vendus, en Suisse, par Nestlé, par le biais du canal de distribution Retail, a été estimée à CHF [0-5] millions.

41. En outre, par souci d'exhaustivité, les parts de marché de Beverage Partners Worldwide SA ("BPW"), avec siège à Urdorf (ZH), une joint-venture de plein exercice avec Coca-Cola, qui produit les thés froids "Nestea", ont été ajoutées aux parts de Nestlé. Pour l'exercice 2006, BPW a distribué des thés froids dans le canal de distribution Horeca pour un volume de [20-30] millions de litres, représentant un chiffre d'affaires de CHF [0-10] millions. Dans le canal de distribution Retail, BPW a distribué, en Suisse, en 2006, des thés froids pour un volume de [5-15] millions de litres et pour une valeur de marché de CHF [10-20] millions, ce qui représente un chiffre d'affaires de CHF [0-5] millions.

42. Pour l'année 2006, Nestlé a réalisé, par le biais des canaux de distribution Horeca et Retail, un chiffre d'affaires sur le marché des CSD de CHF [5-15] millions et CHF [5-15] millions respectivement.

ii) Activités de SMH

43. Dans les domaines des CSD, SMH produit et distribue les produits de sa marque "X-Drink" et produit et distribue, en tant que franchisé, les produits "Virgin Cola" (y compris le "Virgin Cola Light") et "Virgin Ice Tea". Les produits X-Drink ont été distribués, en 2006, en Suisse, en volume, à hauteur de [0-10] millions de litres (Horeca) et [0-10] millions de litres (Retail). La valeur de marché pour ces pro-

duits, dans le canal Retail, est estimée à environ CHF [0-10] millions (Retail).

44. En ce qui concerne les produits Virgin, en volume, [0-10] millions de produits (dont [0-10] mio de litres de thé froid) ont été distribués dans le canal Horeca, étant précisé que les produits Virgin ne sont pas distribués dans le canal de distribution Retail.

45. En outre, SMH produit [0-10] millions de litres de limonades (pour une valeur de marché estimée à CHF [0-10] millions) et [0-10] millions de litres de thés froids (pour une valeur de marché estimée à CHF [0-10] millions), qui sont vendus en tant que MDD, principalement par Coop et Carrefour. La production de limonades MDD et de thés froids MDD, en Suisse, en 2006, était de [70-80] millions de litres et de [85-95] millions de litres respectivement.

46. En dernier lieu, SMH produit des boissons énergétiques, en tant que MDD, pour Coop sous la marque "Activade". En 2006, SMH a produit [0-1 Mio] litres d'Activade pour Coop pour une valeur de marché estimée à CHF [0-1 Mio]. La production de boissons énergétiques MDD, en Suisse, en 2006, était de [0,5-1,5] millions de litres.

47. Pour l'année 2006, ces chiffres représentent, pour SMH, dans le canal Horeca, un chiffre d'affaires de CHF [10-20] millions, tandis que dans le canal Retail, SMH a réalisé un chiffre d'affaires de CHF [0-10] millions.

b) Marché géographique pertinent

48. Au vu des remarques aux § 30 et 31, le marché géographique pertinent retenu est l'ensemble du territoire suisse. De plus, les produits CSD sont généralement distribués aux partenaires commerciaux en même temps que les eaux minérales, dès lors on peut considérer le même marché géographique (cf. développement qui suit aux § 72-73).

B.2.1.a.2 Marché des jus de fruits

a) Marché des produits pertinent

49. Le marché des jus de fruits couvre essentiellement le marché des boissons produites à base de fruits (tant à partir de concentré que de fruits frais).

i) Activités de Nestlé

50. Nestlé n'est pas actif sur le marché des jus de fruits proprement dits. Cependant, la division Nestlé Nutrition de Nestlé produit des quantités limitées de jus de fruits pour bébés. Par souci d'exhaustivité, les parts de marché y relatives sont incorporées aux chiffres du marché des jus de fruits. Nestlé a vendu, en 2006, sur le marché suisse, dans le canal de distribution Retail, des jus d'orange pour bébé pour un volume d'environ [0-100'000] kg et pour une valeur de marché de CHF [0-1 Mio], ce qui représente un chiffre d'affaires d'environ CHF [0-1 Mio].

ii) Activités de SMH

51. SMH dispose d'une participation de 49% dans la société Eckes-Granini SA (Suisse), une collabora-

tion avec Eckes-Granini GmbH (Allemagne), en vue de la distribution des marques de jus d'orange "Granini" et "Hohes C", appartenant au groupe Eckes-Granini. En 2006, les volumes de ces produits, dans le canal Horeca sont de [0-10] millions de litres (Granini) et [0-1] millions de litres (Hohes C) respectivement. Le volume distribué dans le canal Retail est de [10-20] millions de litres pour les produits Granini et de [0-10] millions de litres pour les produits Hohes C. Les valeurs de marché correspondantes, dans le canal Retail, atteignent CHF [20-30] millions (Granini) et CHF [5-15] millions (Hohes C) respectivement.

52. En outre, SMH produit [0-10] millions de litres de jus de fruits qui sont vendus en tant que MDD, principalement par Coop et Carrefour. La production de jus de fruits MDD, en Suisse, en 2006, était de [65-75] millions de litres.

53. En 2006, SMH a réalisé, dans le canal Horeca, un chiffre d'affaires de CHF [10-20] millions et, dans le canal Retail, un chiffre d'affaires de CHF [30-40] millions.

b) Marché géographique pertinent

54. Au vu des remarques aux § 30 et 31, le marché géographique pertinent retenu est l'ensemble du territoire suisse. De plus, les jus de fruits sont généralement distribués aux partenaires commerciaux en même temps que les eaux minérales, dès lors on peut considérer le même marché géographique (cf. développement qui suit aux § 72-73).

B.2.1.a.3 Résumé des résultats CSD

55. Sur les marchés des CSD, les parts de marché des parties n'atteignent pas les seuils de l'article 11 al. 1 let. d OCCE.

56. Un total d'environ [500-1'000] millions de litres de CSD ont été distribués en Suisse pour une valeur de marché total avoisinant CHF [2'500-3'500] millions sur l'ensemble du marché.

57. Dans le canal de distribution Horeca, le volume total du marché des CSD en Suisse, en 2006, était de [0-500] millions de litres. Le volume cumulé des ventes de Nestlé et SMH dans ce marché était de [35-45] millions de litres, soit une part de [5-15]% du marché des CSD, en volume.

58. Dans le canal de distribution Retail, le volume total du marché des CSD en Suisse, en 2006, était également de [0-500] millions de litres et la valeur de marché totale de CHF [300-500] millions. Le volume cumulé des ventes de Nestlé et SMH dans ce marché était de [13-20] millions de litres, soit [0-10]% du marché des CSD, en volume. La valeur de marché cumulée des CSD, dans le canal Retail uniquement était d'environ CHF [20-30] millions, soit [0-10]% de parts de marché, en terme de valeur de marché.

59. A noter que pour les deux canaux de distribution, les entreprises interrogées confirment les parts de marché de Nestlé et SMH, communiquées par ces dernières, mais l'évaluation des parts de marché des concurrents

des entreprises participantes se basent uniquement sur les données fournies par Nestlé et SMH.

Volumes et valeurs de marché absolus sur les marchés des CSD en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulés	
	litres mio	CHF mio	litres mio	CHF mio	litres mio	CHF mio
CSD Horeca	[20-30]	N/A	[10-20]	N/A	[30-50]	N/A
CSD Retail	[5-15]	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[10-20]	[25-40]

Parts de marché sur les produits des CSD en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulées	
	volume	valeur	volume	valeur	volume	valeur
CSD Horeca	[0-10]%	N/A	[0-10]%	N/A	[5-15]%	N/A
CSD Retail	[0-10]%	[0-10]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-10]%	[5-15]%

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Horeca	
Les concurrents	parts de marché
Coca-Cola	[55-65]%
Rivella	[10-20]%
Unilever	[5-15]%
Nestlé	[0-10]%
SMH	[0-10]%
Pepsi	[0-10]%
Autres	[0-10]%
Nestlé et SMH cumulées	[5-15]%

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Retail	
Les concurrents	parts de marché
Coca-Cola	[20-30]%
Migros	[20-30]%
Coop	[5-15]%
Denner	[0-10]%
Nestlé	[0-10]%
SMH	[0-10]%
Autres	[30-40]%
Nestlé et SMH cumulées	[0-10]%

B.2.1.a.4 Résumé des résultats jus de fruits

60. Sur le marché des jus de fruits, les volumes et valeurs de marché des jus de fruits produits par Nestlé sont négligeables. Les parts de marché cumulées sont à priori légèrement supérieures à celles d'Henniez seule, mais elles ne dépassent pas 20%.

61. A noter que pour les deux canaux de distribution, les entreprises interrogées confirment les parts de marché de Nestlé et SMH, communiquées par ces dernières, mais l'évaluation des parts de marché des concurrents des entreprises participantes se basent uniquement sur les données fournies par Nestlé et SMH.

Volumes et valeurs de marché absolus sur les marchés des jus de fruits en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulés	
	litres mio	CHF mio	litres mio	CHF mio	litres mio	CHF mio
Jus de fruits Horeca	-	-	[0-10]	N/A	[0-10]	N/A
Jus de fruits Retail	[0-1]	[0-1]	[15-25]	[40-50]	[15-25]	[40-50]

Parts de marché sur les produits des jus de fruits en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulées	
	volume	valeur	volume	valeur	volume	valeur
Jus de fruits Horeca	-	-	[5-15]%	N/A	[5-15]%	N/A
Jus de fruits Retail	[0-1]%	[0-1]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Horeca	
Les concurrents	parts de marché
MDD	[45-55]%
Unidrink	[15-25]%
SMH	[5-15]%
Rivella	[0-10]%
Butterzentrale Luzern	[0-5]%
Nestlé	-
Autres	[15-25]%
Nestlé et SMH cumulées	[5-15]%

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Retail	
Les concurrents	parts de marché
Migros	[40-50]%
Coop	[20-30]%
SMH	[10-20]%
Denner	[5-15]%
Rivella	[0-10]%
Nestlé	[0-5]%
Autres	[0-10]%
Nestlé et SMH cumulées	[10-20]%

B.2.1.b Conclusion intermédiaire

62. Au vu des parts de marché individuelles et cumulées des entreprises participantes, tant dans les marchés des produits CSD que des jus de fruits, ces derniers ne sont pas affectés par l'opération de concentration sujette à examen.

B.2.1.c Marchés affectés par l'opération de concentration

Marché des eaux minérales

a) Marché des produits pertinent

63. Le marché des eaux minérales inclut tant les eaux minérales naturelles plates que gazeuses, ainsi que les eaux minérales légèrement aromatisées aux extraits de fruits. Il est indiqué que la répartition totale du marché

des eaux minérales est d'environ 70 à 75% d'eau minérale gazeuse et de 25 à 30% d'eau minérale plate dans le canal Horeca, tandis que, dans le canal Retail, les eaux minérales gazeuses représentent environ 60 à 65% des eaux minérales consommées. Les ventes totales en Suisse d'eaux minérales légèrement aromatisées aux extraits de fruits ont été estimées, pour l'année 2006, à environ [10-20] millions de litres, étant précisé que le volume total d'eau minérale consommée en Suisse est de [800-1'000] millions de litres.

64. Au niveau de la substituabilité des produits, la distinction précise entre eaux minérales plates et eaux minérales gazeuses peut rester ouverte. A l'instar de la décision de la Commission européenne, dans l'affaire *Nestlé/San Pellegrino* (Affaire N° IV/M.1065, § 9-10), il est constaté, du côté de la demande, que même si la majorité des consommateurs finaux ne changeaient pas

pour de l'eau minérale gazeuse en réponse à une augmentation importante durable des prix de l'eau minérale plate, en cas de situation inverse, la majorité des consommateurs d'eau gazeuse le feraient facilement en faveur de l'eau minérale plate. De plus, du côté de l'offre, il semble que les coûts d'adaptation d'une chaîne de production d'eau minérale gazeuse vers l'eau minérale plate (et inversement) sont négligeables.

65. Par ailleurs, il est considéré que tant les marques des producteurs que les marques des distributeurs (MDD) font partie du marché des eaux minérales, étant précisé que leurs processus de fabrication sont identiques et que les utilisations qu'en font les consommateurs finaux sont les mêmes.

66. En outre, dans la décision de la Commission européenne *Nestlé/San Pellegrino* (Affaire N° IV.M.1065, § 8), la Commission a considéré que les petites marques locales d'eaux minérales doivent être considérées comme substituables aux marques d'eaux minérales des groupes nationaux. Les caractéristiques des produits et leurs utilisations finales sont largement similaires.

67. Selon les estimations de Nestlé, un total d'environ [300-500] millions de litres d'eau minérale ont été distribués, en Suisse, en 2006, par le biais du canal de distribution Horeca.

68. En ce qui concerne le canal de distribution Retail, toujours selon les estimations de Nestlé, un total d'environ [300-600] millions de litres d'eau minérale ont été distribués, en Suisse, en 2006, par le biais du canal Retail, et ce pour une valeur de marché totale de près de CHF [200-300] millions sur l'ensemble du marché.

69. La différence entre ces valeurs en volume (environ [800-1'000] millions de litres au total dans les deux canaux) et le volume total d'eau minérale consommée en Suisse de [800-1'000] millions de litres peut notamment s'expliquer par le choix de ne pas inclure les volumes et valeurs de marché des eaux minérales distribuées dans des fontaines d'eau (en anglais: water cooler, distinguées ici du marché des eaux minérales embouteillées), produits qui ne sont pas considérés comme substituables.

i) Activités de Nestlé

70. Nestlé est actif sur le marché des eaux minérales en Suisse dans la vente aux distributeurs et dépositaires des marques suivantes: "Acqua Panna", "S. Pellegrino", "Perrier", "Vittel", "Contrex", "Acqua Vera", "Levissima", "Recoaro", "Nestlé Aquarel" et "Valvert". L'entité chargée de la vente des eaux minérales, appartenant à Nestlé en Suisse, est Nestlé Waters (Suisse) SA. Nestlé ne produit pas d'eaux minérales en Suisse, mais son activité se limite à l'importation et à la vente d'eaux minérales produites à l'étranger. En 2006, par le biais du canal de distribution Horeca, Nestlé a vendu un volume d'eaux minérales de [35-45] millions de litres, représentant un chiffre d'affaires de CHF [20-30] millions. Dans le canal de distribution Retail, Nestlé a vendu, en 2006, un volume d'eaux minérales de [50-60] millions de litres, représentant un chiffre d'affaires de CHF [35-45] millions. La valeur de marché, pour le canal de distribution Retail, est estimée à CHF [45-55] millions.

ii) Activités de SMH

71. SMH produit et distribue les marques d'eaux minérales "Henniez", "Henniez Esprit Fruits", et "Cristalp", alors qu'elle ne fait que distribuer la marque "Vichy Celestins". En 2006, SMH a distribué, par le biais du canal de distribution Horeca, un volume total d'eaux minérales de [55-75] millions de litres, représentant un chiffre d'affaires de CHF [40-50] millions, tandis que par le biais du canal Retail, SMH a écoulé, en 2006, un volume de [50-60] millions de litres d'eaux minérales, représentant un chiffre d'affaires de CHF [20-30] millions. La valeur de marché correspondante, dans le canal Retail, équivaut à CHF [30-40] millions.

b) Marché géographique pertinent

72. Comme relevé aux § 30-31, le marché géographique pertinent, s'étend à la région dans laquelle les conditions du marché sont homogènes, même si certains partenaires commerciaux, pris individuellement, ne sont actifs que du côté de la demande que dans une aire géographique limitée (cf. *Migros/Globus*, DPC 1997/3, p. 369, § 25 ss). Il convient de noter par exemple, que certains producteurs d'eaux minérales ne sont distribués que dans certaines régions de Suisse. Toutefois, les deux entreprises participantes à l'opération de concentration offrent toutes deux leurs produits (eaux minérales, CSD, jus de fruits) dans toute la Suisse. De plus, tant Nestlé que SMH déterminent chacun leur politique de prix dans le domaine des boissons de manière homogène au niveau national.

73. Le marché géographique pertinent retenu est à fortiori national et couvre l'ensemble du territoire suisse pour l'ensemble des marchés des produits pertinents (cf. *Feldschlösschen/Coca-Cola*, DPC/1 2005, § 62, p. 119).

B.2.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

74. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés des produits et les marchés géographiques, sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus, subissent une analyse détaillée (ces marchés vont être décrits comme "les marchés affectés par l'opération de concentration"). Si ces seuils ne sont pas dépassés dans certains marchés, on peut supposer que l'opération de concentration a des effets non pertinents dans les marchés concernés. Ainsi, dans ces marchés non-affectés, un examen détaillé est en général inutile.

75. Pour rappel, le volume total d'eaux minérales consommée en Suisse, en 2006 a été de [800-1'000] millions de litres.

76. Selon les estimations de Nestlé, un total d'environ [300-500] millions de litres d'eaux minérales ont été distribués, en Suisse, en 2006, par le biais du canal de distribution Horeca.

77. En ce qui concerne le canal de distribution Retail, toujours selon les estimations de Nestlé, un total

d'environ [350-600] millions de litres d'eaux minérales a été distribuée, en Suisse, en 2006, par le biais du canal Retail, et ce pour une valeur de marché totale de près de CHF [200-300] millions sur l'ensemble du marché.

78. En 2006, par le biais du canal de distribution Horeca, Nestlé a vendu un volume d'eaux minérales de [35-45] millions de litres et SMH a distribué un volume d'eaux minérales de [60-70] millions de litres, soit un volume cumulé de [90-120] millions de litres.

79. Dans le canal de distribution Retail, Nestlé a vendu, en 2006, un volume d'eaux minérales de [50-60] millions de litres et SMH a écoulé un volume de [50-60] millions de litres d'eaux minérales, représentant un volume cumulé de [100-120] millions de litres. La valeur de marché correspondante, pour Nestlé, dans le canal Retail, équivaut à CHF [30-40] millions et pour SMH, à CHF [45-55] millions respectivement, soit une valeur de marché cumulée de CHF [80-90] millions.

80. Selon les estimations de Nestlé, sur le marché des eaux minérales dans le canal de distribution Horeca, les parts de marché en terme de volume de Nestlé et de SMH sont de [5-15]% et [15-25]% respectivement, soit une part de marché cumulée de [20-30]%. Le marché

des eaux minérales, dans le canal de distribution Horeca, constitue donc un marché affecté au sens de l'art. 11 al.1 let. d OCCE.

81. Selon les estimations de Nestlé, sur le marché des eaux minérales dans le canal de distribution Retail, les parts de marché en terme de volume de Nestlé et de SMH sont de [5-15]% et [5-15]% respectivement, soit une part de marché cumulée de [15-25]%. En terme de valeur de marché, les parts de marché de Nestlé et SMH s'élèvent dans le canal Retail à [10-20]% et [10-20]%, soit une part cumulée de [25-35]%. Le marché des eaux minérales, dans le canal de distribution Retail, constitue donc un marché affecté au sens de l'art. 11 al.1 let. d OCCE.

82. En agrégeant les chiffres Horeca et Retail, la part de marché cumulée en volume de Nestlé et SMH atteint [20-30]%. Le volume pour Nestlé dans les deux canaux atteint [80-120] millions de litres, tandis que pour SMH ce chiffre est de [110-130] millions de litres. La somme agrégée est de [190-250] millions de litres. Cette somme, par rapport au volume total d'eaux minérales consommées en Suisse, en 2006, de [800-1'000] millions de litres, représente un part de marché cumulée en volume de [20-30]%. Le marché

Volumes et valeurs de marché absolus sur les marchés affectés des eaux minérales en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulés	
	litres mio	CHF moi	litres mio	CHF mio	litres mio	CHF mio
Eaux minérales Horeca	[35-45]	N/A	[60-70]	N/A	[100-120]	N/A
Eaux minérales Retail	[50-60]	[45-55]	[50-60]	[30-40]	[100-120]	[75-95]

Parts de marché sur les marchés affectés des eaux minérales en Suisse en 2006						
Marchés des produits pertinents	Nestlé		SMH		cumulées	
	volume	valeur	volume	valeur	volume	valeur
Eaux minérales Horeca	[5-15]%	N/A	[15-25]%	N/A	[20-30]%	N/A
Eaux minérales Retail	[5-15]%	[10-20]%	[5-15]%	[10-20]%	[20-30]%	[25-35]%

I Concurrence actuelle

A Structure de la distribution et de la demande

83. Selon Nestlé, le marché suisse des eaux minérales est un marché mature, tant en ce qui concerne la distribution par le biais du canal Horeca que par le canal Retail. Le taux de croissance moyen de 2004 à 2006 a été d'environ [0-5]% en volume.

i) Structure de l'offre

a) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Horeca

84. Les entreprises actives dans le domaine de la vente des eaux minérales, par le biais du canal de distribution Horeca, sont généralement productrices de leurs propres produits (par ex. Coca-Cola, Henniez, Danone, Carlsberg). Les producteurs d'eaux minérales ne concluent en général pas eux-mêmes de contrat de livraison avec les hôtels, restaurants, caterings, cafés, cantines et similaires, mais collaborent souvent avec des intermédiaires-grossistes (dépositaires ou cash & carry) qui sont chargés de la distribution aux commerces de détail.

b) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Retail

85. Dans le canal de distribution Retail, les producteurs d'eau minérale sont en concurrence avec les opérateurs du marché de la grande distribution tels que Migros, Coop, Denner, Carrefour et, à terme, Aldi et Lidl (Grands Distributeurs). Les Grands Distributeurs produisent soit leurs propres produits (MDD: par ex. "Aproz", "M-Budget", ou "Swiss Alpina"), soit se procurent les produits auprès des producteurs (éventuellement étrangers) (par ex. San Benedetto, Evian, etc.).

ii) Structure de la demande

a) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Horeca

86. La demande dans le domaine de la vente d'eaux minérales, par le biais du canal de distribution Horeca, est représentée essentiellement par la demande des dépositaires ou des cash & carry, auprès desquels les commerçants de l'hôtellerie et de la restauration se fournissent.

b) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Retail

87. Dans le canal de vente Retail, la demande dans le domaine de la vente d'eaux minérales provient, d'une part des Grands Distributeurs et d'autre part, de distributeurs de taille plus modeste. Dans ce canal de distribution, il existe très rarement un intermédiaire entre le producteur d'eaux minérales et le distributeur.

B Parts de Marché

i) Parts de marché des entreprises participantes

88. Les parts de marché, en termes de volume et de valeurs de marché, ont été développées au § 82.

ii) Parts de marché des concurrents les plus importants

89. Selon Nestlé, le marché suisse des eaux minérales a connu, entre 2004 et 2006, une augmentation moyenne annuelle de son volume et de sa valeur de marché totaux, d'environ [0-5]% en terme de volume et de [0-1]% en terme de valeur de marché. Cette évolution divergente entre augmentation du volume et de la valeur de marché serait due principalement à l'augmentation du marché des eaux minérales à bas prix.

90. A noter que pour les deux canaux de distribution, les entreprises interrogées confirment les parts de marché de Nestlé et SMH, communiquées par ces dernières, mais l'évaluation des parts de marché des concurrents des entreprises participantes se basent uniquement sur les données fournies par Nestlé et SMH.

a) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Horeca

91. En terme de volume, Coca-Cola est actuellement le leader du marché avec une part de marché estimée, pour l'année 2006, de [20-30]%. Viennent ensuite Carlsberg avec une part de marché de [15-25]%, Henniez avec [10-20]%, Nestlé est numéro quatre avec [5-15]%, Danone avec [0-10]%. Les acteurs restants sur le marché se partagent [15-25]% du volume. Ceux-ci sont regroupés sous la rubrique "Autres" (cf. tableau qui suit) et représentent environ une dizaine de sociétés, notamment Migros et Heineken, ou encore des marques comme "Eptinger", "Adelbodner" et "Knutwiler".

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Horeca				
Les concurrents	volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Coca-Cola	[90-100]	[20-30]%	N/A	N/A
Carlsberg	[80-90]	[15-25]%	N/A	N/A
Henniez (SMH)	[60-80]	[10-20]%	N/A	N/A
Nestlé	[35-45]	[5-15]%	N/A	N/A
Danone	[25-35]	[0-10]%	N/A	N/A
Autres	[65-85]	[15-25]%	N/A	N/A
Nestlé et Henniez cumulées	[100-120]	[20-30]%	N/A	N/A

Parts de marché en Suisse en 2005 dans le canal de distribution Horeca				
Les concurrents	volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Coca-Cola	[95-105]	[20-30]%	N/A	N/A
Carlsberg	[80-100]	[15-25]%	N/A	N/A
Henniez (SMH)	[60-80]	[10-20]%	N/A	N/A
Nestlé	[40-50]	[5-15]%	N/A	N/A
Danone	[25-35]	[0-10]%	N/A	N/A
Autres	[30-50]	[5-15]%	N/A	N/A
Nestlé et Henniez cumulées	[100-120]	[25-35]%	N/A	N/A

Parts de marché en Suisse en 2004 dans le canal de distribution Horeca				
Les concurrents	Volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Coca-Cola	[90-110]	[25-35]%	N/A	N/A
Carlsberg	[80-90]	[15-25]%	N/A	N/A
Henniez (SMH)	[65-75]	[15-25]%	N/A	N/A
Nestlé	[35-45]	[5-15]%	N/A	N/A
Danone	[25-35]	[5-15]%	N/A	N/A
Autres	[40-50]	[5-15]%	N/A	N/A
Nestlé et Henniez cumulées	[100-120]	[25-35]%	N/A	N/A

92. Le tableau suivant présente l'évolution des volumes et valeurs de marché de chaque compétiteur de 2004 à 2006, sur le marché des eaux minérales:

Evolution de la part de marché totale (Horeca et Retail) de chaque compétiteur (2004-2006)		
Eau minérale	volume	valeur de marché
Coop	[20-40]%	N/A
Denner	[20-35]%	N/A
Migros	[0-5]%	N/A
Nestlé	[-5-+5]%	N/A
Carlsberg	[-5-0]%	N/A
Danone	[-5-0]%	N/A
Coca-Cola	[-10-0]%	N/A
Henniez (SMH)	[-15 - -5]%	N/A
Autres	[10-20]%	N/A
Total	[0-5]%	N/A
Nestlé et Henniez cumulée	[-15 - -5]%	N/A

93. Selon la notification, en ce qui concerne le canal de distribution Horeca, plusieurs éléments semblent expliquer ces évolutions des parts de marché. D'une part, les compétiteurs figurant sous la rubrique "Autres" ont connu une forte croissance, due à l'entrée sur le marché suisse de marques étrangères (par ex. "San Benedetto") ou des marques régionales ont été développées à l'échelle nationale (par ex. "Passuger"), d'autre part, les producteurs de marques classiques (tels que par ex. Henniez, Nestlé, Coca-Cola et Danone) ont subi la concurrence accrue des producteurs régionaux d'eaux minérales, qui ont su profiter de la demande des consommateurs pour ces produits (par ex. pour les marques Heidiland, Hildon ou Voss).

94. Il apparaît également, que les choix de partenaires commerciaux, quant à leurs achats, se basent de plus en plus sur l'importance des rabais accordés par les producteurs lors des promotions, ce qui entraîne une pression sur les prix. Il semble que les partenaires commerciaux se fournissent de plus en plus dans le cadre de promotions de chaque producteur. Par ailleurs, les contrats conclus sont généralement de courte durée (en règle générale [0-5] ans) et non-exclusifs, ainsi les parties affirment, que les commerçants de la gastronomie pourraient faire pleinement jouer la concurrence entre producteurs.

95. De plus, les producteurs de bières sont en mesure de tirer profit de leur fourniture de bières à la fourniture de leurs eaux minérales. Dans le domaine de la fourniture de bières, contrairement à la fourniture d'eaux minérales, les producteurs de bières se lient à leurs clients pour une longue durée, par exemple, par le biais de financements importants de biens d'équipement. Les

producteurs de seules eaux minérales doivent lutter à l'encontre de concurrents en possession d'un porte-folio complet de produits (bière, large gamme de CSD, etc.) et de la volatilité des relations avec leurs clients.

96. Il est à noter finalement, que cette évolution de parts de marché doit être relativisée au niveau de l'importance statistique que représentent ces modifications. Ces valeurs doivent notamment être corrélées avec l'évolution des volumes produits au fil du temps, l'inflation (l'évolution des prix des produits), etc.

b) Marché des eaux minérales vendues dans le canal Retail

97. En terme de volume, Migros disposait en 2006 d'une part de marché de [20-30]% et de [15-25]% en terme de valeur de marché. En terme de volume, Coop et Denner disposaient de parts de marché de [15-25]% et [10-20]% respectivement, ce qui correspondait en terme de valeur de marché à des parts de marché de [10-20]% et [5-15]% respectivement. Ces chiffres reflètent notamment la concurrence représentée par les MDD distribués par ces Grands Distributeurs.

98. Il est à noter en marge, que même si Nestlé et SMH ne produisent pas d'eaux minérales MDD pour les Grands Distributeurs, SMH produit notamment des CSD et jus de fruits MDD pour Coop et Carrefour. Dès lors, il se peut qu'une partie de la concurrence exercée par les Grands Distributeurs soit compensée par l'activité de SMH en leur faveur. Il convient de considérer cette remarque à l'avenir pour les différents marchés, même si en l'espèce, dans le marché des eaux minérales, Nestlé et Henniez ne produisent pas de MDD pour les Grands Distributeurs.

Parts de marché en Suisse en 2006 dans le canal de distribution Retail				
Les concurrents	volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Migros	[110-130]	[20-30]%	[50-60]	[15-25]%
Coop	[80-90]	[15-25]%	[30-40]	[10-20]%
Denner	[70-80]	[10-20]%	[20-30]	[5-15]%
Nestlé	[50-60]	[5-15]%	[45-55]	[10-20]%
Henniez (SMH)	[50-60]	[5-15]%	[30-40]	[5-15]%
Danone	[40-50]	[5-15]%	[30-40]	[5-15]%
Coca-Cola	[20-30]	[0-10]%	[15-25]	[0-10]%
Carlsberg	[0-10]	[0-5]%	[0-10]	[0-5]%
Autres	[5-15]	[0-5]%	[0-5]	[0-5]%
Nestlé et Henniez cumulées	[100-120]	[20-30]%	[80-90]	[25-35]%

Parts de marché en Suisse en 2005 dans le canal de distribution Retail				
Les concurrents	volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Migros	[120-140]	[20-30]%	[55-65]	[15-25]%
Coop	[70-80]	[10-20]%	[25-35]	[5-15]%
Denner	[50-60]	[10-15]%	[15-25]	[15-25]%
Nestlé	[55-65]	[10-15]%	[50-60]	[15-25]%
Henniez (SMH)	[50-60]	[10-15]%	[35-45]	[10-15]%
Danone	[45-55]	[5-15]%	[35-45]	[10-15]%
Coca-Cola	[20-30]	[0-10]%	[20-30]	[0-10]%
Carlsberg	[0-10]	[0-10]%	[5-15]	[0-5]%
Autres	[20-30]	[0-10]%	[0-10]	[0-5]%
Nestlé et Henniez cumulées	[110-130]	[15-25]%	[80-100]	[25-35]%

Parts de marché en Suisse en 2004 dans le canal de distribution Retail				
Les concurrents	volume		valeur de marché	
	litres mio	%	CHF mio	%
Migros	[110-130]	[20-30]%	[50-60]	[15-25]%
Coop	[50-70]	[5-15]%	[25-35]	[5-15]%
Denner	[50-60]	[5-15]%	[20-30]	[5-15]%
Nestlé	[45-55]	[5-15]%	[45-55]	[10-20]%
Henniez (SMH)	[60-70]	[5-15]%	[35-45]	[10-20]%
Danone	[45-55]	[5-15]%	[30-40]	[10-20]%
Coca-Cola	[25-35]	[0-10]%	[20-30]	[5-15]%
Carlsberg	[10-20]	[0-10]%	[5-15]	[0-10]%
Autres	[25-35]	[0-10]%	[5-15]	[0-10]%
Nestlé et Henniez cumulées	[115-140]	[20-30]%	[90-110]	[25-35]%

99. Les parts de marché des Grands Distributeurs (surtout Coop et Denner) ont augmenté sensiblement ces trois dernières années. Ceci témoigne de la concurrence offerte par les MDD, par rapport aux marques des producteurs. En ce qui concerne Nestlé et Henniez, les parts de marché cumulées et individuelles sont décroissantes dans le même laps de temps.

100. A l'issue de l'opération de concentration, les parts de marché des concurrents de Nestlé et SMH demeureront importantes sur le marché Retail. Par conséquent, ceux-ci continueront à exercer une pression importante sur le niveau des prix. Les Grands Distributeurs disposent de parts de marché et d'une position sur le marché très importante dans le domaine de la distribution Retail. De plus, Coca-Cola et Danone disposent eux aussi de parts de marché et de ressources financières qui leur permettront de concurrencer efficacement la nouvelle entité issue de l'opération de concentration.

101. Par ailleurs, il est à noter le rôle que joue les Grands Distributeurs en tant que "gatekeeper", puisqu'ils

décident, en dernier lieu, quelles marques peuvent être présentes dans leurs points de vente. Ainsi, les marques présentes sur les étals, distribuées par Migros, Coop et Denner, sont à 89.8% leurs propres MDD.

102. Pour faire le lien à cette réalité, il faut souligner les difficultés de négociation auxquelles les seuls producteurs d'eau minérale sont confrontés vis-à-vis des Grands Distributeurs. Ces derniers leur offrent des débouchés et volumes nécessaires pour leurs produits. L'adjonction d'une marque d'un producteur particulier n'est donc, commercialement parlant, pas une nécessité par ex. pour Migros, qui dispose de marques très bien acceptées par le public, ce d'autant plus qu'une multitude de producteurs d'eaux minérales concurrents seraient ravis de figurer sur les étals de Migros.

103. Le tableau suivant présente l'évolution des volumes et valeurs de marché de chaque compétiteur de 2004 à 2006, sur le marché des eaux minérales, dans le canal de distribution Retail uniquement:

Evolution de la part de marché totale (Retail) de chaque compétiteur (2004-2006)		
Eau minérale	volume	valeur de marché
Coop	[20-40]%	[5-10]%
Denner	[20-30]%	[0-10]%
Migros	[0-5]%	[-10-0]%
Danone	[-5-0]%	[-5-0]%
Nestlé	[-15 - -5]%	[-10-0]%
Coca-Cola	[-20 - -10]%	[-15 - -10]%
Henniez (SMH)	[-20 - -10]%	[-20 - -10]%
Carlsberg	[-60 - -50]%	[-25 - -20]%
Autres	[-70 - -60]%	[-80 - -70]%
Nestlé et Henniez cumulée	[-30 - 20]%	[-25 - -15]%

104. Selon les parties, l'évolution des parts de marché, dans le canal de distribution Retail, est liée avant tout, à la part de marché croissante des produits premier prix. Il apparaît que les produits qui gagnent des parts de marché sont les MDD et, de manière générale, les produits bon marché.

II Concurrence potentielle

A Entrées sur le marché dans les cinq dernières années

105. Dans le canal de distribution Horeca, Heineken a récemment lancé une nouvelle marque d'eau de source: "Calanda Acqua". De nombreux nouveaux produits ont également fait leur apparition (par ex. Heidiland, Hildon ou Voss) et ont rencontré un succès certain. On peut aussi considérer que l'entreprise Unidrink SA est également rentrée sur le marché des eaux minérales en reprenant les eaux minérales Elmer en 2005 et leur marque "Elmer Mineral".

106. En ce qui concerne le canal de distribution Retail, durant ces cinq dernières années, les MDD de Migros (M-Budget) et Coop (Prix Garantie) ont notamment rapidement acquis des parts de marché importantes dans le domaine de la distribution d'eau minérale. En outre, Aldi est déjà présent sur le marché suisse avec ses propres MDD et il est très probable que Lidl lui emboîte le pas sur le marché suisse avec ses propres MDD. Enfin, de nouvelles marques sont apparues sur le marché suisse, telles les marques "San Benedetto", "Fonte Laura", "Préalpi" et "Cristaline".

B Entrées possibles sur le marché durant les trois prochaines années

107. De nouvelles marques étrangères, telles "Gerolsteiner" et "Römerquelle", sont susceptibles d'apparaître sur le marché suisse.

108. De manière générale, la société française Neptune pourrait pénétrer le marché suisse, notamment avec sa marque "Cristaline" qui est déjà largement commercialisée en France voisine. De plus, il est fort probable que Lidl entre sur le marché suisse avec ses MDD: "Valon" et "Saskia" (cf. § 106). En outre, Coca-Cola pourrait lancer ses marques internationales "Bonaqua" et "Dasani" en Suisse, sans grands frais supplémentaires, au vu de sa force financière. De même, il est également imaginable que Pepsi en fasse autant avec sa marque internationale "Aquafina".

C Coûts d'entrée sur le marché

109. D'une part, il semble que certains grands groupes internationaux, tel Neptune et sa marque "Cristaline", pourraient apparaître sur le marché suisse à faible coût. Cette eau minérale, distribuée seulement dans le canal de distribution Retail, subirait des frais de transport depuis la France voisine pratiquement similaires à ceux des marques déjà présentes en Suisse.

110. De surcroît, en ce qui concerne par exemple Coca-Cola et Pepsi, un investissement marketing, pour le lancement des marques "Bonaqua", "Dasani" et "Aquafina", peut être envisagé à hauteur de CHF [0-5]

millions sur trois ans. A noter que ces marques sont des eaux traitées (et non des eaux minérales de source), ce qui implique que leur production peut être effectuée par le biais d'installations et d'infrastructures déjà utilisées (par ex. celles de "Valser", pour Coca-Cola, à Vals dans les Grisons). En résumé, un investissement minimum de CHF [0-5] millions peut être considéré comme plausible.

111. Par contre, selon Nestlé, les coûts de création de toute pièce d'une marque d'eau minérale et d'installations de production nouvelles peuvent être raisonnablement estimées à environ CHF 20-30 millions.

III Conclusion intermédiaire

112. En Suisse, sur les marchés affectés de l'eau minérale, en raison des parts de marché cumulées de Nestlé et SMH, l'opération de concentration ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (cf. art. 10 LCart).

113. Les parts de marché cumulées de Nestlé et SMH atteindraient à fortiori environ [20-30]% en terme de volume dans le canal de distribution Horeca. En terme de valeur de marché, dans le canal de distribution Retail, ces parts de marché seraient d'environ [20-30]% en terme de volume et [25-35]% en terme de valeur de marché.

114. Une concurrence tant actuelle que potentielle subsiste. Les grands groupes tels Coca-Cola, Carlsberg, Migros et Coop posséderont toujours, à priori au terme de l'opération de concentration, une part de marché importante dans l'un des deux canaux de distribution. En outre, de nouvelles marques et entreprises étrangères d'eau minérale sont susceptibles de faire leur apparition, sur le marché suisse, dans les deux canaux de distribution.

115. Au vu des considérations ci-dessus, il n'existe aucun indice que l'opération de concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace.

B.2.3 Conclusion

116. Pour les raisons déjà énoncées, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2.3

2. Barclays / ABN AMRO

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 13. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 2007

A SACHVERHALT

1. Am 15 Juni 2007 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Barclays PLC ("Barclays") und der ABN AMRO Holding N.V. ("ABN AMRO") erhalten (zusammen "die Parteien"). Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Barclays die alleinige Kontrolle über ABN AMRO erwerben wird.

2. *Barclays* mit Sitz in London ist ein global tätiger Anbieter von Finanzdienstleistungen, der in den Bereichen Privat- und Geschäftskunden, Kreditkarten, Investment Banking, Wealth Management und Investment Management Dienstleistungen in über 60 Ländern weltweit tätig ist. Barclays totaler konsolidierter Umsatz (Bruttoertrag) betrug im Jahr 2006 ca. CHF [...]. In der Schweiz ist Barclays über sieben Tochtergesellschaften tätig: Barclays Bank (Suisse) S.A., Barclays Global Investors (Schweiz) AG, Barclays Leasing AG, Barclays Private Equity (Schweiz) AG, Barclaytrust (Suisse) SA, BPB Holdings S.A. und Iveco Finance AG. Barclays bietet in der Schweiz primär folgende Finanzdienstleistungen an: Obligationenhandel, Derivathandel, Devisenhandel, Geldmarkt sowie Asset Management.

3. ABN AMRO, registriert in den Niederlanden, ist die oberste Konzerngesellschaft einer internationalen Bank, die in 53 Ländern und vier Hauptbereichen tätig ist: Privatkunden, Private Banking, Business and Commercial sowie Corporate and Institutional. Für Verwaltungs- und Reportingzwecke sind die Tätigkeiten von ABN AMRO in Business Units aufgeteilt. Der totale konsolidierte Umsatz (Bruttoerträge) von ABN AMRO betrug im Jahr 2006 ca. CHF [...]. In der Schweiz ist ABN AMRO über folgende vier Tochtergesellschaften tätig: ABN AMRO Bank N.V., Amsterdam, Zurich Branch, ABN AMRO Bank (Switzerland), Alcover AG und ABN AMRO Asset Management (Switzerland). ABN AMRO bietet in der Schweiz primär folgende Finanzdienstleistungen an: Obligationenhandel, Derivathandel, Devisenhandel, Geldmarkt sowie Asset Management.

4. Für die Parteien hat die Transaktion strategische und ökonomische Gründe:

- Indem der Zusammenschluss zwei komplementäre Geschäfte kombiniert und eine führende globale Bank und Finanzdienstleistungsgruppe schafft, wird

er der kombinierten Einheit ermöglichen, ihren Kunden *bessere Produkte und Dienstleistungen* in einem *grösseren geografischen Raum* anzubieten. Dies werde u.a. durch den Rückgriff auf die komplementären Kompetenzen (z.B. Barclays Kreditkartengeschäft und ABN AMROs globale Cash- und Zahlungsinfrastruktur) im erweiterten Tätigkeitsbereich ermöglicht.

- Die Parteien erwarten, dass sie bedeutende *transaktionsspezifische Effizienzen und Kostenersparnisse* generieren werden. Die Transaktion stelle genau die Art der grenzüberschreitenden Finanzdienstleister- und Bankenkonsolidierung dar, die der Financial Services Action Plan ausdrücklich und der Bericht der Europäischen Kommission zur Sektoruntersuchung des Retail-Bankgeschäfts implizit unterstützt und ermutigt, um weitere Effizienzen, Kostensenkungen und Innovationen zu fördern und damit wiederum den Kunden im EU Finanzdienstleistungs- und Bankenbereich verbesserte Produkte und Dienstleistungen anzubieten.

- Die Tätigkeiten der Parteien sind komplementär. Die kombinierte geografische Reichweite der Parteien werde ihnen einen *besseren Zugang zu sich entwickelnden Wirtschaften* mit hohen Wachstumsraten verhelfen.

5. Bezüglich des konkurrierenden, um ca. € 5 Mia. höheren Angebots des Konsortiums unter Führung der Royal Bank of Scotland machen Barclays und ABN AMRO geltend, dass das zwischen ihnen vereinbarte Merger Protocol rechtlich gültig, bindend und durchsetzbar bleibe. Das Angebot der Konkurrenz könne nicht kommentiert werden.

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

6. Das Kartellgesetz¹ 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

7. Als *Unternehmen* gelten gemäss Art. 2 Abs. 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. Barclays und ABN AMRO sind am 23. April 2007 übereingekommen, ihre Geschäftstätigkeiten zusammenzulegen. Das Angebot erstreckt sich auf das gesamt-

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

te Geschäft von ABN AMRO. Der Zusammenschluss wird u.a. durch ein Aktientauschangebot seitens Barclays auf die Aktien von ABN AMRO (Transaktion) bewirkt werden. Barclays beabsichtigt, zunächst mindestens 80%, dann über mehrere Stufen letztlich 100% der ABN AMRO Aktien entweder direkt oder indirekt über eine Tochtergesellschaft zu halten. Gemäss dem Angebot werden die Aktionäre für jede ABN AMRO-Aktie 3,225 Barclays-Aktien erhalten. Unter den Bedingungen des Angebots werden die heutigen Barclays Aktionäre ca. 52% und die heutigen ABN AMRO Aktionäre ca. 48% an der kombinierten Gruppe halten. Die Angebotsbedingungen beinhalten u.a., dass die regulatorischen Bewilligungen erteilt werden.

9. Die Transaktion zeichnet sich durch folgende Merkmale aus:

- Oberste Konzerngesellschaft der kombinierten Gruppe wird Barclays als eine in Grossbritannien eingetragene Gesellschaft sein. Die Hauptverwaltung der kombinierten Gruppe unter der Aufsicht der Financial Services Authority wird sich in Amsterdam befinden.
- ABN AMRO wird eine direkte oder indirekte Tochtergesellschaft von Barclays werden.
- ABN AMRO wird den ersten Verwaltungsratspräsidenten von Barclays ernennen, Barclays den ersten CEO. Der neue Verwaltungsrat wird anfänglich aus zehn Mitgliedern von Barclays und neun von ABN AMRO bestehen.

- Bezüglich der operativen Tochtergesellschaften, worunter auch die schweizerischen fallen, wird erwartet, dass sie (indirekt) unter der obersten Konzerngesellschaft operieren und weiterhin die betreffenden Finanz- und Bankdienstleistungstätigkeiten betreiben werden.

10. Daraus folgt, dass die Transaktion einen Erwerb alleiniger Kontrolle von Barclays über ABN AMRO und damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU² darstellt. Als ein angekündigtes öffentliches Übernahmeangebot ist die Transaktion meldefähig im Sinne von Art. 9 KG³.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

12. Sofern die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3–8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Da es sich bei der Käuferin und der übernommenen Gesellschaft um Banken handelt, werden die Aufgreifschwelle nach Art. 8 VKU berechnet. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die im Jahr 2006 erwirtschafteten Bruttoerträge.

<i>Bruttoerträge 2006 (in Mio. CHF)</i>	weltweit:	in der Schweiz:
Barclays	[...]	[...]
ABN AMRO	[...]	[...]
Gemeinsam	[...]	[...]

13. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Bruttoertrag von mehr als CHF 2 Mrd. und in der Schweiz einen Bruttoertrag von mehr als CHF 500 Mio. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist somit erreicht. Beide beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 in der Schweiz einen Bruttoertrag von über CHF 100 Mio., womit auch der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten ist. Der geplante Unternehmenszusammenschluss ist somit meldepflichtig.

B.4 Keine Zuständigkeit der Bankenkommission

14. Mit Schreiben vom 22. Juni 2007 hat die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) erklärt, keine Gläubigerinteressen geltend zu machen. Somit ist die Wettbewerbskommission (Weko) für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig (Art. 10 Abs. 3 KG).

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

³ RPW 2006/3, 481 f. Rz 48, Atel/EOSH-Aktiven, und RPW 2006/4, 672 Rz 24, Gaz de France/Suez; vgl. auch Art. 4 Abs. 1 FKVO (Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI 2004 L 24/1).

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

17. 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).

18. Die am Zusammenschluss beteiligten Banken sind auf mehreren Märkten tätig. Bei denjenigen Bereichen, in welchen die Transaktion zu **keinen Anteilsadditionen** führt (wie z.B. im M&A-Geschäft, Kreditkartenacquiring und bei den Versicherungstätigkeiten), handelt es sich nicht um Haupttätigkeiten der Parteien in der Schweiz (vgl. Rz 2 und 3 i.f.). Die *Anteile der jeweiligen Partei in der Schweiz liegen unter 30%*, weshalb diese Bereiche nicht weiter beschrieben und abgegrenzt werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. d VKU).

19. In der Schweiz **überschneiden sich die Tätigkeiten** der Parteien in den folgenden drei Bereichen: *Asset Management, Emission und Handel mit Obligationen und Derivaten* sowie *Devisenhandel und Geldmarkt*. In keinem dieser Bereiche oder einem der möglichen Subsegmente hiervon erreicht der kumulierte Anteil der Parteien in der Schweiz [0–10%]. Aus diesem Grund werden die einzelnen Bereiche im Folgenden zwar kurz beschrieben, eine Marktabgrenzung ist jedoch nicht notwendig und wird deshalb auch nicht vorgenommen.

20. In ihrer bisherigen Praxis hat die Weko innerhalb des Bereichs **Asset Management** (i.w.S.), welcher die Verwaltung von konkreten Vermögensteilen und die damit verbundene Beratung bezeichnet, folgende Unterscheidung getroffen: einerseits das *Private Banking*⁴, welches die Subsegmente Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen, Hypothekar- und Lombardkredite, Depotgeschäft⁵, Einlagengeschäft (v.a. Spareinlagen, Kontokorrent- und Lohn[spar]konti) sowie Anlagefonds und fondsähnliche Produkte für Privatkunden umfasst, und andererseits das *Asset Management (i.e.S.)*⁶, welches z.T. identische Subsegmente⁷ erfasst, sich aber – im Gegensatz zum Privatkundengeschäft – hauptsächlich an institutionelle Kunden (z.B. Pensionskassen), Unternehmen und staatliche Körperschaften richtet⁸.

21. Bei der **Emission** und beim **Handel von Wertpapieren** (insb. Aktien, Obligationen, Derivate) werden Primärmarkt (Emittierung von Wertpapieren) und der Handel im Sekundärmarkt nach der Emission der Papiere unterschieden⁹: Das *Emissionsgeschäft* umfasst u.a. die i.c. relevante Emission von Anleihen von in- und ausländischen Schuldner. Anleihensemissionen dienen der langfristigen Fremdkapitalfinanzierung des Emittenten¹⁰. Im Sekundärmarkt werden von den Parteien Obligationen und Derivate gehandelt. Bei den *derivativen Finanzinstrumenten* (z.B. Futures, Swaps, Optionen, Warrants) handelt es sich um verbriefte Derivate. Diese umfassen eine grosse Zahl verschiedener Instrumente, die dem Anleger die Umsetzung einer individuellen Anlagestrategie ermöglichen.

22. **Devisenhandel** (auch Forex genannt) besteht in einer Vereinbarung, Devisen gegeneinander zu einem bestimmten Datum und einem bestimmten Kurs zu tauschen. Unter **Geldmarkt** werden Finanzmärkte für kurz-

fristige Finanzierungen (An- und Ausleihen einschliesslich Treasury Bills und Commercial Paper) von Banken und Firmen verstanden.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

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

24. Die definitive Abgrenzung der räumlichen Märkte kann vorliegend ebenfalls offen gelassen werden, da selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen. Im Folgenden soll deshalb nur kurz die Ansicht der Parteien sowie die bisherige Praxis der Weko aufgezeigt werden.

25. Die **Parteien** sind der Ansicht, dass die beiden Segmente *Emission und Handel mit Obligationen und Derivaten* sowie *Devisenhandel und Geldmarkt* globale Dimension haben. Kunden dieser Dienstleistungen seien typischerweise erfahrene, multinational tätige Gesellschaften oder Regierungen, die routinemässig ihre Bedürfnisse weltweit befriedigen, während die wichtigsten Anbieter ebenfalls weltweit tätig seien. Auch bezüglich des Bereichs *Asset Management (i.w.S.)* mit seinen Subsegmenten im *Private Banking* (Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Treuhandanlagen), Depotgeschäft, Anlagefonds und fondsähnliche Produkte sowie dem *Asset Management i.e.S.* argumentieren die Parteien, dass die geografische Dimension international sei, da der Wettbewerb auf einer internationalen Ebene stattfindet.

26. Die **Weko** hat für das *Private Banking* bisher einen nationalen (z.T. regionalen) Markt abgegrenzt¹¹. Denn es ist fraglich, ob viele in der Schweiz wohnhafte Privatkunden ihr Vermögen ins Ausland transferieren und dort Private Banking-Dienstleistungen in Anspruch nehmen.

27. Im Gegensatz zu Privatkunden dürften Institutionen, staatliche Körperschaften und grosse Unternehmen in den Bereichen *Asset Management (i.e.S.)* und *Emission und Handel mit Wertschriften* tatsächlich Vermögensteile oft im Ausland anlegen und handeln. Auch können grössere Schweizer Unternehmen Anleihen grundsätzlich im Ausland emittieren. Die Weko ist bisher denn auch von einem internationalen Markt für das Asset Management

⁴ Vgl. etwa RPW 2003/2, 378 Rz 11, Crédit Agricole/Crédit Lyonnais, und RPW 2002/4, 609 Rz 17, Valiant Holding et al.

⁵ Vgl. etwa RPW 2003/3, 551 Rz 12, Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG.

⁶ Vgl. etwa RPW 2001/3, 528 Rz 13, Allianz AG und Dresdner Bank AG.

⁷ Z.B. werden Depotgeschäfte, Anlagefonds und fondsähnliche Produkte auch für Institutionen, Unternehmen und staatliche Körperschaften angeboten.

⁸ Vgl. RPW 1997/4, 526 f. Rz 13 f., Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen.

⁹ Emission von und Handel mit Aktien werden i.c. nicht weiter beleuchtet, da es in diesen Teilsegmenten zu keiner Marktanteilsaddition kommt, weil nicht beide Parteien darin tätig sind und der Anteil in der Schweiz unter 30 % liegt.

¹⁰ Die Emission von Effekten am Primärmarkt wird oft unter das Investment Banking subsumiert.

¹¹ Vgl. z.B. RPW 2002/4, S. 610 Rz 25, Valiant Holding et al.

(i.e.S.) und für den Effektenhandel ausgegangen¹².

28. Beim *Devisenhandel* und beim *Geldmarkt* dürfte es sich gemäss Praxis der Weko ebenfalls um internationale Märkte handeln¹³.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

30. Im Hinblick auf die vorliegend relevanten Aktivitäten von Barclays und ABN AMRO in der Schweiz gibt es nur wenig öffentlich zugängliche zuverlässige Daten. Die folgenden Angaben beruhen auf einer Plausibilitätsprüfung der Schätzungen der Parteien¹⁴, da es keinen Anlass gibt, diese Zahlen grundsätzlich in Zweifel zu ziehen.

31. In denjenigen Bereichen, in welchen der Zusammenschluss vorliegend **nicht zu einer Addition von Marktanteilen** führt, weil nicht beide Parteien in diesen Bereichen tätig sind, liegt der *Anteil der jeweiligen Partei in der Schweiz unter 30%*. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Barclays kann auf diesen Märkten somit ausgeschlossen werden.

32. Für diejenigen Bereiche, in welchen **beide Parteien in der Schweiz tätig** sind, schätzen sie, dass sie *in keinem der möglichen Märkte* (d.h. Bereiche und Subsegmente) einen kombinierten Anteil von *mehr als [0–10%]* haben.

33. Für den Bereich *Asset Management (i.w.S.)* ist nach Parteischätzungen davon auszugehen, dass der kumulierte Anteil weder im gesamten Segment noch in irgendeinem Subsegment [0–10%] übersteigt.

34. Zum Gesamtvolumen der *Vermögensverwaltung* im Rahmen des Private Banking gibt es keine verlässlichen, öffentlich zugänglichen Zahlen. Gemäss der Statistik der SNB betrug das Gesamtvolumen der Wertschriftenbestände in Kundendepots der Banken im Jahr 2006 CHF 5'017 Mia.¹⁵ Die Zahlen von Barclays und ABN AMRO für das Jahr 2006 lauten CHF [...] und CHF [...], was einen gemeinsamen Anteil von weniger als [0–5%] ergibt.

35. Ähnliches gilt für das Subsegment der *Treuhandanlagen*. Gemäss der Statistik der SNB betrug das Gesamtvolumen der Treuhandanlagen im Jahr 2006 CHF [...] ¹⁶. Die Zahlen von Barclays und ABN AMRO für das Jahr 2006 lauten CHF [...] und CHF [...], was einen gemeinsamen Anteil von weniger als [0–5%] ergibt.

36. Beide Parteien vergeben *Hypothekarkredite*. Im Jahr 2006 hatte die Barclays Bank (Suisse) SA Hypothekarkredite in der Höhe von CHF [...] und ABN AMRO Bank

(Schweiz) AG Hypothekarkredite in der Höhe von CHF [...] ausstehend. Gemäss der Statistik der Schweizerischen Nationalbank (SNB) waren im Jahr 2006 in der gesamten Schweiz Hypothekarkredite in der Höhe von insgesamt CHF 643,3 Mia. Ausstehend¹⁷. Dies entspräche einem gemeinsamen Anteil von weniger als [0–5%] auf nationaler Ebene, womit auch die regionalen bzw. kantonalen Anteile klar unter [0–10%] liegen dürften. Die Parteien bieten auch *Lombardkredite* im Rahmen des Private Banking an. Da diese Tätigkeit vom Private Banking abhängig ist, schätzen die Parteien auf Grundlage der in Rz 34 ff. wiedergegebenen Zahlen, dass ihr kumulierter Anteil in der Schweiz unter [0–10%] liegt.

37. Das *Depotgeschäft* wird ebenfalls im Rahmen des Private Banking angeboten. Da es keine öffentlich erhältlichen Daten gibt, schätzen die Parteien auf Grundlage der in Rz 34 ff. wiedergegebenen Zahlen, dass ihr kumulierter Anteil in der Schweiz unter [0–10%] liegt.

38. Ende 2006 waren in der Schweiz 5'188 *Anlagefonds* zum öffentlichen Vertrieb zugelassen; das Gesamtvolumen der Fonds betrug CHF 607,3 Mia.¹⁸ Die Zahl der zum Vertrieb zugelassenen Fonds von Barclays beträgt [...], diejenige von ABN AMRO [...] ¹⁹. Per Ende 2006 betrug der Wert der Fonds von Barclays bzw. ABN AMRO, die bei schweizerischen Kunden platziert waren, CHF [...] bzw. CHF [...]. Dies entspricht einem kumulierten Anteil von weniger als [0–5%].

39. Es gibt keine öffentlich erhältlichen Zahlen betreffend das Gesamtvolumen des Subsegments *Asset Management (i.e.S.)*, wie es von der Weko definiert wird. Allerdings schätzen die Parteien auf der Grundlage der oben wiedergegebenen Zahlen, dass ihr kumulierter Anteil in der Schweiz unter [0–10%] liegt.

40. Im Hinblick auf das *Wertschriftengeschäft* schätzt Barclays, dass ihr weltweiter Anteil im Primärmarkt für die *Emission von Staatsanleihen* [0–10%] nicht überschreitet, während ABN AMROs Anteil schätzungsweise

¹² Vgl. RPW 1997/4, S. 528 Rz 20, Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen.

¹³ RPW 2005/4, 653 Rz 33, Julius Bär et al.

¹⁴ Diese Schätzungen basieren auf einer Kombination der bestmöglichen Schätzungen des Managements (der jeweiligen „Heads“ der betroffenen Units), die – wo möglich – gestützt auf öffentlich erhältliche Informationen vorgenommen wurden, sowie der Erfahrungen des Managements bezüglich ihres jeweiligen Geschäftsbereichs. Die Parteien stützen sich dabei auf den eigenen Informationsdienst und auf ihre Kenntnisse der Branche. Ihnen sind keine Daten dritter Parteien bezüglich der Grösse des Gesamtvolumens der jeweiligen Bereiche bekannt. Sie haben deshalb keine verlässliche Basis, um die Anteile zu berechnen.

¹⁵ Die Banken in der Schweiz 2006, Zürich 2007, S. A140, Tabelle 38b, Kolonne 1 (http://www.snb.ch/ext/stats/banken/pdf/defr/Die_Banken_in_der_CH.book.pdf).

¹⁶ Die Banken in der Schweiz 2006 (zit. in Fn 15), S. A129, Tabelle 36, Kolonne 6.

¹⁷ Die Banken in der Schweiz 2006 (zit. in Fn 15), S. A36, Tabelle 11a, Kolonne 1.

¹⁸ Siehe Swiss Funds Association SFA, Jahresbericht 2006 (<http://www.sfa.ch/files/SFA%202007d.pdf>), S. 9 und 12. Zusätzlich waren 29 Investmentgesellschaften an der SWX kotiert, die eine totale Marktkapitalisierung von CHF 8,8 Mia. aufwiesen (vgl. Statistical Monthly Reports Dec. 2006 of SWX, http://www.swx.com/monthly_reports/productive_env/2006/12/Mb_swx_stat_200612.pdf, S. 23).

¹⁹ Siehe <http://www.ebk.ch/d/institute/pdf/afetr.xls>.

[0–5%] nicht überschreitet; in der Schweiz liegt der geschätzte Anteil der Parteien jedoch unter [0–10%]. Weiter schätzen die Parteien, dass ihr kumulierter weltweiter Anteil im Sekundärmarkt für den *Handel mit Obligationen* weniger als [0–10%] beträgt; auch in der Schweiz liegt der geschätzte Anteil der Parteien unter [0–10%]. Barclays schätzt, dass ihr weltweiter Anteil im *Derivat-handel* erheblich unter [0–10%] liegt, währendem derjenige von ABN AMRO [0–5%] nicht überschreitet; in der Schweiz liegt der geschätzte Anteil der Parteien unter [0–10%]. Allgemein kann festgehalten werden, dass das Wertschriftengeschäft durch ein fragmentiertes, kompetitives und innovatives Marktumfeld mit vielen etablierten Anbietern gekennzeichnet ist.

41. In den beiden Bereichen *Devisenhandel* und *Geldmarkt* verfügen beide Parteien nur über unbedeutende Aktivitäten: Gemäss Schätzungen beträgt der kumulierte weltweite Anteil weniger als [0–10%], wobei sich die Parteien einer Vielzahl von Wettbewerbern gegenüber sehen wie z.B. Banken (Deutsche Bank, UBS, Credit Suisse, Goldman Sachs, RBS, Citigroup und HSBC etc.) und anderen Firmen, Zentralbanken, Investment Management Firmen sowie Hedge Funds. Auch in der Schweiz liegt der geschätzte Anteil der Parteien unter [0–10%].

B.5.3 Wettbewerbliche Würdigung und Schlussfolgerungen

42. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die von der Transaktion herrührenden kumulierten Marktanteile der Parteien in der Schweiz tief sind, dies auch

infolge des Umstandes, dass beide Parteien in der Schweiz nur in geringfügigem Ausmass tätig sind. Deshalb wird die Transaktion die Marktstruktur in der Schweiz nicht spürbar ändern, weder im allgemeinen noch in einem der einzelnen Segmente oder Subsegmente. Da die neue Einheit nach dem Zusammenschluss – selbst bei der engstmöglichen Abgrenzung – auf keinem Markt über einen Marktanteil von mehr als [0–10%] verfügt, liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

43. Überdies werden die Parteien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weiterhin lebhaftem Wettbewerb seitens etablierter globaler und schweizerischer Konkurrenten wie etwa UBS AG, Credit Suisse, Kantonalbanken, Deutsche Bank, Goldman Sachs, RBS, Citigroup und HSBC ausgesetzt sein, weshalb der Vollzug des Zusammenschlusses die Marktstruktur in der Schweiz nicht spürbar ändern wird, und zwar weder allgemein noch in irgendeinem einzelnen Segment.

C ERGEBNIS

44. Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der geplante Zusammenschluss – der Erwerb der alleinigen Kontrolle der Barclays über ABN AMRO – eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

3. Rio Tinto plc/Alcan Inc

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 3. Oktober 2007

Stellungnahme vom 3. Oktober 2007

1. Am 4. September 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigte die Rio Tinto plc (nachfolgend: Rio Tinto) durch Aktienerwerb die Kontrolle über die Alcan Inc (nachfolgend: Alcan) zu erlangen.

2. Rio Tinto ist eine Publikumsgesellschaft nach englischem Recht mit Sitz im Vereinigten Königreich. Es handelt sich dabei um ein internationales Minenunternehmen, dessen Tätigkeiten im Erkunden, Abbauen und

Verarbeiten von mineralischen Ressourcen bestehen. Zu den wichtigsten Produkten des weltweit tätigen Unternehmens zählt u.a. Aluminium.

3. Alcan ist die Muttergesellschaft einer internationalen Gruppe mit Sitz in Montreal. Alcan ist in verschiedenen Bereichen der Aluminiumindustrie (vor- und nachgelagerte Märkte), in der Herstellung von Halbfabrikaten sowie in der Verpackungsindustrie tätig.

4. Rio Tinto betrachtet Alcan als ideale Ergänzung der eigenen Geschäftstätigkeiten sowohl mit Bezug auf die Geschäftsbereiche (Ergänzung zu ihrem bestehenden diversifizierten Portfolio) als auch mit Bezug auf den geografischen Fokus. Die Transaktion führt zum Zusammenschluss zweier komplementärer Unternehmen in der Aluminiumbranche.

5. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

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 17. Oktober 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Oktober 2007

A SACHVERHALT

1. Am 18. September 2007 hat die Wettbewerbskommission die Ergänzung zur Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben vom 14. Februar 2007 (Spontis SA) erhalten. Danach beabsichtigt die SIG dem Gemeinschaftsunternehmen Spontis SA beizutreten.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Die Spontis SA hat die Erbringung von Dienstleistungen im Logistikbereich, im Anschaffungsbereich für Baumaterial und im Bereich des Netzunterhalts (Elektrizität, Wasser, Gas, Heizung, Multimedia etc.) sowie die Erbringung verwandter Dienstleistungen zum Zweck. In einer ersten Phase (bis [...]) werden die Dienstleistungen nur den Aktionären zur Verfügung gestellt, in einer späteren Phase sollen sie aber auch Dritten zugänglich gemacht werden. Beteiligt sind an der Spontis AG die Groupe E SA (Groupe E) mit [...], die BKW FMB Energie SA (FMB) mit [...], die Romande Energie Holding SA (RE) mit [...], die Commune de Lausanne (SIL) mit [...] und neu die Services industriels de Genève (SIG) mit [...] (vgl. Nachtrag vom 30. August 2007 zum Gründungsvertrag vom 9. Februar 2007).

3. Die SIG versorgen die Bevölkerung des Kantons Genf mit Energie, Elektrizität und Wasser und sind zudem in den Bereichen Abfallentsorgung und Telekommunikation tätig. Beteiligt sind an der SIG der Kanton Genf mit 55%, die Stadt Genf mit 30% und die Genfer Gemeinden mit 15%.

A.2 Aufgaben und Ziele von Spontis

4. Die Zusammenschlussparteien haben am 30. August 2007 einen Partnerschaftsvertrag i.S. eines Nachtrages zum Gründungsvertrag vom 9. Februar 2007 bezüglich der Gründung der Aktiengesellschaft Spontis (nachfolgend Gründungsvertrag) unterzeichnet, in welchem die Aufgaben der Spontis präzisiert sind (Gründungsvertrag, Art. 20). Der Zweck der Spontis ist ebenfalls im Statutenentwurf festgehalten, wonach die zu gründende Gesellschaft die Erbringung von Dienstleistungen im Logistikbereich, im Anschaffungsbereich für Baumaterial und im Bereich des Netzunterhalts (Elektrizität, Wasser, Gas, Heizung, Multimedia etc.) sowie die Erbringung verwandter Dienstleistungen bezweckt (Statutenentwurf, Art. 3).

5. In einer Anfangsphase wird Spontis Dienstleistungen für den gebündelten Einkauf von Material für Nieder- und

Mittelspannungsnetze (Transformatoren, Kabel und Freileitungen, Schaltanlagen, Holzstangen, sonstiges Baumaterial) erbringen. Es ist beabsichtigt, die Aktivitäten in einer späteren Phase auf die Bereiche Gas- und Wasserinfrastruktur sowie Multimedia zu erweitern. Unter gebündeltem Einkauf wird in einer ersten Phase (bis [...]) der Abschluss von Rahmenverträgen mit den Lieferanten verstanden, welche jedoch zusätzlich mit den einzelnen Aktionären separate Verträge abschliessen. In einer zweiten Phase (ab [...]) wird Spontis in eigenem Namen als Nachfragerin für die aufgeführten Produkte auftreten, und die Lieferanten werden keine Verträge mit den einzelnen Aktionären mehr abschliessen.

6. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist die Nutzung von Grössenvorteilen im Bereich der Materialbeschaffung und die Verbesserung der Verhandlungsmacht gegenüber den international tätigen Anbietern (ABB, Siemens, Areva Groupe, Schneider Groupe etc.). Die Zusammenschlussparteien rechnen durch das Einsetzen von Spontis als Einkaufsvermittlerin, bzw. Einkäuferin, mit Kosteneinsparungen von rund [...] %.

7. Nach einer Aufbauphase ist vorgesehen, dass Spontis ihre Dienstleistungen nicht nur ihren Aktionären, sondern auch Dritten anbieten kann (Gründungsvertrag, Art. 20 Ziff. 4).

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 Kartellgesetz (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 21 KG).

B.1.1.a Unternehmen

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

B.1.1.b Unternehmenszusammenschluss

10. Gründen zwei oder mehrere Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4; RPW 2005/2, S. 347, Rz. 15).

11. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss

im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 16):

- 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

12. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 VKU).

13. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen (DUCREY, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/ David (Hrsg.), Basel 2000, S. 239). Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 23).

14. Die Beteiligungen der Zusammenschlussparteien am Aktienkapital von Spontis betragen je [...] % für Group E, FMB, RE und SIG sowie [...] % für SIL. Die SIG wurde gemäss Art. 1 Ziff. 1 Nachtrag vom 30. August 2007 zum Gründungsvertrag vom 9. Februar 2007 als Gründungsmitglied aufgenommen.

15. Der Verwaltungsrat von Spontis setzt sich aus mindestens vier Mitgliedern zusammen. Jedes Gründungsmitglied hat Anrecht auf einen Verwaltungsratssitz, solange sein Aktienkapitalsanteil mindestens [...] % beträgt (Gründungsvertrag, Art. 16 Ziff. 1 und 2). Der Gründungsvertrag hält fest, dass wichtige strategische Entscheidungen von den Gründungsmitgliedern einstimmig gefällt werden müssen. Zusätzlich wird präzisiert, dass namentlich für Investitionen von mehr als CHF [...] sowie für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten und des Geschäftsführers Einstimmigkeit der Gründeraktionäre erforderlich ist (Gründungsvertrag, Art. 16 Ziff. 8).

16. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheidungen gemeinsam treffen und folglich Spontis gemeinsam kontrollieren.

b) Vollfunktionsunternehmen

17. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor (DUCREY, a.a.O., S. 242; RPW 2005/2, S. 347, Rz. 26):

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten;
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können;
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. 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, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

18. Spontis tritt im Markt als Nachfragerin von Baumaterial für Elektrizitätsnetze auf, wobei sie in einer ersten Phase als Einkaufsvermittlerin und ab [...] als selbständige Einkäuferin tätig ist. Sie verfolgt jedoch auch in der Anfangsphase eine eigenständige Geschäftspolitik, da durch die von ihr abgeschlossenen Rahmenverträge bestimmt wird, wie hoch das gesamte Beschaffungsvolumen pro Produkt und Jahr ist und welcher Aktionär wie viel davon bezieht. Die kontrollierenden Unternehmen sind verpflichtet, ihre gesamten Beschaffungen über Spontis abzuwickeln (Gründungsvertrag, Art. 22 Ziff. 1). Schliesslich wird Spontis nach einer Anlaufphase ganz unabhängig von den kontrollierenden Unternehmen als selbständiges Beschaffungsunternehmen auftreten und ihre Dienstleistungen auch Dritten anbieten (Gründungsvertrag, Art. 20 Ziff. 4, Art. 21). Dies unterscheidet Spontis von einer hypothetischen Einkaufsgemeinschaft zwischen den Gründungsmitgliedern.

19. Ein Gemeinschaftsunternehmen muss zudem auf Dauer angelegt sein. Die Tatsache, dass die kontrollierenden Gesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, kann in der Regel als Nachweis dafür gelten (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 28). Vorliegend übertragen die Gründungsmitglieder Spontis die in ihrem Miteigentum stehende Informatikplattform (Gründungsvertrag, Art. 6 Ziff. 1). Diese dient namentlich der Standardisierung der Logistik, der Materialbeschaffung und des Netzunterhalts, welche den Gesellschaftszweck darstellen (Gründungsvertrag, Art. 20 Ziff. 1). Aus der Integration dieser Informatikplattform in Spontis sowie aus dem Bestreben, standardisierte Dienstleistungen anzubieten, kann geschlossen werden, dass Spontis auf Dauer angelegt ist.

20. Spontis wird zudem mit eigenem Personal von vorerst [...] Mitarbeitenden ausgestattet werden (Gründungsvertrag, Art. 25 Ziff. 1).

21. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass Spontis die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

22. Alle am Zusammenschluss beteiligten Parteien üben heute Logistik-, Materialbeschaffungs- und Netzunterhaltsaktivitäten aus, welche sie nach dem Zusammenschluss in Spontis auslagern. In Spontis fliessen dem-

nach Geschäftstätigkeiten aller kontrollierenden Unternehmen ein.

d) Ergebnis

23. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Spontis bzw. der Beitritt der SIG zum Gemeinschaftsunternehmen SIG stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

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 Mrd. 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. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Jahr 2006 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Groupe E	589	589
BKW	2'373	1'204
RE	466	466
SIL	416	416
SIG	929	929
Kumuliert	4'773	3'604

27. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Jahr 2006 einen kumulierten weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und einen kumulierten Umsatz in der Schweiz von über CHF 500 Mio. Zudem erzielten alle Unternehmen einen Umsatz von über CHF 100 Mio. in der Schweiz. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung vorläufiger Prüfung

28. 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).

29. 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

30. 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).

31. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten (*infra I*), auf denen Spontis ihren Aktionären und andern Kunden als Anbieterin gegenübersteht und den Beschaffungsmärkten (*infra II*) auf denen Spontis den Produzenten oder Lieferanten als Abnehmerin gegenübersteht (RPW 2006/1, S. 131, Rz. 13).

I. Absatzmärkte

32. Gemäss Gesellschaftszweck wird Spontis Dienstleistungen im Logistikbereich, im Anschaffungsbereich für Baumaterial und im Bereich des Netzunterhalts sowie verwandte Dienstleistungen anbieten (Statutenentwurf, Art. 3, Gründungsvertrag, Art. 20 Ziff. 1).

33. Die Zusammenschlussparteien zitieren die vorläufige Prüfung i.S. Accenture AG/Systor AG (RPW 2003/2, S. 297, Rz. 21 f.) und grenzen absatzseitig einen sachlich relevanten Markt für Business Management Services und einen Markt für IT Management Services ab. Gemäss der genannten Stellungnahme ist unter Business Management Services das Outsourcing von Geschäftsprozessen wie Logistik, Beschaffung, Personal, Buchhaltung oder Customer Relationship Management an Dritte zu verstehen. IT Management Services umfasst den Betrieb von IT-Anlagen und -Prozessen. Beim genannten Zusammenschlussvorhaben handelte es sich jedoch um Unternehmen, die alle im IT-Bereich tätig waren (IT-Dienstleistungsunternehmen). Bei den dort abgegrenzten sachlichen Märkten handelte es sich um Teilmärkte von IT-Dienstleistungen. Diese IT-Dienstleistungen wurden Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen angebo-

ten (v.a. Finanzsektor, aber auch Kommunikation, Post, öffentliche Dienste etc.). Spontis bietet hingegen keine unabhängigen IT-Dienstleistungen an, sondern benützt die von den Gründeraktionären übernommene IT-Plattform einzig zur Standardisierung der Beschaffungsprozesse und zur Vereinfachung der Materialbestellung, -verwaltung und -lieferung. Dies ist schon daraus ersichtlich, dass die Parteien nicht nur IT-Dienstleistungen in Zusammenhang mit der von Spontis betriebenen IP-Plattform in Anspruch nehmen können, sondern verpflichtet sind, ihre gesamten Beschaffungen über Spontis abzuwickeln (Gründungsvertrag, Art. 22 Ziff. 1). Die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene sachliche Marktabgrenzung entspricht somit nicht dem tatsächlichen Tätigkeitsbereich von Spontis.

34. Um den Absatzmarkt zu bestimmen ist von der Marktgegenseite auszugehen. Marktgegenseite sind in einer ersten Phase die Aktionäre von Spontis und in einer späteren Phase Dritte, welche die genannten Dienstleistungen ebenfalls in Anspruch nehmen können (Gründungsvertrag, Art. 20 Ziff. 4). Da Spontis beabsichtigt, ihre anfänglichen Dienstleistungen von Materialbeschaffungen für Elektrizitätsnetze auf Beschaffungen in den Bereichen Gas- und Wasserinfrastruktur, Multimedia sowie verwandte Dienstleistungen auszuweiten, können nicht nur andere Unternehmen der Elektrizitätsbranche Marktgegenseite auf dem Absatzmarkt sein, sondern auch Unternehmen der Gas- und Wasserbranche, Telekommunikations- und Medienunternehmen.

35. Spontis bietet der genannten Marktgegenseite Produkte an, welche diese für den Bau ihrer jeweiligen Infrastrukturen benötigen. Sie führt somit den ganzen Beschaffungsprozess (Verhandlung, Logistik etc.) anstelle der Endabnehmer aus und kann die Produkte aufgrund von Grössenvorteilen und grösserer Verhandlungsmacht den Abnehmern kostengünstiger anbieten, als wenn diese den Beschaffungsprozess alleine durchgeführt hätten.

36. Der grösste Teil der Marktgegenseite lagert Beschaffungsprozesse jedoch nicht aus, sondern verhandelt eigenständig mit den Herstellern, bzw. Lieferanten, der zu beschaffenden Produkte. Folglich ist kein eigener Markt für eine Auslagerung von Beschaffungsdienstleistungen (inkl. Logistik etc.) abzugrenzen. Spontis steht somit betreffend den Verkauf der beschafften Güter nicht nur im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, welche Beschaffungsdienstleistungen anbieten (z.B. Sabag AG, HG Commerciale, Schweizerische Elektro-Einkaufsvereinigung (EEV)), sondern auch mit den Herstellern, bzw. Lieferanten, dieser Produkte selbst. Die Absatzmärkte decken sich diesbezüglich mit den Beschaffungsmärkten der einzelnen Produkte (cf. *infra* Rz. 38 ff.).

37. Zusätzlich bietet Spontis gemäss Gesellschaftszweck auch Dienstleistungen im Bereich des Netunterhalts an. Netunterhaltsdienstleistungen stellen einen eignen – unabhängig von der Veräusserung der zu beschaffenden Produkte – Markt dar. Ob einzelne Dienstleistungen im Bereich des Netunterhalts in eigene Märkte zu unterteilen sind, kann vorliegend offen gelassen werden, da eine feinere Unterteilung – wie nachfolgend aufgezeigt wird (cf. Rz. 55) – an der kartellrechtlichen Beurteilung nichts ändern würde.

II. Beschaffungsmärkte

38. Auf der Beschaffungsseite bilden die Hersteller der von Spontis zu beschaffenden Güter die Marktgegenseite. Nachfolgend werden die zu beschaffenden Güter aufgelistet und deren Anbieter, bzw. Hersteller, einzeln bestimmt.

39. In einer ersten Phase wird Spontis nur Baumaterial für Nieder- und Mittelspannungsnetze beschaffen, nämlich Transformatoren, Kabel und Freileitungen, Schaltanlagen und Holzstangen. In einer späteren Phase sollen Baumaterialien für Gas- und Wasserinfrastrukturen sowie für Infrastrukturen im Bereich Multimedia beschafft werden.

40. **Transformatoren** verbinden Stromnetze mit unterschiedlichen Spannungsebenen, indem sie elektrische Wechselspannung herauf- oder heruntertransformieren. Bei den von Spontis zu beschaffenden Transformatoren handelt es sich um europäische Standardprodukte. Marktgegenseite, resp. Anbieter von Transformatoren, sind im Elektrizitätsanlagenbau tätige Unternehmen. Die nachgefragten Transformatoren werden hauptsächlich von ABB, Siemens und der Areva Groupe angeboten.

41. **Schaltanlagen** sind Anlagen zur Schaltung (Einschaltung, Unterbrechung), Sammlung, Übertragung und Verteilung elektrischer Energie, im weitesten Sinne aber auch Anlagen zur Messung, Überwachung, Einleitung und Auslösung solcher Vorgänge. Bei den von Spontis zu beschaffenden Schaltanlagen handelt es sich ebenfalls um europäische Standardprodukte. Die hauptsächlichen Anbieter von Schaltanlagen sind wiederum ABB, Siemens, die Areva Groupe sowie die Schneider Electric (Groupe Schneider).

42. **Freileitungen** sind oberirdische Leitungen zur Energie- und Datenübermittlung, welche aus Gestänge und Leitern besteht. Die Leiter sind aus verseilten Drähten hergestellt und mit Isolatoren an Masten befestigt. Bei Freileitungsmasten wird zwischen verschiedenen Bauformen unterschieden, und die Leitungsart wird auch nach Art der verwendeten Tragwerke benannt. Bei den zu beschaffenden Freileitungen handelt es sich wieder um europäische Standardprodukte, wobei zu präzisieren ist, dass die für Niederspannungsleitungen verwendeten **Holzstangen** in der Schweiz eine spezielle Imprägnierung aufweisen. Jedoch kann heute jede grössere Schreinerei die allenfalls im Ausland beschafften Holzstangen nachträglich imprägnieren. Die Hauptanbieter von Freileitungen sind die Nexans AG, die Kabelwerke Brugg sowie Pirelli. Ein Produzent von imprägnierten Holzstangen ist beispielsweise die Steiner AG in Walkringen.

43. **Kabel** dienen ebenfalls der Durchleitung von elektrischen Strömen für die Energieversorgung oder Datenübermittlung und werden vorliegend – im Gegensatz zu Freileitungen – als unterirdisch verlegte, isolierte Leitungen definiert. Die von Spontis zu beschaffenden Kabel sind ebenfalls europäische Standardprodukte. Wie für Freileitungen sind die Hauptanbieter von Kabeln die Nexans AG, die Kabelwerke Brugg sowie Pirelli.

44. Unter **sonstigen Baumaterialien** werden vorliegend verschiedene andere Materialien verstanden, welche

üblicherweise im Bauwesen verwendet werden, und von zahlreichen Baumaterialherstellern angeboten werden.

45. Unter **Baumaterialien für Gas- und Wasserinfrastruktur** fallen namentlich verschiedene Leitungen und dazugehörige Verbindungen. Anbieter solcher Infrastrukturanlagen und dafür benötigter Materialien sind namentlich Krupp Thyssen, Swissmetall und VonRoll Infratec.

46. Als von Spontis zu beschaffende **Produkte im Multimedibereich** nennen die Zusammenschlussparteien namentlich Glasfaserkabel, Verteilanlagen und Multimedia-Equipment (Router, Modem), präzisieren jedoch, dass sich die Geschäftstätigkeiten in diesem Bereich noch in der Projektphase befinden. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass die zu beschaffende Produktpalette noch ausgeweitet, bzw. präzisiert, wird. Als Anbieter in diesem weit gefassten Bereich werden von den Zusammenschlussparteien nur Nexans AG für Glasfaserkabel und Cablecom und Cisco für Verteilanlagen und Multimedia-Equipment genannt. Im Bereich für Telekommunikationsnetzausrüstung alleine gibt es jedoch schon eine Vielzahl von Anbietern, darunter Nokia Siemens Networks, Ericsson, Alcatel/Lucent, Motorola, Nortel, NEC, Huawei etc. (vgl. vorläufige Prüfung i.S. Zusammenschlussvorhaben Nokia Corporation – Siemens AG, zu publizieren in RPW, Rz. 55, 58).

B.4.2.1.b Räumlich relevante Märkte

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

I. Absatzmärkte

48. Spontis bietet ihre Dienstleistungen in einer ersten Phase ihren Aktionären und in einer späteren Phase Dritten an. Theoretisch können diese Dienstleistungen europaweit nachgefragt werden, da es sich bei den meisten zu beschaffenden Materialien um europäische Standardprodukte handelt. Die räumliche Ausdehnung des Absatzmarkts der zu beschaffenden Produkte muss jedoch nicht abschliessend bestimmt werden, da auch bei einer engen Marktabgrenzung, die das Gebiet der Schweiz umfasst, keine marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird.

49. Betreffend Netzunterhaltungsdienstleistungen kann aufgrund der Erfordernis der geographischen Nähe zwischen Dienstleistungserbringer und Netz von einem Markt ausgegangen werden, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

II. Beschaffungsmärkte

50. Wie bereits ausgeführt sind die zu beschaffenden Transformatoren, Schaltanlagen, Freileitungen¹ und Kabel europäische Standardprodukte. Die Anbieter dieser Produkte, namentlich ABB, Siemens, Areva Groupe, Schneider Electric, Pirelli S.p.A., Nexans AG und die Kabelwerke Brugg sind weltweit tätige Unternehmen und bieten die genannten europäischen Standardprodukte mindestens europaweit an. Es kann somit von einem europaweiten räumlich relevanten Markt ausgegangen werden.

51. Auch bei den restlichen für die Erstellung von Nieder- und Mittelspannungsnetzen benötigten Baumaterialien sowie den Materialien für Gas- und Wasserinfrastruktur kann aus analogen Gründen von europaweiten Märkten ausgegangen werden.

52. Betreffend die Herstellung von Telekommunikationsnetzausrüstung hielt die Wettbewerbskommission fest, dass starke Anhaltspunkte für eine weltweite räumliche Marktabgrenzung für Netzausrüstungen und deren Komponenten bestehen, da die Netzausrüstung international standardisiert ist und Netzausrüster international tätig sind. Sie liess jedoch die exakte geographische Marktabgrenzung offen, da auch bei einer engeren Marktabgrenzung keine kartellrechtlichen Bedenken bestanden (vgl. vorläufige Prüfung i.S. Zusammenschlussvorhaben Nokia Corporation – Siemens AG, zu publizieren in RPW, Rz. 41 ff.). Eine weltweite Marktabgrenzung könnte analog auch in Bezug auf die restlichen Komponenten für Multimediainfrastruktur angenommen werden. Die genaue Marktabgrenzung kann jedoch ebenfalls offen gelassen werden, da durch das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren, europaweiten Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (cf. Rz. 59).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

I. Absatzmärkte

54. Betreffend die Veräusserung von Transformatoren, Schaltanlagen, Freileitungen inkl. Holzstangen, Kabeln, sonstigen Baumaterialien für Stromnetze, Baumaterialien für Gas- und Wasserinfrastruktur sowie für Multimediainfrastruktur sind die Marktanteile von Spontis marginal. Wie bereits ausgeführt steht Spontis nicht nur im Wettbewerb mit Einkaufsgesellschaften wie Sabag AG, HG Commerciale oder EEV, sondern mit den Herstellern der zu beschaffenden Produkte selbst. Wie nachfolgend anhand der Beurteilung der Beschaffungsmärkte aufgeführt wird (cf. Rz. 57 f.), liegt das Beschaffungsvolumen

¹ Die in der Schweiz für Freileitungen verwendeten Holzstangen unterscheiden sich zwar durch eine spezielle Imprägnierung von Holzstangen aus dem Ausland, können jedoch von jeder grösseren Schreinerei mittels eines eigenen Imprägnierbades selber imprägniert werden. Ob es sich auch bezüglich der Beschaffung von Holzstangen um eine europäischen oder schweizerischen Markt handelt, kann vorliegend offen gelassen werden, da wie nachfolgend aufgezeigt wird (cf. FN 2), auch bei einer engen Marktabgrenzung durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

von Spontis und folglich auch das Absatzvolumen im [...]bereich, während das Absatzvolumen der Hersteller insgesamt im höheren Milliardenbereich liegt. Die Marktanteile von Spontis für die Veräusserung der genannten Produkte liegen somit deutlich unter 20%.

55. Betreffend Netunterhaltungsdienstleistungen ist festzuhalten, dass es jedem Netzbetreiber frei steht, den Unterhalt selbst zu besorgen oder diese Dienstleistung auszulagern, wobei sie in der Regel vom Netzbetreiber selbst ausgeführt werden. Vergleicht man die Anzahl der in der Schweiz bestehenden Netze mit der Anzahl der Aktionäre und zukünftigen Kunden von Spontis, ist auch beim Netunterhalt von einem Marktanteil von Spontis von unter 20% auszugehen.

56. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind somit nicht erreicht und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens betreffend die Absatzmärkte ausgegangen werden.

II. Beschaffungsmärkte

57. Betreffend die Beschaffung von Transformatoren erreichen die an Spontis beteiligten Parteien ein Beschaffungsvolumen von ca. CHF [...] pro Jahr. Das Gesamtbeschaffungsvolumen von Transformatoren auf dem europäischen Markt beträgt mehrere Milliarden Schweizer Franken pro Jahr. Der Marktanteil von Spontis liegt somit unter 20%.

58. Das gemeinsame Beschaffungsvolumen der beteiligten Parteien von Schaltanlagen beträgt ca. CHF [...],

dasjenige für Kabel und Freileitungen² ca. CHF [...] und für das restliche Baumaterial ca. CHF [...]. Das Gesamtbeschaffungsvolumen dieser Materialien auf dem europäischen Markt beträgt wiederum mehrere Milliarden Schweizer Franken. Folglich liegt auch diesbezüglich der Marktanteil von Spontis unter 20%.

59. Nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Parteien besitzen eine Gas- oder Wasserinfrastruktur oder eine Infrastruktur im Multimediabereich. Zudem befindet sich die Geschäftstätigkeit der Spontis in diesen Bereichen teilweise erst in einer Projektphase oder ist erst für [...] geplant. Der Vergleich des Beschaffungsbedarfs zukünftiger Kunden von Spontis mit dem gesamten europäischen Beschaffungsbedarf lässt einen Marktanteil von Spontis antizipieren, der sich in der Grössenordnung der Beschaffung von Elektrizitätsnetzkomponenten befindet und folglich deutlich unter 20% liegt.

60. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind somit nicht erreicht und es kann ebenfalls von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens betreffend die Beschaffungsmärkte ausgegangen werden.

B.4.3 Ergebnis

61. 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 Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

² Würden Holzstangen aufgrund der speziellen Imprägnierungserfordernis nur in der Schweiz beschafft, wäre der Marktanteil von Spontis auf einem räumlich relevanten Markt, der nur die Schweiz umfassen würde, mit einem Beschaffungsvolumen von CHF 1 Mio. ebenfalls unter 20% des schweizerischen Beschaffungsvolumens von CHF 6 Mio.

B 2.3

5. Charterhouse Capital Limited/CVC Capital Partners Group (Luxembourg) Sàrl/Permira Holdings Limited/the AA/Saga

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 4. Juni 2007

1. Am 10. August 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die Spring & Alpha Bidco Ltd. (nachfolgend: Bidco), die über die Special Purpose Company, Spring & Alpha Topco Limited (nachfolgend: Topco) von Charterhouse Capital Limited (nachfolgend: Charterhouse), CVC Capital Partners Group (Luxembourg) Sàrl (nachfolgend: CVC) und Permira Holdings Limited (nachfolgend: Permira) kontrolliert wird, durch Aktienwerb die Kontrolle über The AA Limited (nachfolgend: the AA) und Saga Holdings Limited (nachfolgend: Saga) zu erlangen.

2. Bidco ist ein Special Purpose Vehicle, das nur für die Zwecke der vorliegenden Transaktion gegründet wurde. Bidco hatte vor dieser Transaktion keinerlei Tätigkeiten.

3. Charterhouse ist die Muttergesellschaft eines Konzerns, der Dienstleistungen im Bereich Equity Capital und Fund Management erbringt. Darin eingeschlossen sind Investment Management Beratung und Dienstleistungen an eine Reihe von Investment Funds. Charterhouse selbst wird von keiner anderen Gesellschaft kontrolliert.

4. CVC und die mit ihr verbundenen Gesellschaften erbringen Beratungs- und Managementdienstleistungen zugunsten von Investment Funds. CVC wird durch keine Gesellschaft beherrscht.

5. Permira Holdings Limited wird von keiner Gesellschaft kontrolliert. Permira ist ein Private Equity Beratungsunternehmen. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wird die Kontrolle über PE III ausgeübt, welche ein Private Equity Fund ist.

6. Die Haupttätigkeit von the AA besteht in der Erbringung von Pannendienstleistungen in Grossbritannien und Irland. Zudem bietet the AA Dienstleistungen, wie den Vertrieb von Versicherungen, andere Finanzdienstleistungen und Verkehrsdienstleistungen (Fahrschule und Reiseführer) an. In der Schweiz verkauft the AA nur Reiseführer und ähnliche Publikationen. The AA steht gegenwärtig unter der Kontrolle von CVC und PE III.

7. Saga bietet Dienstleistungen an Personen im Alter von über 50 Jahren an. Darunter fallen Reisedienstleistungen, Finanzdienstleistungen und Versicherungen. Saga erzielt in der Schweiz keinen Umsatz und wird gegenwärtig von Charterhouse kontrolliert.

8. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

6. SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG

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

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

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

Verfügung vom 9. Oktober 2007

A ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

A.1 Sachverhalt

1. Am 11. September 2007 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die SWX Group (SWX Group), der Verein SWX Swiss Exchange (Verein SWX), die SIS Swiss Financial Services Group AG (SIS) und die Telekurs Holding AG (Telekurs) den Zusammenschluss ihrer Unternehmen respektive Gruppengesellschaften unter einer gemeinsamen Dachholding.

2. Am 17. September 2007 hat das Sekretariat Fragebogen an diverse in- und ausländische Marktteilnehmer verschickt (Berne Exchange [BX], Deutsche Börse AG [DBAG], London Stock Exchange [LSE], Euronext, Chi-X, LCH.Clearnet, DTCC, Clearstream International, Euroclear, Thomson Financial, Bloomberg, Infotec, Schweizerischer Verband unabhängiger Effekthändler [SVUE], Verband Schweizerischer Vermögensverwalter [VSV], VZ Vermögenszentrum).

3. Am 19. September 2007 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und den Parteien statt. An diesem Treffen hat das Sekretariat dargestellt, in welchen Bereichen der Zusammenschluss – gemäss den zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen vorläufigen Abklärungen – zu wettbewerbsrechtlichen Problemen führen könnte. Anschliessend wurde die Möglichkeit von Zusagen der Parteien zu Auflagen diskutiert. Das Sekretariat informierte die Parteien darüber, welche Auflagen in Frage kommen könnten. Die Parteien unterbreiteten dem Sekretariat mit Schreiben vom 24. September 2007 einen ausformulierten Vorschlag für die Auflagen. Dieser Vorschlag wurde in der Folge mehrmals überarbeitet, bis die Auflagen am 26. September 2007 sowohl für das Sekretariat als auch für die Parteien zufriedenstellend formuliert waren¹. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2007 bestätigten die Parteien, dass die beteiligten Unternehmen (SWX Verein, SWX Group, SIS Group und Telekurs) mit den Auflagen einverstanden sind, um so einen Abschluss des Verfahrens in der vorläufigen Prüfung zu ermöglichen.

4. Am 20. September 2007 erfolgte ein Treffen zwischen dem Sekretariat und der Schweizerischen Nationalbank (SNB), der einerseits die Aufsicht über systemisch bedeutsame Zahlungsverkehrs- und Effektenabwicklungssystemen zukommt und die andererseits auch eine bedeutende Nutzerin gewisser Teile dieser Infrastruktur ist.

5. Ein Treffen mit der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) fand am 28. September 2007 statt. Die EBK hat die Oberaufsicht über die Börse. Zentrales Anliegen dieser Oberaufsicht ist der Anlegerschutz, insbesondere durch die Gewährleistung der Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung für die Anleger.

A.2 Ziele des Zusammenschlusses

6. Die Verwaltungsräte der drei sich zusammenschliessenden Gesellschaften und des Vereins SWX (der Verwaltungsrat der SWX Group handelt gleichzeitig als Vorstand des Vereins SWX, welcher Eigentümer der SWX Group ist) hatten am 14. Mai 2007 eine gemeinsame Absichtserklärung abgeschlossen. Durch die Zusammenfassung der Aktivitäten von SWX Group, SIS und Telekurs soll der Finanzplatz Schweiz im zunehmend kompetitiven Umfeld gestärkt, die Effizienz gesteigert und die Innovationskraft über die gesamte Wertschöpfungskette (sog. Swiss Value Chain) hin verbessert werden. Durch eine bessere Abdeckung der Kapitalbedürfnisse, der Realisierung von Synergiepotenzialen und Skalenerträgen sowie der höheren Attraktivität für qualifiziertes Personal soll den steigenden Anforderungen an die technische Infrastruktur, den veränderten Kundenbedürfnissen und der zunehmenden Komplexität von regulatorischen Rahmenbedingungen Rechnung getragen werden. Zusätzlich soll die auf langfristige Stabilität ausgerichtete neue Eigentümerstruktur sicherstellen, dass das künftige Unternehmen den Interessen ihrer Kunden und der Akteure des Schweizer Finanzplatzes verpflichtet bleibt, in dem es qualitativ und preislich führende Leistungen anbietet.

7. Das neue Unternehmen hat sich dazu bekannt, auch in Zukunft eine offene Architektur mit freiem Zugang zu Handel, Clearing und Settlement aufrecht zu erhalten und weiterhin eine enge Zusammenarbeit mit internationalen Partnern zu pflegen².

A.3 Die beteiligten Unternehmen

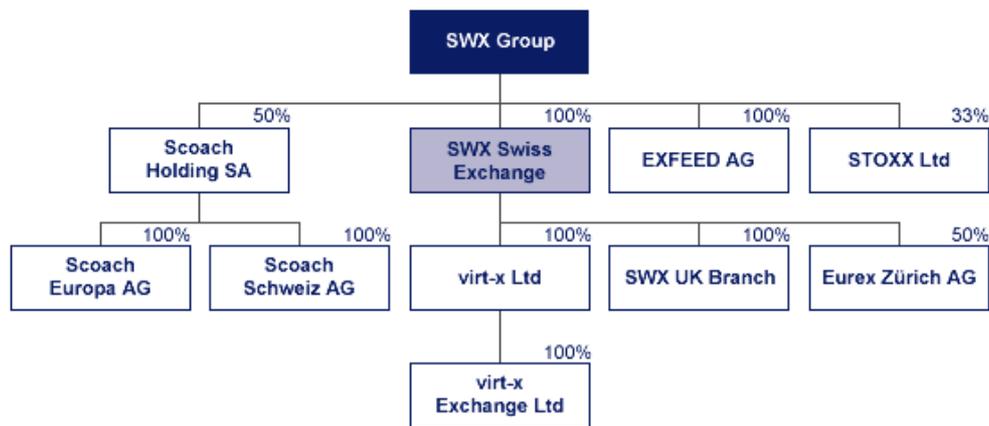
A.3.1 Die SWX-Group

8. Die SWX Group bietet ihren Kunden ein umfassendes Portfolio von Lösungen rund um den schweizerischen und grenzüberschreitenden Handel und die Zulassung von Effekten an. Sie ist wie folgt strukturiert:

¹ Vgl. für den Wortlaut der Auflagen Rz.237.

² So die 6. Präambel des Termsheets

Grafik 1:



Quelle: Homepage SWX

9. Zum Kerngeschäft der SWX-Gruppe gehören die beiden Börsen SWX und virt-x. Die SWX Group hält direkt oder indirekt Beteiligungen an folgenden Gesellschaften:

- **SWX Swiss Exchange:** Die SWX Swiss Exchange betreibt die Börsenplattform SWX (SWX) und hält 100% der Anteile an der virt-x Ltd. sowie 50% an der Eurex Zürich AG. Die SWX Swiss Exchange entwickelt und betreibt Handelsplattformen für Aktien, Obligationen und Exchange Traded Funds (ETFs). Auf der SWX-Plattform handeln rund 90 in- und ausländische Banken und Effekthändler börsennotierte in- und ausländische Wertpapiere. Das Verhältnis zwischen den Teilnehmern und der SWX wird u.a. durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SWX (AGB SWX) geregelt. Die SWX untersteht schweizerischem Recht.

- **virt-x Ltd.** (virt-x): virt-x ist eine Holdinggesellschaft und Muttergesellschaft der virt-x Exchange Ltd. Diese betreibt eine pan-europäische Blue Chip-Plattform, auf der sämtliche europäischen Blue Chips elektronisch gehandelt werden können. An der virt-x werden alle im Swiss Market Index (SMI) enthaltenen Aktien gehandelt. Die virt-x Exchange Ltd. ist als „Recognised Investment Exchange“ grundsätzlich dem britischen Recht unterstellt und wird von der UK Financial Services Authority (FSA) beaufsichtigt.

- **Eurex Zürich AG:** Die Eurex Zürich AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen der SWX Swiss Exchange und der Deutsche Börse AG (DBAG). Sie wird zu je 50% von den beiden Mutterunternehmen gehalten, wobei Gewinn, Kapitalbedürfnisse und Investitionskosten im Verhältnis von 15% (SWX) zu 85% (DBAG) aufgeteilt werden. Die Eurex Gruppe stellt heute die weltweit grösste Derivatebörse dar. Sie ist durch den Zusammenschluss der Swiss Options and Financial Futures Exchange (SOF-FEX) und der Deutschen Terminbörse (DTB) entstanden. Sie ist dezentral organisiert, d.h. folgende Tochtergesellschaften betreiben Handelsplattformen:

- Die **Eurex Zürich AG** betreibt Eurex SecLend, den Schweizer-Franken-Repo-Markt und den Bondprimärmarkt sowie (auf einer gemeinsamen Handelsplattform) mit Eurex Frankfurt AG den Handel von standardisierten Derivaten.

- Die **Eurex Frankfurt AG** (eine 100%-Tochtergesellschaft der Eurex Zürich AG) betreibt auf einer gemeinsamen Handelsplattform mit Eurex Zürich AG den Handel von standardisierten Derivaten.

- Die **Eurex Repo GmbH** (eine 100%-Tochter der Eurex Frankfurt AG) betreibt den sog. Euro-Repo-Markt.

- Die **Eurex Bonds GmbH** (an der die Eurex Frankfurt AG eine Beteiligung von 79.44% hält) betreibt eine elektronische Handelsplattform, die den Handel in deutschen Staatsanleihen und weiteren Bonds anbietet.

- Die **Eurex Clearing AG** ist eine Tochter der Eurex Frankfurt GmbH und das Clearinghaus von Eurex, welches neben dem Derivate-Clearing seine Dienstleistungen auch für Produkte wie Aktien (für die Transaktion an der Frankfurter Wertpapierbörse), Bonds oder Repo anbietet.

- **Stoxx AG** (Stoxx): Stoxx ist ein Gemeinschaftsunternehmen der SWX Swiss Exchange, Dow Jones & Company und der DBAG und wird von den genannten Gesellschaften zu je 33% gehalten. Stoxx berechnet und vertreibt europäische Aktienindizes, welche unter anderem Grundlage für das Fondsgeschäft und den Derivatehandel bilden.

- **Exfeed AG** (Exfeed): Exfeed bietet paneuropäische und Schweizer Börsenrohdaten in Echtzeit aus einer Hand. Exfeed liefert Finanzinformationsanbietern marktbezogene Rohdaten.

- **Scoach Holding SA** (vormals: SWX Group/Deutsche Börse JV Holding SA): Die Scoach Holding SA wird zu 50% plus eine Aktie von der DBAG und zu 50% minus eine Aktie von der SWX Group gehalten und ist über ihre Tochtergesellschaften im Bereich von Warrants und strukturierten Produkten (Anlage- und Hebelprodukten) tätig. Sie besteht seit dem 1. Januar 2007. Die eine Tochtergesellschaft, Scoach Schweiz AG (vormals: SWX Quotematch AG), betreibt den Börsenplatz Zürich für die Schweiz und die andere Tochtergesellschaft, Scoach Europa AG (vormals Börse Frankfurt Smart Trading AG),

den Handelsplatz Frankfurt für Deutschland und die EU-Länder.

10. Eigentümerin der SWX ist die SWX Group, eine Holdinggesellschaft ohne operative Tätigkeit. Diese wiederum ist im Besitz des Vereins SWX, welcher sich derzeit

aus 45 Finanzinstituten, die selber wiederum Teilnehmer an der SWX sind, zusammensetzt. Dabei gilt das Prinzip, dass jedem Vereinsmitglied eine Stimme zukommt. Die Vorstandsmitglieder des Vereins sitzen gleichzeitig im Verwaltungsrat der SWX Group. Die Mitgliederstruktur des Vereins präsentiert sich derzeit wie folgt:

Tabelle 1:

Mitgliedsstruktur SWX nach Kategorien
Stand: 27. September 2007

Kategorie	Anzahl Mitglieder
UBS	1
CS*	2
Kantonalbanken	4
Raiffeisenbanken sowie Regionalbanken und Sparkassen	0
Privatbankiers	7
Handelsbanken	15
Auslandsbanken	15
Andere	1
SUMME	45

*CS umfasst auch Clariden Leu und Neue Aargauer Bank

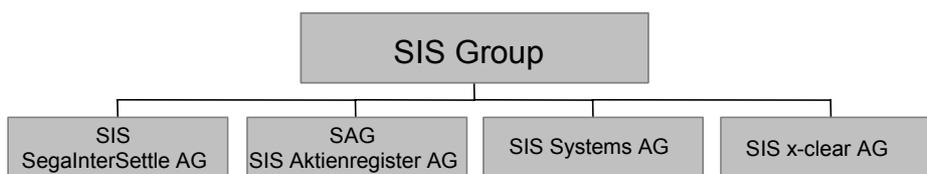
Quelle: Parteien

A.3.2 Die SIS-Group

11. Die SIS (SIS Swiss Financial Services Group AG) erbringt Wertschriftendienstleistungen. Sie bietet umfassende Dienstleistungen für die Abschlussverarbeitung (Post Trade Processing) von Wertschriftentransaktionen.

Die SIS Group agiert mit ihren vier Tochtergesellschaften als Fullservice-Provider im Clearing und Settlement, im Risk Management, in der Verwahrung und Verwaltung von Effekten sowie in der Informatik. Die SIS ist wie folgt organisiert:

Grafik 2:



12. Die SIS Group umfasst folgende 4 Gruppengesellschaften:

- Die **SIS x-clear AG** hat im Mai 2003 ihren operativen Betrieb als Zentrale Gegenpartei (Central Counter Party, CCP) für die virt-x aufgenommen. An der SWX ist sie hingegen erst seit September 2007 als CCP tätig. Sie bietet unmittelbar nach Abschluss des Handelsgeschäftes Clearing-Dienstleistungen an. Die SIS x-clear AG besitzt eine Banklizenz nach Schweizer Recht. Sie unterliegt der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und als wichtiger Systembetreiber der Aufsicht der Schweizerischen Nationalbank (SNB). Seit August 2004 genießt die SIS x-clear AG in Grossbritannien den

Status eines Recognised Overseas Clearing House (ROCH).

- Die **SIS SegalInterSettle AG** erfüllt die Funktionen eines CSD und ICSD (Central Securities Depository/International CSD). Sie ist als CSD verantwortlich für die Verwahrung und Verwaltung der schweizerischen Effekten. Weiter übernimmt sie die Abwicklung (Settlement) aller Börsen- und Ausserbörsengeschäfte in der Schweiz. Als ICSD wickelt sie internationale Werte weltweit im Cross Border Verkehr ab und tätigt sämtliche Verwaltungshandlungen (Corporate Actions). Die SIS SegalInterSettle betreibt mit dem SECOM eines der wenigen Online-Realtime-Abwicklungssysteme der Welt, welches den Marktteilnehmern die Transaktionsabwick-

lung über eine einzige technische Schnittstelle ermöglicht. Die SIS SegalInterSettle AG besitzt eine Banklizenz nach Schweizer Recht. Sie unterliegt der Aufsicht der EBK und als wichtiger Systembetreiber zudem der Aufsicht der SNB.

- Die **SAG SIS Aktienregister AG** ist auf die Aktienregisterführung für Drittgesellschaften spezialisiert. Zusätzlich übernimmt sie für Kunden die Vorbereitung und die Durchführung von Generalversammlungen und bietet Dienstleistungen im Zusammenhang mit Sonderregistern (Depotführung) an. Die angebotenen Dienstleistungen

sind nicht nur für börsenkotierte Gesellschaften bestimmt – auch nicht kotierte Firmen und Gesellschaften mit Inhaberaktien sowie Unternehmen, die einen Rechtskleidwechsel oder einen Börsengang planen, zählen zum Kundenkreis der SAG SIS Aktienregister AG.

- Die **SIS Systems AG** erbringt Informatik- und Logistikdienstleistungen zugunsten der SIS-Gruppen-gesellschaften.

13. Die SIS Group ist ein Gemeinschaftswerk der Banken deren Aktionärsstruktur sich wie folgt präsentiert:

Tabelle 2:

Kapitaleigner	Anteil
UBS AG konsolidiert	32.99%
CS AG konsolidiert	22.19%
Kantonalbanken	18.69%
Privatbanken	10.28%
Vermögensverwaltungsbanken	4.15%
Ausländische Banken	3.74%
Regionalbanken	3.57%
Handelsbanken	2.48%
Andere	1.91%

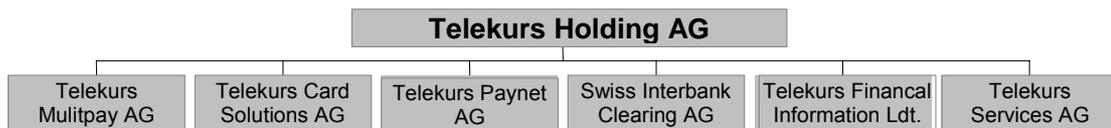
Quelle: Homepage SIS

A.3.3 Die Telekurs Holding

14. Die Telekurs bietet im In- und Ausland Dienstleistungen und Produkte in den Bereichen Finanzinformatio-

nen, Zahlungsverkehr und Zahlungsmittel an und ist ein Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken. Sie weist folgende Organisationsstruktur auf:

Grafik 3:



15. Die Telekurs Holding ist über folgende Tochtergesellschaften tätig:

- Die **Swiss Interbank Clearing Ltd. (SIC)**, betreibt das Online-Zahlungssysteme SIC für die Zahlungen in Schweizer Franken und euroSIC für Zahlungen in Euro in der Schweiz und ins Ausland. Das Interbankclearing gehört zu den traditionellen Zahlungsverkehrsaufgaben der SNB, welches die Vereinfachung und Beschleunigung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, die Optimierung des Cash-Managements durch eine verbesserte Liquiditätssteuerung sowie die Deckungskontrolle bei jeder einzelnen Zahlung bezweckt. Organisatorisch besteht das SIC aus der SNB als übergeordnete Giro-Zentrale, acht Clearingzentralen und den einzelnen Bankinstituten bzw. Geschäftsstellen. Die Konzeption des SIC stützt sich auf ein zentrales Computersystem bei der Telekurs AG mit Online-Anschluss der teilnehmenden Banken, welche untereinander durch mehrere, wei-

tere Giroverträge verbunden sind. Die Telekurs Holding AG hält 75% der Anteile am SIC. Die restlichen 25% werden von der Schweizerischen Post gehalten.

- Die **Telekurs Financial Information Ltd. (TFI)** stellt Kapitalmarktteilnehmern eine Vielzahl von Finanz- und Börseninformationsprodukten zur Verfügung. Das meiste sind sogenannte Processing Produkte, welche durch die Veredelung von Börsenrohdaten und anderen Ad-hoc Unternehmensmeldungen zu Stande kommen (z.B. Börsenumsätze, Kurse, Anleihspreisinformationen, etc.).

- Die **Telekurs Multipay AG (TKM)** stellt als Verkaufs- und Marketingorganisation die Akzeptanz und reibungslose Abwicklung von kartenbasierten Zahlungsmitteln sicher. Die TKM ist sowohl im Kreditkarten- als auch im Debitkartenacquiring tätig (Produkte MasterCard, VISA, Maestro, V PAY und Prepaid-Chip CASH).

- Die **Telekurs Card Solutions AG** ist in drei Geschäftsfeldern tätig: Bereitstellung der Zahlungsinfrastrukturen am Verkaufspunkt (Point of Sale, POS; namentlich Zahlkartenterminals), Acquiring Processing und Issuing Processing. Acquiring Processing beinhaltet die Verarbeitung der Transaktionen, die zwischen den Acquirern und deren Vertragsunternehmen (Akzeptanzstellen) abgewickelt werden. Issuing Processing bezeichnet die technische Verarbeitung für die Herausgeber (Issuer) von Kredit- und Debitkarten.

- Die **Telekurs PayNet AG** betreibt einerseits ein Netzwerk zur Abwicklung mehrwertsteuerkonformer, elektro-

Tabelle 3:

nischer Rechnungen in den Bereichen Business-to-Business und Business-to-Consumer. Andererseits betreibt sie für die Schweizer Banken die Lastschrift-Applikation mit den Dienstleistungen LSV+/BDD für CHF und EUR

- Die **Telekurs Services AG** ist der Provider von IT Services und Facility Services für die Telekurs-Gruppe und die SIS-Gruppe.

16. Auch die Telekurs ist ein Gemeinschaftswerk der Banken, deren Aktionärsstruktur sich wie folgt präsentiert:

Eigentümerstruktur Telekurs nach Kategorien

Stand: 30. August 2007

Kategorie	Anteil an ausstehenden Aktien
UBS	30-40%
CS*	20-30%
Kantonalbanken	10-20%
Raiffeisenbanken sowie Regionalbanken und Sparkassen	10-20%
Privatbankiers	0-10%
Handelsbanken	0-10%
Auslandsbanken	0-10%
Andere	0-10%
SUMME	100%

*CS umfasst auch Clariden Leu und Neue Aargauer Bank

Quelle: Parteien

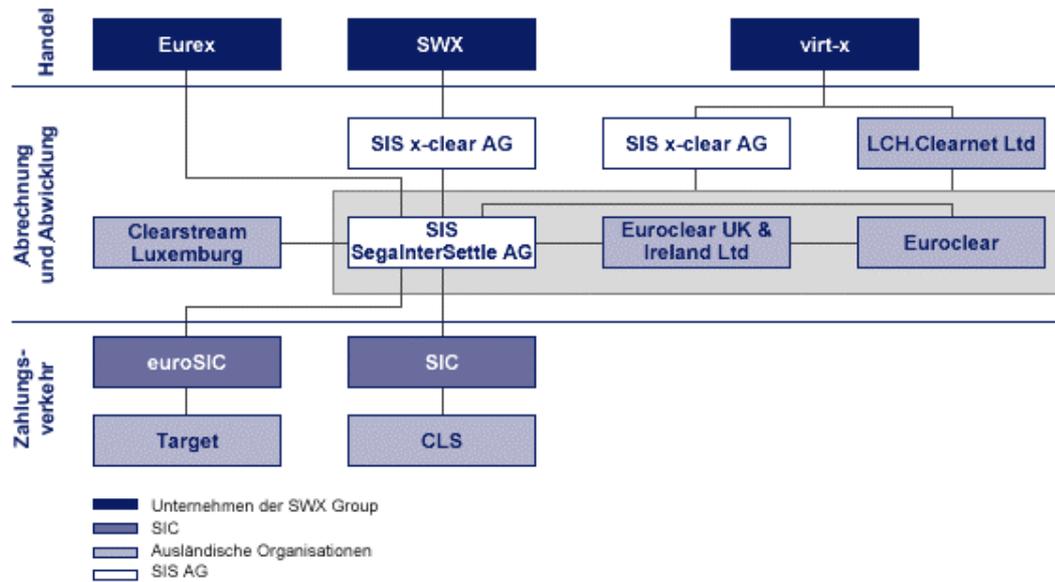
A.4 Die Swiss Value Chain

17. Ein Börsengeschäft wird in mehreren Teilschritten erledigt. Dabei gilt es zu unterscheiden, zwischen dem Abschluss des Veräusserungsgeschäfts (Trading), der darauf folgenden Feststellung der Übereinstimmung der Daten des Verkäufers und des Käufers (Matching), der

daran anschliessenden Eingabe in das Verrechnungssystem (Clearing) und der eigentlichen Erfüllung (Settlement) sowie der Ausführung der Zahlung (Payment).

18. Die Organisations- und Produktionsstruktur der Swiss Value Chain präsentiert sich heute wie folgt:

Grafik 4:



Quelle: Homepage SWX, eigene Anpassung betr. SIS x-clear

19. Derzeit ist die Swiss Value Chain im Bereich der SWX durch eine vertikale Struktur gekennzeichnet. Die einzelnen notwendigen Schritte eines Börsengeschäftes – Trading, Clearing und Settlement – werden von unabhängigen Unternehmen, die allerdings bereits zum heutigen Zeitpunkt technisch stark integriert sind, erledigt (Straight Trough Processing)³. Faktisch werden Aktien-Transaktionen an der SWX derzeit ausschliesslich über SIS x-Clear (Central Counter Party [CCP]⁴ seit dem 1. September 2007), SIS SegalInterSettle AG und SIC abgewickelt. Eine offene Struktur besteht hingegen bei den Internationalen Bonds und ETFs, bei welchen neben SIS auch ein Settlement über Clearstream International und Euroclear Bank möglich ist.

20. Im Gegensatz zum Modell der SWX hat die virt-x von Beginn an ein offenes Abwicklungsmodell umgesetzt, welches seinen Börsenmitglieder die freie Wahl bezüglich Clearing und Settlement lässt. Derzeit sind sowohl die SIS x-clear als auch LCH.Clearnet als CCPs bei der virt-x angeschlossen. Beim Settlement besteht ebenfalls die Wahlmöglichkeit zwischen Euroclear UK & Ireland Ltd (früher CrestCo), SIS SegalInterSettle und Euroclear Bank.

21. Die Zahlungsabwicklung erfolgt über die Swiss Interbank Clearing AG, welche die beiden Zahlungssysteme SIC und euroSIC betreibt. Das SIC dient der Zahlungsabwicklung in Schweizer Franken, das euroSIC der inländischen und grenzüberschreitenden Zahlungsabwicklung in Euro. Die nationale Struktur ist bedingt durch den gesetzlichen Auftrag zur Überwachung und Steuerung des Finanzmarktes durch die SNB. Das euroSIC wiederum wird durch die Swiss Euro Clearing Bank (SECB), einem Gemeinschaftsunternehmen der UBS, CS, Telekurs und der Schweizerischen Post mit Sitz in Frankfurt überwacht und gesteuert. EuroSIC soll den Anschluss an TARGET gewährleisten. Target ist die Schnittstelle zwischen den nationalen Euro-Clearingsystemen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion – bei welcher die Schweiz nicht Mitglied ist.

A.5 Verfahren vor anderen Wettbewerbsbehörden

22. Das Zusammenschlussvorhaben ist in der EU nicht meldepflichtig. Hingegen ist das Vorhaben in Deutschland gemeldet worden. Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben vom 13. September 2007 festgehalten, das Zusammenschlussvorhaben erfülle nicht die Untersagungsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 GWB und könne vollzogen werden.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

23. 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

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

³ Zitat Homepage SWX-Group: "Obwohl die Infrastrukturunternehmen in der Schweiz keiner übergeordneten Holding angehören, haben sie den Handel, die Wertschriftenabwicklung und den Zahlungsverkehr koordiniert. Alle Prozesse sind aufeinander sowie auf die Anforderungen der Marktteilnehmer abgestimmt" (www.swxgroup.com/group/value_chain_de.html; besucht am 26.10.07).

⁴ Die Funktionsweise einer CCP findet sich in Anhang 3.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

25. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG).

26. Die Eckwerte des vorliegenden Zusammenschlusses ergeben sich aus dem Termsheet vom 3./6. August 2007, welches inzwischen von sämtlichen Aktionären der beiden Gesellschaften SIS (alle 133 Aktionäre) und Telekurs (alle 99 Aktionäre) sowie allen (45) Mitgliedern des Vereins SWX angenommen wurde. Danach soll die neue Gesellschaftsstruktur zusammengefasst wie folgt erreicht werden:

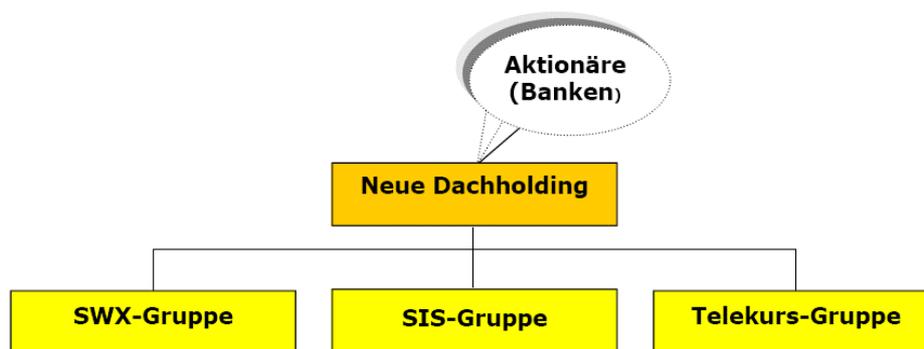
- **Schritt 1:** In einem ersten Schritt werden SIS und Telekurs in die SWX Group eingebracht. Die SWX Group

wird dadurch in eine neue Dachholding umgewandelt. Sämtliche bisherigen Aktionäre der SIS und der Telekurs erhalten dabei Aktien der SWX Group.

- **Schritt 2:** In einem zweiten Schritt soll der Verein SWX mit der neuen Dachholding fusioniert werden, so dass die bisherigen Vereinsmitglieder direkt Aktionäre der neuen Dachholding werden. Die bisher vom Verein gehaltenen Aktien an der SWX Group sollen nach Köpfen auf die Mitglieder des Vereins aufgeteilt werden, wobei jedes Mitglied gleich viele Aktien erhält.

27. Die neue Gesellschaftsstruktur lässt sich grafisch wie folgt darstellen:

Grafik 5:



Quelle: Meldung

28. Es ist geplant, dass sich das Aktionariat aus den aktuellen Aktionären von SIS und Telekurs, sowie den Mitgliedern des Vereins SWX zusammensetzt. Dabei

ergibt sich gemäss Pressemitteilung vom 12. September 2007 folgende Aufteilung:

Tabelle 4:

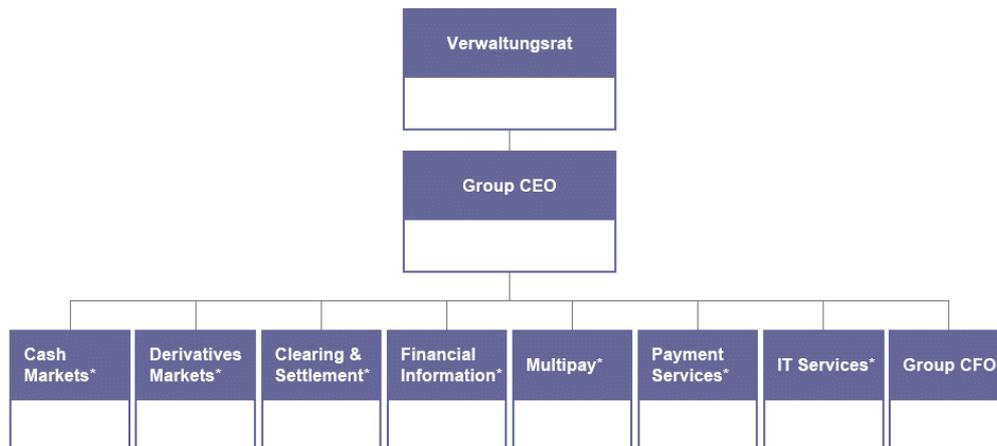
Bankkategorie (nach SNB)	Anteil
Grossbanken	31.1%
Kantonalbanken	14.1%
Regional- und Raiffeisenbanken	4.3%
Handels- und Vermögensverwaltungsbanken	19.5%
Privatbanken	10.5%
Auslandbanken	19.3%
Andere	1.3%

29. Die Aktionäre der neuen Dachholding schliessen einen Aktionärsbindungsvertrag ab. Dieser hat im Wesentlichen folgenden Inhalt: [...]

30. Gemäss der Pressemitteilung vom 12. September 2007 soll die Zusammenlegung der Geschäftsaktivitäten (vorbehältlich der Genehmigung der Transaktion durch die Weko) Anfang 2008 umgesetzt werden. Die Holding wird den Sitz in Zürich haben und unter dem Namen "Swiss Financial Market Services" auftreten. Dabei soll

folgende Organisationsstruktur umgesetzt werden, wobei die Namen und Marken der operativen Gesellschaften (z.B. SWX Swiss Exchange, SIS SegalInterSettle, Telekurs Multipay) weitgehend erhalten bleiben sollen:

⁵ Der Inhalt des Aktionärsbindungsvertrags stellt ein Geschäftsgeheimnis dar.

Grafik 6:**Organisationsstruktur**

* Namen der Organisationseinheiten sind Arbeitstitel

7

Quelle: Medienpräsentation v. 12.09.07

31. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann aufgrund der obigen Ausführungen als Fusion im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert werden.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

32. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht. Hingegen bestehen gewisse Vorschriften, welche in dem Sinne wettbewerbsrelevant sind, als sie in bestimmten Bereichen prokompetitive Elemente ausdrücklich festhalten (z.B. Nichtdiskriminierung, Offener Zugang). Es soll an dieser Stelle kurz auf diese Bestimmungen eingegangen werden, da sie für die Einschätzung der Marktstellung der Parteien und der Beurteilung ihrer Handlungsmöglichkeiten von Bedeutung sind.

33. Die Errichtung und der Betrieb von Börsen sowie der gewerbmässige Handel mit Effekten wird durch das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1] und die Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel [Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11] sowie weitere Ausführungsverordnungen und Reglemente reguliert.

34. Hauptzweck des Börsengesetzes ist gemäss Art. 1 BEHG der Anlegerschutz. Der Schutz soll erreicht werden durch eine *Garantie von Transparenz und Gleichbehandlung*, ferner dadurch, dass der Vertragspartner des Anlegers, der Effekthändler, reguliert und generell das Vertrauen in den Markt geschützt wird. Transparenz für den Anleger bedingt Informationen über den Handel, den Vertragspartner und über die Investition. Erreicht wird die Transparenz durch Informationspflichten von Emittenten, Grossanlegern, Effekthändlern, Bietern und auch Zielgesellschaften. Das Gleichbehandlungsgebot betrifft das Verhältnis zwischen Börse und Effekthändler, aber auch zwischen Effekthändler und Anleger⁶.

35. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Effekthändler wird in Art. 7 BEHG ausdrücklich festgeschrieben. Das Gleichbehandlungsgebot hat nach der Vorstellung des Gesetzgebers "im Kern einen wettbewerbsrechtlichen Charakter": Der Zugang zur Börse bildet für die Effekthändler einen wichtigen Wettbewerbsfaktor und soll ihnen daher zu gleichen Bedingungen zur Verfügung stellen. Die Gleichbehandlung der Teilnehmer hat aber auch Bedeutung im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Anleger gemäss Art. 1 BEHG, weil die von den Teilnehmern veranlassten Börsengeschäfte letztlich für Rechnung von Anlegern getätigt werden⁷.

36. Der Grundsatz der Transparenz wird in Art. 5 Abs. 3 BEHG konkretisiert, wonach die Börse sicherzustellen hat, dass alle Angaben, die für die Transparenz des Effekthandels erforderlich sind, öffentlich bekannt gemacht werden. Dies gilt namentlich für Kursinformationen und Angaben über die Umsätze der Effekten.

37. Die Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung werden durch Reglemente der Börse konkretisiert (Handelsorganisationsreglement gemäss Art. 5 Abs. 1 BEHG bzw. Reglement über Zulassung, Pflichten und Ausschluss von Effekthändler gemäss Art. 7 BEHG). Die Börsenreglemente müssen gemäss Art. 4 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 13 BEHV der EBK zur Genehmigung. Bei der Genehmigung prüft die EBK namentlich, ob die Reglemente die Transparenz und Gleichbehandlung für die Anleger sicherstellen (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BEHV). Sie vor ihrem Entscheid die Wettbewerbskommission konsultieren. Diese äussert sich dazu, ob die Reglemente wettbewerbsneutral sind und wettbewerbsbehindernde Absprachen nicht begünstigen (Art. 13 Abs. 2 BEHV).

⁶ Vgl. Basler Kommentar zum Börsengesetz, WATTER, Art. 1 N 9 ff.

⁷ Vgl. Basler Kommentar zum Börsengesetz, TRUFFER, Art. 7 N 6 ff.

38. Neben der Börsenregulierung gilt es auf die Aufsicht der SNB über Systeme zur Abrechnung und Abwicklung von Zahlungen (Zahlungssysteme) oder von Geschäften mit Finanzinstrumenten, insbesondere Effekten (Effektenabwicklungssysteme) gemäss Art. 19 des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11) hinzuweisen. Art. 33 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankverordnung, NBV; SR 951.131) legt den Grundsatz des offenen Zugangs zu diesen Systemen fest. Beschränkungen dieses Zugangs sind nur unter folgenden Voraussetzungen möglich: (1) Gemäss Art. 33 Abs. 2 NBV kann der Systembetreiber die Teilnahme insbesondere von einer angemessenen Beaufsichtigung eines Bewerbers, genügenden finanziellen Mitteln oder ausreichenden technischen und operativen Fähigkeiten abhängig machen. Er hat diese Teil-

nahmevoraussetzungen gemäss Art. 33 Abs. 4 NBV zu veröffentlichen. (2) Der Systembetreiber kann gemäss Art. 33 Abs. 3 NBV den Zugang beschränken, sofern dadurch eine Verminderung der (System-)Risiken oder eine Steigerung der Effizienz erreicht wird, und diese Wirkung durch andere Massnahmen nicht erreicht werden kann. Wird eine Zugangsbeschränkung aus Gründen der Effizienz geltend gemacht, so hat die Nationalbank im Rahmen ihrer Beurteilung die Wettbewerbskommission anzuhören. (3) Der Systembetreiber hat die Teilnahmevoraussetzungen festzulegen und diese zu veröffentlichen.

B.3 Meldepflicht

39. Die beteiligten Gesellschaften erzielten 2006 folgende Umsätze:

Tabelle 5:

	Umsatz Schweiz (CHF)	Umsatz weltweit (CHF)
SWX Group	>100 Mio.	> 500 Mio.
SIS Group	>100 Mio.	< 500 Mio.
Telekurs Holding	>100 Mio.	> 500 Mio.
Total	>100 Mio.	> 500 Mio.

40. Damit sind die Voraussetzungen für die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG gegeben.

B.4 Zuständigkeit der Bankenkommision

41. Die EBK kann bei Zusammenschlüssen mit Beteiligung von Banken aus Gründen des Gläubigerschutzes an die Stelle der Wettbewerbskommission treten (Art. 10 Abs. 3 KG). Aufgrund der Banklizenz der SIS x-clear und der SIS SegalInterSettle hat das Sekretariat mit Schreiben vom 14. September 2007 das Zusammenschlussvorhaben der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) angezeigt (Art. 10 VKU) und aufgefordert, bis am 19. September 2007 mitzuteilen, ob sie es für notwendig erachtet, an die Stelle der Wettbewerbskommission zu treten. Diese Frist ist unbenutzt abgelaufen, so dass die Zuständigkeit bei der Wettbewerbskommission bleibt.

42. Allfällige aufsichtsrechtliche Problemstellungen werden durch die EBK selbständig und unabhängig vom vorliegenden Verfahren geprüft.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

B.5.1 Überblick

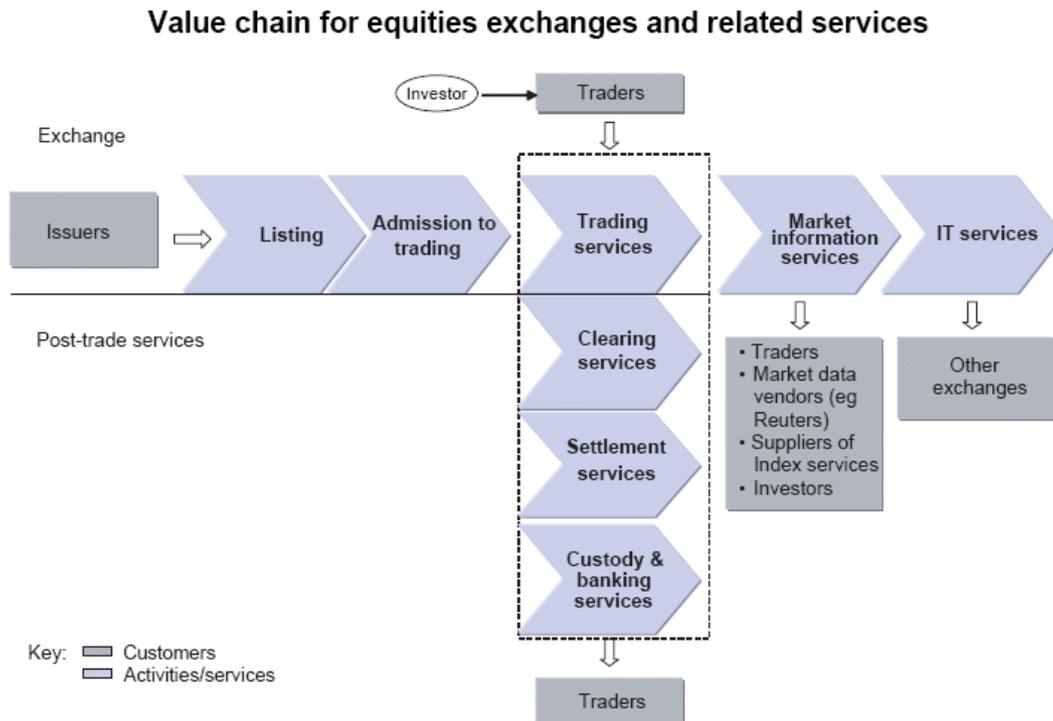
43. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind zahlreiche Märkte betroffen. In der Meldung werden folgende Märkte unterschieden:

- Listing (Kotierung und Zulassung zum Handel)
- Trading (Börsenhandel)
- Clearing (Abrechnung)
- Settlement (Abwicklung/Erfüllung)

- Custody (Verwahrung und Verwaltung)
- Payment (Interbankenzahlungsverkehr)
- Lieferung von Börsen- und Finanzrohdaten
- Vertrieb von Finanzdaten
- Lizenzierung von Indizes
- Aktienregisterführung und ähnliche Dienstleistungen für Drittgesellschaften
- Zahlungsdienstleistungen (Elektronische Rechnungsabwicklung, Transaktionsverarbeitung, Kredit- und Debitkartenaquiring, Zahlungsinfrastrukturen)
- Informatik- und Logistikdienstleistungen
- Übrige Dienstleistungen (z.B. Vergabe von Valorennummern)

44. Die beteiligten Parteien sind jeweils auf verschiedenen Märkten tätig, so dass es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, es liegt m.a.W. kein horizontaler Zusammenschluss vor. Hingegen stehen diverse dieser Märkte in einer vertikalen Beziehung zueinander. Einen guten Überblick über die Produktionskette im Bereich des Börsengeschäfts und der damit verbundenen Dienstleistungen gibt die folgende Grafik der englischen Competition Commission:

Grafik 7:



Quelle: Competition Commission

45. Grafik 7, sowie die Ausführungen zur Swiss Value Chain (vgl. oben Rz. 17 ff.) ergeben, dass diverse von der Fusion betroffene Märkte in einer vertikalen Beziehung zueinander stehen (z.B. Handel, Clearing, Settlement und Custody). Andere Märkte sind benachbart (z.B. Finanzinformationen). Daneben gibt es auch noch Märkte, die in keinerlei Beziehung zueinander stehen (z.B. Zahlungsdienstleistungen).

46. Die bisherige Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden hat sich noch nicht vertieft mit der Beurteilung von solchen "nicht-horizontalen" Zusammenschlüssen auseinander gesetzt⁸, weshalb nachfolgend zunächst auf die Grundlagen für die nicht-horizontale Fusionsanalyse eingegangen wird.

B.5.2 Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse

47. Bei *Nicht-horizontalen* Zusammenschlüssen stammen die Produkte und/oder Dienstleistungen der Zusammenschlussparteien aus verschiedenen Wettbewerbsmärkten. Diesbezüglich werden "vertikale" und "konglomerale" Zusammenschlüsse unterschieden⁹:

48. Bei *vertikalen Zusammenschlüssen* befinden sich die Zusammenschlussparteien in unterschiedlichen Stufen derselben Produktions-/Vertriebskette (sog. "Value Chain"), wobei die eine (Upstream-) Partei einen Input für die Produktion einer anderen (Downstream-) Partei herstellt.¹⁰ Ein vertikaler Zusammenschluss führt insofern zur Kontrolle bzw. gemeinsamen Eigentümerschaft über zwei oder mehrere benachbarte Produktions-/Vertriebsstadien. Ein vertikaler Zusammenschluss kann eine vorwärts (Upstream übernimmt Downstream) oder rückwärts (Downstream übernimmt Upstream) Integri-

on bedeuten, je nachdem, welches Unternehmen wen übernimmt.

49. Konglomerale Zusammenschlüsse können entweder Unternehmen mit Produkten oder Dienstleistungen in verwandten Märkten oder auch mit Produkten oder Dienstleistungen in völlig unabhängigen Märkten betreffen. Konglomerale Strukturen sind damit weder horizontal noch vertikal.¹¹

50. Eine Hauptschwierigkeit bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse von vertikalen und konglomerale Strukturen ist, dass es per Definition durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Bei der Fusionskontrolle stehen dann auch weitgehend die vertikalen Aspekte im Vordergrund.

51. Die neusten Ausführungen zu vertikalen Zusammenschlüssen der OECD¹² haben gezeigt, dass es oft nicht sinnvoll erscheint, standardisierte Guidelines für die Analyse von nicht-horizontalen Zusammenschlüssen aufzustellen. Vielmehr wird eine wettbewerbsrechtliche Fall-zu-Fall Analyse nahe gelegt.

⁸ Vgl. aber RPW 2006/2, S. 259 f., Rz. 107 ff; RPW 2005/2, S. 378 f., Rz. 162 ff.; RPW 2005/2, S. 336, Rz. 144 f.

⁹ Vgl. R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz. 190 f.

¹⁰ J. CHURCH, The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition, 2004.

¹¹ Vgl. CHURCH (FN 10) S. 2-3.

¹² OECD, Roundtable on Vertical Mergers, Background Note, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee (DAF/COMP), 2007.

52. Einige Länder haben in den letzten Jahren Analyse-raster erstellt. So beispielsweise die EU, USA, Australien und UK. Sie alle legen – in Anlehnung an die ökonomische Literatur¹³ – eine vergleichbare Vorgehensweise bei der Analyse nahe. Die folgenden vier Analyseschritte werden einhellig vorgeschlagen (z.B. durch die OECD¹⁴ oder in den Non-horizontal Merger Guidelines der EU¹⁵):

- (1) Marktdefinition/-Abgrenzung (Bestimmung der relevanten Märkte);
- (2) Marktstellung auf den relevanten Märkten (Bestimmung der Marktanteile, der aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie der Markteintrittsbarrieren);
- (3) Aufzeigen der (a) Möglichkeit und (b) Anreize zu Marktabschottung/Diskriminierung;
- (4) Prüfung von Effizienzgründen.

53. Die ökonomische und juristische Literatur zeigt auf, dass vertikale Zusammenschlüsse oft mit einer Reihe von Effizienzvorteilen verbunden sind.¹⁶ Gemäss der OECD gilt ebenfalls:

*"Vertical Integration is ubiquitous, whether by internal growth or merger and it is typically efficiency enhancing. The economic presumption, on both theoretical and empirical grounds, is that vertical mergers are likely efficiency enhancing and good for consumers."*¹⁷

54. Effizienzgründe werden im Rahmen einer vorläufigen Prüfung von meldepflichtigen Zusammenschlüssen im KG nicht behandelt. In der vorläufigen Prüfung wird nur untersucht, ob sich Anhaltspunkte ergeben, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG). Aber selbst in einer vertieften Prüfung spielen Effizienzgründe in der Schweizerischen Fusionskontrolle eine eingeschränkte Rolle. Das Kartellgesetz verlangt eine Prüfung der Effizienzgründe (im untechnischen Sinne) bei der Fusionskontrolle nur in Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss nur untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen kann, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Der vierte Analyseschritt (Prüfung der Effizienzgründe) wird demnach im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung nicht durchgeführt und in einer vertieften Prüfung könnte er wohl auch nur innerhalb des durch Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG festgelegten Rahmens Bedeutung erlangen.

55. Vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse beinhalten neben Effizienzvorteilen jedoch auch ein Potenzial für Marktabschottung und Diskriminierung von Marktteilnehmern, welche wettbewerbsverzerrende Effekte bewirken können.¹⁸ Marktmächtige Zusammenschlussparteien können ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen. Dieses Verhalten wird in der Literatur als *"Foreclosure"* bezeichnet:

"Foreclosure describes any instance where actual or potential rivals' access to supplies or markets is ham-

*pered or eliminated as a result of the merger, thereby reducing these companies' ability and/or incentive to compete. As a result of such foreclosure, the merging companies – and, possibly, some of its competitors as well – may be able to profitably increase the price charged to consumers. These instances will be referred to as anticompetitive foreclosure."*¹⁹

56. *Vollständige* (complete) Foreclosure bedeutet, dass Wettbewerber gänzlich vom Markt ausgeschlossen werden, was eine komplette Marktabschottung zur Folge hat. Demgegenüber steht *partielle* (partial) Foreclosure für Verhaltensweisen, wo eine "blosse" Behinderung des Wettbewerbs durch Diskriminierungen von Marktteilnehmern geschieht. In den Guidelines wird zudem zwischen *Input* und *Customer* Foreclosure unterschieden²⁰. Customer Foreclosure findet im vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung, weshalb bei der Analyse nicht weiter darauf eingegangen wird. Unter *Input Foreclosure* versteht man grundsätzlich alle wettbewerbs-schädlichen Verhaltensweisen einer marktmächtigen Upstream-Partei (wie z.B. Zugangsverweigerung zu ihrem [wichtigen, essentiellen] Input, Preiserhöhung des Inputs, technische Barrieren beim Zugang zum Input etc.), die dazu dienen, den Wettbewerb auf der nachgelagerten Produktionsstufe zu behindern und damit ihre integrierte Downstream Partei gegenüber deren Wettbewerbern/Rivalen besser zu stellen sowie ihren eigenen Gewinn zu erhöhen.

57. In der ökonomischen Literatur besteht weitgehend Konsens darüber, dass wettbewerbsverzerrende Effekte von vertikalen und konglomerale Zusammenschlüssen primär dann auftreten, wenn mindestens eines der beteiligten Unternehmen, auf einem relevanten Markt über *signifikante Marktmacht* verfügt.²¹

58. Im Entwurf zu den Non-horizontal Merger Guidelines der EU werden dementsprechend auch zwei notwendige Voraussetzungen für die Möglichkeit zu Marktabschottung und/oder Diskriminierung von Wettbewerbern in vertikalen Strukturen identifiziert²²:

- (1) Mindestens eine der beteiligten Parteien ist marktmächtig auf einem relevanten Markt;

¹³ Vgl. z.B. M. MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, 2004.

¹⁴ Vgl. OECD (FN 12).

¹⁵ EU Commission, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, Draft, 2004: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_nonhorizontal_mergers.pdf

¹⁶ S. BISHOP et al., The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers, Enterprise and Industry Directorate-General, European Commission, 2005, S. 73-104; vgl. aus der juristischen Literatur Zäch (FN 9) Rz. 190 f.

¹⁷ Vgl. OECD (FN 12) S. 46.

¹⁸ Vgl. CHURCH (FN 10) S. 130; ZÄCH (FN 9) Rz. 190 f.

¹⁹ Vgl. EU Commission (FN 15) Rz. 18. Neben Foreclosure wie sie hier definiert wird, kommen in der Praxis auch Financial Leveraging und Predation sowie Tying und Bundling vor. Letztere primär im Zusammenhang mit konglomerale Zusammenschlüssen.

²⁰ Vgl. OECD (FN 12) und EU Commission (FN 15).

²¹ Vgl. u.a. MOTTA (FN 13) S. 306/377; P.T. SPILLER, On vertical mergers, Journal of Law, Economics, and Organizations, 1985, Vol. 1, S. 285-312; Chatterjee, Gains in Vertical Acquisitions and Market Power: Theory and Evidence, The Academy of Management Journal, 1991, Vol. 34 (2): S. 436-48.

²² Vgl. EU Commission (FN 15).

(2) Eine marktmächtige (Upstream-) Partei liefert einen wichtigen Input (z.B. in Bezug auf Kosten oder Technologie) für eine andere (Downstream-) Partei²³.

59. Ein wichtiger Schritt bei der Wettbewerbsanalyse eines nicht-horizontalen Zusammenschlusses besteht folglich in der Analyse der Frage, inwiefern nach dem Zusammenschluss auf den relevanten Märkten durch die Zusammenschlussparteien Marktmacht ausgeübt werden kann. Gemäss der Literatur und ausländischer Guidelines gilt es deshalb primär jene Zusammenschlüsse zu untersuchen, bei denen ein Unternehmen auf dem relevanten Markt nach erfolgtem Zusammenschluss mindestens 20-30% Marktanteil besitzt²⁴. Im Folgenden werden deshalb die relevanten Märkte sowie die Marktstellung der Parteien untersucht.

B.5.3 Relevante Märkte und Marktstellung

60. Aus Gründen der Übersichtlichkeit bei der grossen Anzahl relevanter Märkte werden die jeweiligen Märkte geschlossen analysiert, d.h. bei jedem Markt wird direkt nacheinander der sachlich relevante Markt, der räumlich relevante Markt und die Marktstellung der Parteien dargestellt.

61. 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).

62. 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).

B.5.3.1. Listing (Börsenkotierung und Zulassung zum Handel)

B.5.3.1.1. Sachlich relevanter Markt

63. An einer Börse werden Angebot und Nachfrage nach Effekten (Aktien, Obligationen, ETFs, Derivate etc.)²⁵ zusammengeführt, mit dem Ziel, Vertragsabschlüsse nach einheitlichen Geschäftsbedingungen (BEHG, BEHV, Reglemente, etc.) zwischen zum Handel zugelassenen Personen zu ermöglichen²⁶. In der Schweiz sind nur Effekthändler zum Handel an der Börse zugelassen, d.h. nur gewerbmässig auf diesem Gebiet tätige Unternehmen²⁷.

64. Damit Effekten an der Börse gehandelt werden können, müssen sie zuvor kotiert bzw. zum Handel zugelassen werden. Traditionellerweise wird im Kapitalmarktrecht diesbezüglich zwischen dem *Primär-* und dem *Sekundärmarkt* unterschieden. Während der Sekundärmarkt den eigentlichen Handel umfasst, betrifft der Primärmarkt dessen Vorstufe. Im Primärmarkt suchen Unternehmen (Emittenten) infolge Kapitalbedarf nach Investoren. Das Listing (Börsenkotierung und Zulassung zum Handel) ist diesem Primärmarkt zuzuweisen. Die Kotierung von Effekten erlaubt dem Emittenten den Zugang zu einem geregelten liquiden Markt. Die Gründe für einen Börsengang der Unternehmen sind vielfältig. Hauptsächlich dient er der günstigen Liquiditäts- und Kapitalbeschaffung, der Diversifikation in der Gesellschafterstruktur und der Steigerung des Bekanntheitsgrades²⁸.

65. Das Listing (Kotierung/Zulassung) umfasst Leistungen der Börsen im Rahmen der Zulassung von Effekten an einer Börse. Die Börsen stellen für die Kotierung von unterschiedlichen Wertpapieren die Infrastruktur (Börsenplattform) sowie weitere Dienstleistungen zur Verfügung. An der SWX werden Aktien, Obligationen und EFT's kotiert²⁹. Die Kotierung bedeutet die Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse (Art. 2 Bst. c BEHG)³⁰.

66. Die Kotierung von Wertpapieren an regulierten Märkten (Börsen), lässt sich wahrscheinlich als eigener sachlich relevanter Markt abgrenzen. Die Börsenkotierung hat neben der Zulassung zum Handel an der Börse noch weitere Rechtswirkungen auf die Gesellschaft, deren Titel kotiert sind (Offenlegungs- und Informationspflichten, Bestimmungen zu öffentlichen Kaufangeboten, etc.)³¹, so dass sie nicht mit Zulassungen zum Handel an ausserbörslichen Einrichtungen substituiert werden kann. Dies entspricht auch dem Ergebnis ausländischer Wettbewerbsbehörden³².

67. Es kann zwischen *Primär-* und *Sekundärkotierung* unterschieden werden. Die Primärkotierung ist die erste Kotierung einer Aktie an einer Börse, m.a.W. der Börsengang eines Unternehmens (Initial Public Offering, IPO). Sekundärkotierung bedeutet, dass ein Titel kotiert wird, nachdem er bereits an einer anderen Börse primärkotiert wurde. Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärkotierung ist von Bedeutung für die regionale Marktabgrenzung (vgl. unten Rz. 70 ff.).

68. Eine weitere Unterteilung des Kotierungsmarktes nach einzelnen Wertpapieren ist vermutlich nicht angezeigt³³. Dies deshalb, weil (1) sich die Dienstleistungen

²³ Vgl. Ausführungen zu wichtigen Inputs in P. REY/J. TIROLE, A PRIMER on Foreclosure, Forthcoming in Handbook of Industrial Organizations II, 2006, S. 1.

²⁴ Vgl. MOTTA (FN 13), S. 377 und EU Commission (FN 15) Rz. 25: "The Commission is unlikely to find concern in non-horizontal mergers, be it of a coordinated or of a non-coordinated nature, where the market share post-merger of the new entity in each of the markets concerned is below 30% and where the post merger HHI is below 2000."

²⁵ Art. 2 Bst. a BEHG definiert Effekten als „vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate“.

²⁶ Art. 2 Bst. b BEHG definiert Börsen als "Einrichtungen des Effektenhandels, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren Effekthändlern sowie den Vertragsabschluss bezwecken". Art. 1 BEHG legt das Prinzip der Gleichbehandlung fest. Vgl. auch die Definition des Bundeskartellamtes im Beschluss betr. Fusion der Deutschen Börse mit der London Stock Exchange, S. 11 f.

²⁷ Die einhellige Lehre leitet dies aus Art. 2 Bst. b BEHG ab, vgl. Basler Kommentar zum Börsengesetz, TRUFFER, Art. 7 N 11. Eine Definition des Effekthändler findet sich in Art. 2 Bst. d BEHG.

²⁸ Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/3, S. 441 f, Rz. 25.

²⁹ Derivate sind vom Primärmarkt ausgeschlossen, denn für den Handel mit Derivaten ist keine Kotierung nötig.

³⁰ Allerdings sind an der SWX auch einige Effekten ohne Kotierung zum Handel zugelassen (Eurobonds und SWX Sponsored Segment). Voraussetzung ist in beiden Fällen eine Kotierung an einer anderen Börse.

³¹ Vgl. Basler Kommentar zum Börsengesetz, DAENIKER/WALLER, Art. 2 Bst.a-c N 31 ff.

³² Vgl. BKart (FN 26) S. 13; Competition Commission, Deutsche Börse AG, Euronext NV and London Stock Exchange plc, November 2005, Rz. 4.8.

³³ So auch BKart (FN 26) S. 13.

der Börse bei der Kotierung nicht wesentlich nach Art der gehandelten Wertpapiere unterscheiden und (2) alle Börsen grundsätzlich alle Wertpapiere kotieren.

69. Die Parteien werfen die Frage auf, ob Listing und Trading nicht einen gemeinsamen Markt bilden. Dies könnte deshalb der Fall sein, weil eine Nachfrage auf dem Primärmarkt nur dann besteht, wenn auch ein Sekundärmarkt vorhanden ist. Zudem gibt es keine Anbieter, welche nur Listing, nicht aber Trading anbieten würden. Auch wenn die Wettbewerbskommission tendenziell von einem separaten Markt ausgehen weil Listing und Trading unterschiedliche Nachfrager haben (beim Listing sind die Emittenten die Nachfrager, beim Trading hingegen die Händler bzw. Anleger), kann diese Frage, sowie die definitive Marktabgrenzung in den oben aufgeführten Bereichen (Rz. 66 ff.) im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung offen bleiben (vgl. Rz. 78).

B.5.3.1.2 Räumlich relevanter Markt

Table 6:

An der SWX kotierte Aktien/Unternehmen per 31. Juli 2007:

Effektenart	Nationale Titel			Internationale Titel			Total
	Blue Chips	Small/Mid Caps	Total	Blue Chips	Small/Mid Caps	Total	
Primärkotierte Aktien/Unternehmen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Sekundärkotierte Aktien/Unternehmen	[...]	[...]	[...]	n.a.*	n.a.	[...]	[...]

Quelle: Meldung

71. Sämtliche Schweizer Aktien sind an der SWX primärkotiert (die Blue Chips, d.h. die SMI-Titel, werden zwar an der virt-x gehandelt, jedoch erfolgt die Kotierung durch die SWX). Die Anzahl primärkotierte ausländische Aktien ist vergleichsweise gering (0-10%). Dies spricht für eine nationale Marktabgrenzung bei der Primärkotierung.

72. Aus dem Umstand, dass die Primärkotierung i.d.R. am Heimmarkt erfolgt, ergibt sich umgekehrt, dass die Sekundärkotierung vorwiegend im Ausland vorgenommen wird. Dies ergibt sich auch aus der Tabelle, wonach [...] ausländische Unternehmen an der SWX sekundärkotierte sind (immerhin 20-30% aller an der SWX kotierter Titel). Für die Sekundärkotierung ist daher von einem internationalen Markt auszugehen. Dieser internationale Markt ist aber nur für Unternehmen von Interesse, welche ihrerseits im internationalen Geschäft fest verankert sind und über einen entsprechenden Ruf verfügen, m.a.W. Sekundärkotierungen kommen in erster Linie für Blue Chips in Frage.

73. Weiter gilt es zu beachten, dass seit dem 1. Juli 2005 die SMI und SLI-Emittenten (d.h. Blue Chips) mit einer Kotierung im "EU-kompatiblen Segment" der SWX die Möglichkeiten haben, vom EU-Pass für Prospekte (Single European Passport) Gebrauch zu machen und so

70. Bei der Primärkotierung wählen Unternehmen in erster Linie diejenige Börse, bei welcher sie (1) das notwendige Kapital zu den geringsten Kosten akquirieren und (2) die grösste Liquidität erwarten können. Dies ist normalerweise die Börse desjenigen geographischen Marktes, auf welchem das Unternehmen eine starke Marktpräsenz und einen hohen Bekanntheitsgrad vorweisen kann, so dass die Investoren und Analysten mit den Produkten und Dienstleistungen des Unternehmens vertraut sind. Dieser Markt ist i.d.R. der Heimmarkt des Unternehmens, d.h. die Primärkotierung erfolgt grundsätzlich an der nationalen Börse des Heimmarktes (sog. "home bias")³⁴. Dieser home bias gilt ausgeprägt für kleinere und mittlere Unternehmen (Small/Mid Caps), welche nur eine nationale Bedeutung und Bekanntheit haben, aber selbst bei den grossen Unternehmen (Blue Chips) erfolgt die Primärkotierung grundsätzlich am Heimmarkt, wie sich aus folgender Aufstellung entnehmen lässt:

auch ohne Sekundärkotierung an anderen EU-Börse als der virt-x zum Handel zugelassen zu werden.

74. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass grundsätzlich ein nationaler Markt für die Primärkotierung von Wertpapieren und ein internationaler Markt für die Sekundärkotierung definiert werden kann³⁵. Small und Mid Caps werden dabei grundsätzlich nur an ihrer Heimbörse SWX primärkotierte und zum Handel zugelassen, währenddem Blue Chips über den Single European Passport oder eine Sekundärkotierung an einem internationalen Markt für Kotierung und Zulassung zum Handel teilnehmen³⁶.

B.5.3.1.3 Marktstellung

75. Von den beteiligten Parteien ist einzig die SWX-Gruppe, konkreter die SWX im Listing tätig. Nicht aber die virt-x. Die Eurex-Gruppe, an der die SWX-Gruppe eine 50% Beteiligung hält, bietet ebenfalls keine Listing-Leistungen an. Die Transaktion führt damit in diesem Bereich zu keinerlei Überlappungen.

³⁴ Vgl. RPW 2006/3, S. 442, Rz. 27 ff.; Competition Commission (FN 32), Rz. 4.9.

³⁵ So auch Competition Commission (FN 32), Rz. 4.14.

³⁶ Vgl. RPW 2006/3, S. 442, Rz. 29.

76. Geht man wie die Parteien von einer internationalen Dimension des Segments "Listing" aus, beträgt der Anteil der SWX an den gesamthaft an den der Federation of European Securities Exchanges (FESE) angehörigen Börsen gelisteten Aktien/Unternehmen per Ende 2006 0-10%. Da aber diese internationale Dimension nach Auffassung der Wettbewerbskommission höchstens für Blue Chips eine Rolle spielt, ist die Marktstellung der SWX auf dem nationalen Markt zu beachten. Auf nationaler Basis beträgt der Anteil der SWX an den gesamthaft an der SWX und an der BX kotierten Aktien/Unternehmen 90-100%.

77. Zu bemerken ist, dass gemäss der Meldung die BX ein anderes Segment von Emittenten als die SWX bedient. Die Anforderungen bezüglich Kotierung sind bei der BX geringer als bei der SWX (z.B. CHF 2 Mio. ausgewiesenes Eigenkapital, statt CHF 25 Mio. wie bei der SWX). Die BX ist eine Nischenbörse für regionale Werte und eine Vorstufe zur SWX. [...] ³⁷.

78. Würde der Markt für das Listing im Bereich der Small und Mid Caps national abgegrenzt – wofür starke Anhaltspunkte vorhanden sind, was aber von den Parteien bestritten wird – so wäre die SWX aufgrund ihres Marktanteils selbst bei Berücksichtigung der BX als Konkurrentin wahrscheinlich marktbeherrschend. Die definitive Beantwortung dieser Frage kann jedoch aus folgenden Gründen offen gelassen werden: durch den Zusammenschluss findet (1) keine Addition von Marktanteilen statt, da die SIS und die Telekurs im Listing nicht tätig sind und (2) keine Veränderungen der vertikalen Struktur statt, da weder SIS noch Telekurs in einer vertikalen Beziehung zum Listing stehen. Da der Zusammenschluss im Bereich des Listings zu keinen Veränderungen führt, kann nicht von einer kausalen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

B.5.3.2 Trading (Börsen-/Wertpapierhandel)

B.5.3.2.1 Sachlich relevanter Markt

79. Das Trading umfasst den Handel mit Effekten wie Aktien, Anleihen, ETFs (Exchange Traded Funds) sowie Derivaten.

80. Als erstes stellt sich die Frage, ob der Handel mit Effekten an der Börse und derjenige ausserhalb der Börse (ausserbörslicher Handel, auch OTC-Handel genannt, wobei OTC für "Over the Counter" steht) dem gleichen sachlich relevanten Markt zuzuweisen sind.

81. Aus der Sicht des Anlegers ist beim Kauf eines Wertpapiers die Liquidität eines Titels ein wichtiger Faktor. Was die Liquidität eines Titels anbelangt, ist zwischen dem Handel an der Börse und dem OTC-Handel zu unterscheiden. Während nicht-börsenkotierte Wertpapiere nur im OTC-Handel erhältlich sind, können börsenkotierte Wertpapiere sowohl an der Börse, wie im OTC-Handel gehandelt oder auch von den grossen Vermögensverwalter internalisiert werden. Der Handel über die Börse verschafft dem Anleger die Gewissheit, dass die erworbenen Papiere einst auch wieder über die Börse in Kapital umgewandelt werden können. Je höher zudem die Liquidität eines börsenkotierten Titels ist (d.h. je grösser das Handelsvolumen), desto kleiner wird i.d.R. die Differenz zwischen Verkauf- und Kaufangebot (Spread). Käufer

und Verkäufer suchen sich deshalb ihre Vertragspartner i.d.R. über die Börse, da diese durch die öffentliche Kursstellung und den hohen Handelsvolumen zur Transparenz und zu vorteilhaften Preisen im Wertpapierhandel wesentlich beiträgt ³⁸.

82. Kommt hinzu, dass die Börse strengere regulatorische Vorschriften erfüllen muss (BEHG, BEHV). So können nur Effekthändler an der Börse handeln, Wertpapiere müssen eine Kotierung durchlaufen, es werden ausschliesslich standardisierte Wertpapiere gehandelt und es existiert eine Selbstregulierung unter Oberaufsicht der EBK ³⁹. Der OTC-Handel ist demgegenüber überwiegend Blockhandel (Handel mit grossen Paketen von Wertschriften) und der Schwerpunkt liegt nicht bei multilateralen Handelssystemen (Multilateral Trading Facility, MTF) sondern beim bilateralen Telefonhandel. Der OTC-Handel beruht zudem auf einer ausserbörslichen Handelsinfrastruktur und orientiert sich im Hinblick auf die Kurse an der Börse. Seine Dienstleistungen finden daher nicht alternativ, sondern eher komplementär zur Börse statt.

83. Schliesslich ist es fraglich, ob der OTC-Handel oder die Internalisierung von börsenkotierten Wertpapieren für nicht-institutionelle Anleger als Alternative zum Handel über die Börse in Frage kommen. Diesbezüglich ist anzunehmen, dass institutionelle Anleger Zugang zum nicht-börslichen Handel von börsenkotierten Wertpapieren haben, währenddem kleine Anleger aufgrund der höheren Liquidität und der Informationsbeschaffung vor allem über die Börse handeln. Insbesondere für den Erwerb von Titeln von kleinen und mittleren Unternehmen sind sie dabei auf die Börse angewiesen ⁴⁰.

84. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Märkte für börslichen und ausserbörslichen Handel wahrscheinlich zwei separate Märkte bilden. Zum gleichen Ergebnis gelangen auch das Bundeskartellamt ⁴¹ und nach eingehender Analyse die englische Competition Commission ⁴².

85. Weiter stellt sich die Frage, ob beim Trading zwischen den einzelnen Effekten (Aktien, Obligationen, Derivate, ETFs) unterschieden werden muss.

86. Die Parteien machen geltend, eine solche Unterscheidung sei nicht notwendig, da Börsen in der Regel den Handel von mehreren dieser Effekten – wenn auch auf separaten Plattformen – anbieten:

³⁷ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren.

³⁸ So auch RPW 2006/3, S. 442 Rz. 30.

³⁹ Vgl. für die deutsche Börse, BKart (FN 26) S. 16.

⁴⁰ So auch RPW 2006/3, S. 442 Rz. 32.

⁴¹ BKart (FN 26) S. 15 f.

⁴² In Competition Commission (FN 32), Rz. 4.92–4.55 wird detailliert auf diese Frage eingegangen, wobei die Wechselwirkungen zwischen den Gebühren und Volumina für börslichen und ausserbörslichen Handel untersucht wurden ohne einen Zusammenhang feststellen zu können. Zudem wurden diverse Investoren explizit zu diesem Thema befragt und die Auswertung der Antworten stützte ebenfalls die Abgrenzung von zwei separaten Märkten.

Tabelle 7:

Börse	Aktien	ETF's/Anlagefonds	Obligationen	Verbriefte Derivate
SWX/virt-x/Scoach	X	X	X	X
LSE	X	X	X	X
Borsa Italiana	X	X	X	X
Euronext	X	X	X	X
DBAG/Scoach	X	X	X	X
BME Spanish Exchange	X	X	X	X
Oslo Børs	X	X	X	X
OMX	X	X	X	X
Wiener Börse	X	X	X	X
chi-x	X			

Quelle: Meldung

87. Dem lässt sich entgegen halten, dass aus Anlegersicht die Substituierbarkeit der einzelnen Effekten fraglich ist: so wird er beispielsweise beim Erwerb einer Aktie Aktionär (mit entsprechenden Rechten und Pflichten), während dem er bei Obligationen lediglich einen verbrieften obligatorischen Rückzahlungsanspruch erwirbt⁴³. Die unterschiedlichen Effekten sind zudem mit unterschiedlichen Risiken und Renditemöglichkeiten verbunden. Des weiteren könnte aus dem Umstand, dass für die diversen Effekten unterschiedliche Plattformen betrieben werden in dem Sinne interpretiert werden, dass bei einer gemeinsamen Plattform zu wenig Skalenerträge anfallen würden, was gegen einen gemeinsamen Markt spricht⁴⁴. Nachfolgend wird deshalb als Arbeitshypothese von je nach Effektenart unterschiedlichen Märkten ausgegangen.

B.5.3.2.2 Räumlich relevanter Markt

88. Die Parteien machen gelten, die räumliche Dimension des Börsenhandels sei international. Sie begründen

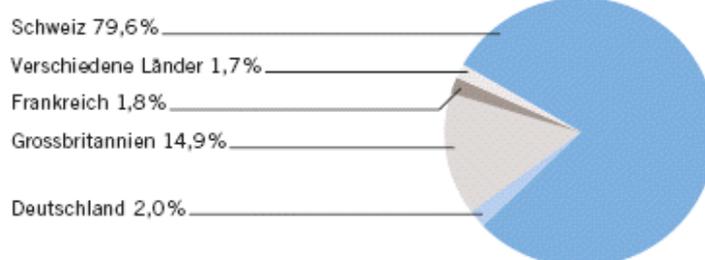
dies einerseits damit, dass die Teilnehmer an der SWX zu einem erheblichen Teil Unternehmen mit Sitz im Ausland seien (SWX: 33 von 90 Teilnehmern; virt-x: 60 von 115 Teilnehmern) und ein direkter Zugang zum Handel aus dem Ausland via „Remote Partnership“ möglich sei. Weiter führen Sie aus, es bestehe ein erheblicher Konkurrenzdruck seitens europäischer Börsen.

89. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission können diese Argumente nicht für alle Effekten überzeugen. So ist zunächst die Situation bei den **Aktien** genauer zu untersuchen.

90. Die Anzahl ausländischer Teilnehmer ist für die Beurteilung der Nachfragestruktur weniger massgebend als die Umsätze nach Standort der Teilnehmer, wie sie dem Geschäftsbericht der SWX-Gruppe 2006 entnommen werden können:

Grafik 8 & 9:

UMSATZAUFTEILUNG NACH STANDORT DER SWX-TEILNEHMER

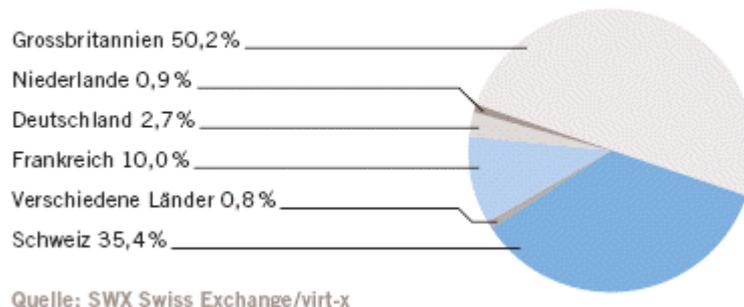


Quelle: SWX Swiss Exchange/virt-x

⁴³ Vgl. RPW 2006/3, S. 443 Rz. 33.

⁴⁴ Vgl. Competition Commission (FN 32), Rz. 4.26

UMSATZAUFTEILUNG NACH STANDORT DER VIRT-X-TEILNEHMER



Quelle: SWX Swiss Exchange/virt-x

Quelle: Geschäftsbericht SWX-Group 2006, S. 23 f.

91. Die Umsatzvolumen nach Standort der Teilnehmer an der SWX und der virt-x deuten darauf hin, dass der Aktienhandel an der der virt-x europaweit (Anteil der Schweizer Teilnehmer macht rund 35% aus), derjenige an der SWX jedoch eher national abzugrenzen ist (ca. 80% des Umsatzvolumens wird durch Schweizer Teilnehmer generiert).

92. Diese Einschätzung wird auch dadurch gestützt, dass - 90-100% des Handelsvolumens an der SWX durch primärkotierte Aktien generiert wird und nur 0-10% durch sekundärkotierte Aktien⁴⁵.

- 90-100% des Handelsvolumens an der SWX auf Schweizer Aktien entfällt⁴⁶.

93. Für die räumliche Marktabgrenzung im Bereich des Handels spielt auch das Listing eine Rolle:

- Schweizer Blue Chips sind zwar an der SWX primärkотиert, werden jedoch nicht an der SWX, sondern an der virt-x in London gehandelt. Damit unterliegen sie nach EU-Recht den europäischen Handelsnormen und können vom "Single European Passport" profitieren, was ihnen einen europaweiten Handel (auch ohne Sekundärkotierung) ermöglicht (vgl. oben Rz. 73). Damit besteht ein weiterer Anhaltspunkt für einen mindestens europaweiten Handel im Bereich der an der virt-x gehandelten Blue Chips. Sofern die Titel noch weitere Sekundärkotierungen an anderen internationalen Börsen (z.B. an der NYSE) aufweisen, kann sogar ein internationaler Handel entstehen.

- Demgegenüber ist davon auszugehen, dass die an der SWX primärkotierte Small und Mid Caps beinahe ausschliesslich an der SWX gehandelt werden. Diese Titel profitieren nicht vom "Single European Passport" und Sekundärkotierungen dürften in der Praxis kaum vorkommen. Dies ist ein weiteres Element, welches für eine nationale Marktabgrenzung in diesem Bereich spricht.

94. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass starke Indizien bestehen, dass im Bereich der Blue Chips von einem zumindest europaweiten, im Bereich der Schweizerischen Small und Mid Caps hingegen von einem nationalen Markt auszugehen ist.

95. Bei den **übrigen Effekten** (ETFs, Derivate, Obligationen) kann Folgendes zur räumlichen Marktabgrenzung festgehalten werden:

- Bei Trading von ETFs ist von einer internationalen Dimension auszugehen, da über 90-100% der an der SWX gehandelten ETFs EU-weit gehandelt werden.

- Dasselbe gilt für die verbrieften Derivate, welche an der Scoach Schweiz AG und der Scoach Europe AG gehandelt werden. Die Emittenten von Derivaten sind in der Regel international tätige Banken und Wertpapierhäuser. Dies gilt auch für die Scoach Schweiz AG⁴⁷. Des Weiteren ist die Kotierungsdokumentation der Scoach Schweiz AG weitgehend mit derjenigen der Scoach Europa identisch ist, so dass frei gewählt werden kann, an welcher Plattform ein Derivat zum Handel angeboten werden soll.

- Bei den Obligationen kann zwischen internationalen und CHF-Anleihen unterschieden werden. Internationale Anleihen (z.B. Eurobonds) werden in einer Fremdwährung (nicht CHF) und durch einen ausländischen Schuldner ausgegeben. In diesem Bereich kann daher ohne Weiteres von einem internationalen Markt ausgegangen werden. CHF-Anleihen können sowohl von inländischen als auch von ausländischen Schuldnern ausgegeben werden. Eine nationale Marktabgrenzung käme allenfalls für CHF-Anleihen von Schweizer Schuldnern in Frage. Allerdings gilt es im Bereich der Obligationen die oben getroffene sachliche Marktabgrenzung aufgrund der Marktdaten zu relativieren: Im Obligationenhandel spielt der ausserbörsliche Handel eine weit wichtigere Rolle als beim Aktienhandel. Rund 70-80% des Handelsvolumens von an der SWX kotierten CHF-Obligationen erfolgt ausserbörslich.

B.5.3.2.3 Marktstellung

96. Von den Parteien ist einzig die SWX-Gruppe im Trading tätig. Die Transaktion führt in diesem Bereich zu

⁴⁵ Volumen 2007 bis zum 27.08.2007, vgl. zur Primärkotierung oben Rz. 71.

⁴⁶ Volumen 2007 bis zum 27.08.2007.

⁴⁷ Ermitteln sind ABN Amro, Banca del Gottardo, Banque Cantonale Vaudoise, Basler Kantonalbank, Clariden Leu, Credit suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC Trinkaus und Burkhardt, JP Morgan, Julius Bär, Lehman Brothers, Merrill Lynch, Sal Oppenheim, Sarasin, UBS, Vontobel, Valartis Bank, ZKB

keinen horizontalen Überschneidungen.

97. Im Bereich der **Aktien** zeigen die nachfolgenden Tabellen die Marktanteile der SWX in Europa und der Schweiz:

Tabellen 8 & 9:

Anteile Europa Aktien	2004	2005	2006
London Stock Exchange	30-40%	30-40%	20-30%
Euronext	10-20%	10-20%	10-20%
Deutsche Börse	10-20%	0-10%	0-10%
SWX Group (SWX & virt-x)	0-10%	0-10%	0-10%
OMX	0-10%	0-10%	0-10%
Spanish Exchanges (BME)	0-10%	0-10%	0-10%
Borsa Italiana	0-10%	0-10%	0-10%
Übrige	0-10%	10-20%	30-40%

Anteile Schweiz Aktien	2004	2005	2006
SWX	90-100%	90-100%	90-100%
BX	0-10%	0-10%	0-10%
Total	100%	100%	100%

Quelle: Meldung

98. Die Tabelle 8 macht deutlich, dass bei einer europäischen Marktabgrenzung die SWX zwar zu den wichtigsten Börsen zählt, mit 0-10% Marktanteil aber weit von einer marktbeherrschenden Stellung entfernt ist, zumal zahlreiche Konkurrenten bestehen, wovon die LSE mit rund 20-30% Marktanteil hervorzuheben ist. In denjenigen Bereichen, in welchen zuvor tendenziell von einer europäischen bis weltweiten Marktabgrenzung ausgegangen wurde (d.h. für die Blue Chips), besteht wirksamer Wettbewerb, welcher durch den Zusammenschluss nicht beeinflusst wird. Dies betrifft rund 90-100% des gemeinsamen Handelsvolumens von SWX und virt-x⁴⁸.

99. Würde – entsprechend den Erwägungen zum sachlichen und geographisch relevanten Markt – im Bereich der Schweizerischen Small und Mid Caps ein nationaler Markt abgegrenzt, so wäre die SWX mit rund 90-100% Marktanteil als marktbeherrschend zu qualifizieren.

100. Die Parteien bringen vor, selbst bei einer Begrenzung des relevanten Marktes auf die Schweiz und unter Ausschluss des OTC-Handels sei die SWX nicht marktbeherrschend, da (1) genügend disziplinierende Konkurrenz ausländischer Börsen bestehe, so dass bei unangemessenen Bedingungen das Geschäft ins Ausland abfliessen würde, (2) die 5 grössten Teilnehmer der SWX (...) 50-60% des Handelsvolumens auf sich vereinigen und daher die Marktgegenseite über eine starke Position

gegenüber der SWX verfüge und diese auch ausspielen könne (z.B. Projekt Turquoise⁴⁹) und (3) die Investitionen und Innovationen an der SWX den Wettbewerbsdruck belegen würden.

101. Die Wettbewerbskommission ist nicht überzeugt, dass die Vorbringen der Parteien stichhaltig sind. Zwar trifft es wohl zu, dass auch der Schweizer Börsenhandel ein "Contestable Market" in dem Sinne darstellt, als sie die Bedingungen an ausländischen Börsen und im ausserbörslichen Bereich nicht vollständig ausblenden kann, inwiefern dies aber nicht nur für Blue Chips (Turquoise betrifft beispielsweise nur Blue Chips) sondern auch für den Heimmarkt (welcher vom Volumen her für Konkurrenten eher unattraktiv ist) zutrifft, kann offen gelassen werden.

102. Jedenfalls haben auch die kleinen nationalen Nachfrager ein Interesse daran, dass die grossen Teilnehmer ihr Handelsvolumen nicht auf andere Börsen verlagern. Ein höheres Handelsvolumen führt aufgrund von Skaleneffekten zu sinkenden Kosten und geringeren Gebühren für sämtliche Teilnehmer. Eine solche Verlagerung kann

⁴⁸ Volumen 2007 bis zum 27.08.2007. Umgekehrt entfallen rund 10-20% des gesamten Umsatzes von SWX und virt-x auf die an der SWX gehandelten Aktien.

⁴⁹ Vgl. Anhang 3.

insbesondere dadurch verhindert werden, dass auch die SWX im internationalen Vergleich kompetitive Gebühren (für die Grossen) anbietet. Insofern geht von den grössten Teilnehmern tatsächlich ein gewisser Wettbewerbsdruck aus, welcher dazu führen sollte, dass auch die neue Dachholding bestrebt ist, möglichst effizient zu arbeiten.

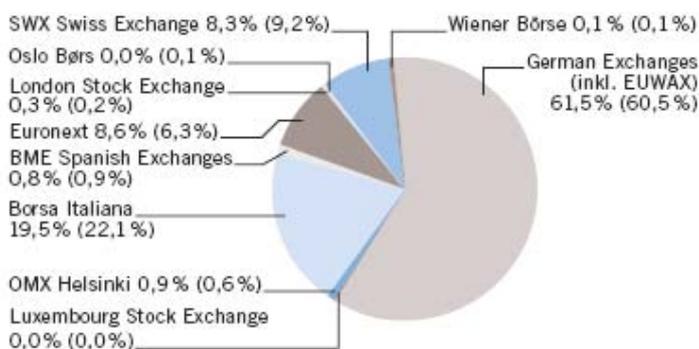
103. Eine definitive Marktabgrenzung ist allerdings an dieser Stelle nicht notwendig: selbst wenn der Zusam-

schluss eine marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich begründen oder verstärken sollte, wird dieser Effekt durch die Auflagen aufgehoben (vgl. unten Rz. 220). Insofern muss über die Marktstellung der SWX nicht abschliessend befunden werden.

104. Im Bereich der übrigen Effekten (ETFs, Derivate, Obligationen) illustrieren folgende Grafiken die Marktstellung der SWX und der virt-x:

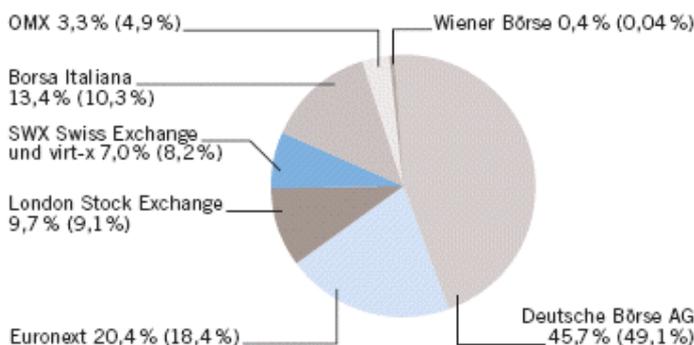
Grafik 10 & 11:

**UMSATZ VERBRIEFTE DERIVATE NACH BÖRSENPLATZ
2006 (2005)**



Quelle: FESE

ETF-UMSATZ NACH BÖRSENPLATZ 2006 (2005)



Quelle: Geschäftsübersicht SWX-Group 2006

105. Als Folge der europaweiten Marktabgrenzung im Bereich ETFs und Derivate ergibt sich, dass die Marktstellung der SWX in diesen Bereichen als unproblematisch qualifiziert werden kann. Im Bereich der CHF-Obligationen ergibt sich eine Relativierung der Marktstellung der SWX wie erwähnt durch den ausserbörslichen Handel. Der Marktanteil der SWX beträgt bei dessen Berücksichtigung 20-30%.

106. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Bereich der an der SWX gehandelten Schweizer Aktien (Small und Mid Caps) eine Marktstellung vorliegen

könnte, welche eine vertiefte Analyse der vertikalen Aspekte, d.h. der Schnittstelle zwischen dem Handel und der nachgelagerten Produktionsstufe des Clearing erfordert (vgl. hierzu Rz. 211 ff.).

B.5.3.3 Clearing (Abrechnung)

B.5.3.3.1 Sachlich relevanter Markt

107. Beim Clearing (deutsch: Abrechnung) werden die Transaktionen zwischen Anbieter und Nachfrager einer Effekte saldiert. Das Clearinghaus hält die an der Börse

eingegangenen Verpflichtungen fest und stellt die ordnungsmässige Abrechnung sicher⁵⁰.

108. Börsen setzen dabei zunehmend auf eine zentrale Gegenpartei (Central Counter Party, CCP)⁵¹. Eine CCP bietet die Möglichkeit des multilateralen Nettings (d.h. der multilateralen Verrechnung und Saldierung). Beim Handel an der virt-x kann für die Post-Trading Services bereits zwischen zwei CCP's (SIS x-clear und LCH Clearnet) gewählt werden. Bei der SWX wurde im September 2007 die SIS x-clear als bisher einzige CCP eingeführt.

109. Das Clearing betrifft bei der SWX-Gruppe nur Aktien. Ein Clearing für Obligationen und nichtstandardisierte Derivate ist nicht vorgesehen.

B.5.3.3.2 Räumlich relevanter Markt

110. Auch im Bereich des Clearing machen die Parteien geltend, es sei eine internationale/europaweite Marktabgrenzung vorzunehmen, da Clearinghäuser ihre Dienstleistungen anderen Börsen auf internationaler Ebene anbieten würden. Als Beispiel wird die US-amerikanische DTCC genannt, welche über ihre Tochter EuroCCP das Clearing an der Plattform Turquoise vornehmen soll.

111. Die Wettbewerbskommission tendiert demgegenüber zu einer nationalen Marktabgrenzung. Dies aus folgenden Gründen:

112. Heute steht in Europa an jeder Börsenplattform – mit Ausnahme der virt-x – jeweils nur ein nationaler Anbieter von Clearing Dienstleistungen zur Verfügung, dies gilt auch für die SWX (Clearinganbieter: SIS x-clear)⁵². Der Grund liegt darin, dass die meisten Clearing Systeme national gewachsen sind.

113. Der eigentliche Nachfrager von Clearingdienstleistungen ist der Börsennutzer (Händler). Dieser hat heute allerdings keinen unmittelbaren Einfluss auf die Art und Umfang des jeweiligen Clearing-Angebots, weil die Börse darüber entscheidet, welche Clearingunternehmen an ihrer Plattform tätig sind bzw. werden können. Unterschiedliche Clearinganbieter sind demnach aus der Sicht des Nachfragers heute nicht substituierbar⁵³. Substituierbar sind aus seiner Sicht nur diejenigen Clearinganbieter, welche an der jeweils gleichen Handelsplattform angeschlossen sind (was i.d.R. nur einer ist).

114. Aus Sicht der Börsennutzer steht ihnen bei Transaktionen an der SWX nur der nationale Clearinganbieter SWX zu Verfügung, so dass dieser Markt national abgegrenzt werden kann⁵⁴. Eine Ausnahme bildet die virt-x, da neben der SIS x-clear auch die Wahl eines englischen Clearinganbieters (LCH.Clearnet) möglich ist.

115. Im Zusammenhang mit der geplanten Öffnung des europäischen Finanzmarktes, haben die Marktteilnehmer den Code of Conduct für Clearing und Settlement (CoC) unterzeichnet – so auch die SWX und die SIS x-clear. Durch die Öffnung der Schnittstellen mit Hilfe des CoC kann von einer zunehmenden Europäisierung des Marktes ausgegangen werden. So hat die SIS x-clear mit der London Stock Exchange (LSE) am 24. Mai 2006 in einem „Letter of Intent“ vereinbart, dass die SIS x-clear als zweite CCP neben LCH.Clearnet an der LSE im ersten Quartal 2008 zum Clearing zugelassen werden soll. Im laufenden Jahr können weiter folgende Anfragen von Clearinghäusern an fremden Börsen vermerkt werden:

Tabelle 10:

Service provider	Access to national market
[CONFIDENTIAL – CONTAINS BUSINESS SECRETS]	[CONFIDENTIAL – CONTAINS BUSINESS SECRETS]
LCH. Clearnet	Italy
LCH. Clearnet	Germany
[CONFIDENTIAL – CONTAINS BUSINESS SECRETS]	[CONFIDENTIAL – CONTAINS BUSINESS SECRETS]

Quelle: LSE

116. Die Einrichtung von CCP's begünstigt grundsätzlich offene Schnittstellen zwischen Börsenplattformen und Clearing-Anbietern. Das soeben abgeschlossene Projekt der Einführung einer CCP an der SWX kann als ein erster Schritt bei der Umsetzung des CoC verstanden werden. Zudem war ursprünglich beabsichtigt, an der SWX ein Dual-CCP nach dem Vorbild der virt-x umzusetzen. Dies ist aufgrund eines Rückzugs der LCH.Clearnet nicht möglich gewesen.

⁵⁰ Vgl. BKart (FN 26) S. 13; siehe auch die Definition von P. NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2004, S. 810: "Unter Clearing versteht man die Festlegung von Verbindlichkeiten und Forderungen jedes einzelnen Teilnehmers (in der Regel Banken) in den einzelnen Wertpapiergattungen und Währungen für bestimmte Tage. Basierend auf elektronischen Clearingaufträgen werden die entsprechenden Umbuchungsaufträge übermittelt und ausgeführt."

⁵¹ Vgl. zum Begriff der CCP Anhang 3.

⁵² Competition Commission (FN 32), Rz. 4.68.

⁵³ Vgl. BKart (FN 26) S. 21.

⁵⁴ Ebenfalls für einen nationalen Markt: BKart (FN 26) S. 29.

117. Ob diese Europäisierung des Marktes allerdings bereits genügend fortgeschritten ist, oder ob derzeit immer noch von einem nationalen Markt auszugehen ist, kann letztlich offen bleiben, da auch bei einer engen Marktabgrenzung allfällige wettbewerbsrechtliche Bedenken durch die Auflagen beseitigt werden (vgl. Rz. 223 ff.).

B.5.3.3.3 Marktstellung

118. Von den Parteien erbringt nur die SIS (über die SIS x-clear AG) Clearing-leistungen gegenüber Dritten. Die

Eurex Clearing AG, eine Tochtergesellschaft der Eurex Frankfurt AG, erbringt lediglich für Eurex- und die DBAG, nicht indessen gegenüber Dritten Clearingleistungen. Die Transaktion führt damit zu keinen horizontalen Überschneidungen.

119. Ausgehend von einem internationalen Markt nennen die Parteien folgende Konkurrenten der SIS x-clear: LCH Clearnet, CC&G (Borsa Italiana), EMCF (European Multi-lateral Clearing Facility, eine Tochtergesellschaft der Fortis Bank) und EuroCCP.

Tabelle 11:

Anteile Clearing Europa (inkl. virt-x, exkl. Deutschland)	2004	2005	2006
SIS x-clear AG	2.0%	2.6%	3.6%
LCH.Clearnet Ltd (UK)	34.7%	35%	35.7%
LCH.Clearnet SA (FR, NL, BE)	41.4%	38.2%	39.0%
CC&G	21.7%	24.3%	21.8%

* Quellen: FESE Tabelle 4c, BIS CPSS 78, Geschäftsberichte, Internet

Quelle: Meldung

120. Geht man als Arbeitshypothese hingegen von einem weiterhin nationalen Clearing-Markt aus, so besteht neben der SIS x-clear an der SWX bis heute keine aktuelle Konkurrenz: d.h. SIS x-clear ist der einzige Clearing-anbieter, welcher mit der SWX verbunden ist. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass SIS x-clear über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Schweizer Markt für Clearing-Dienstleistungen verfügt.

121. Durch den Code of Conduct und die damit verbundene Marktöffnung entsteht in der Schweiz und europaweit eine gewisse potenzielle Konkurrenz, welcher auch die SIS x-clear (als Unterzeichner) ausgesetzt ist. Potenzielle Konkurrenten sind die anderen europäischen Clearinghäuser (vgl. oben Rz. 119).

122. Ob in Zukunft neben der virt-x auch die Teilnehmer der SWX eine Wahlmöglichkeit haben, über welchen Clearing-Anbieter sie ihre Börsengeschäfte abwickeln möchten, bleibt vorerst offen. Solange der Code of Conduct potenziellen Konkurrenten einen Markteintritt ermöglicht, hängt dies primär davon ab, ob ein Markteintritt aus ökonomischer Sicht sinnvoll ist.

123. Es ist wahrscheinlich, dass gerade im Clearing (und im Settlement) Grössenvorteile existieren. Die Frage, ob sogar ein natürliches Monopol vorliegt, wurde bis jetzt nicht abschliessend geklärt⁵⁵. Sie spielt aber in dem Sinne keine Rolle, als letztlich der Markt darüber entscheiden sollte, ob es effizient ist, mehr als einen Clearing-Anbieter zu haben. Voraussetzung dafür sind allerdings offene Schnittstellen (wie sie der CoC vorsieht). Grössenvorteile in der Produktion schaffen zudem einen Anreiz für die Clearing-Anbieter international zu expandieren, was umgekehrt die eigene Öffnung bedingt (Reziprozitätsprinzip).

124. Letztendlich kann hier offen gelassen werden, ob ausgehend von einer nationalen Marktabgrenzung die SIS x-clear über eine marktbeherrschende Stellung verfügt oder ob aufgrund der europaweiten Marktöffnung bereits genügend disziplinierende potenzielle Konkurrenz besteht. Dies deshalb, weil selbst wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich begründen oder verstärken sollte, wird dieser Effekt durch die Auflagen aufgehoben (vgl. unten Rz. 220). Insofern muss über die Marktstellung der SIS x-clear nicht abschliessend befunden werden.

B.5.3.4 Settlement (Abwicklung/Erfüllung)

B.5.3.4.1 Sachlich relevanter Markt

125. Als Settlement (deutsch: Abwicklung/Erfüllung) bezeichnet man die dingliche Erfüllung des Wertpapiergeschäfts, also die Übertragung des Eigentums und der Austausch von Effekten, häufig gemäss dem Grundsatz Lieferung gegen Zahlung⁵⁶. Dies führt zum Abschluss des Verfügungsgeschäfts. Das Settlement wird üblicherweise durch ein CSD (Central Securities Depository/Nationaler Zentralverwahrer) oder ein ICSD (Internati-

⁵⁵ Vgl. EidG. FINANZVERWALTUNG (EFV), Die Schweizer Finanzmarktinfrastruktur und die Rolle des Staates, Working Paper No. 3 des Ökonomen-Team EFV, 2004, S. 53 f.; EUROPÄISCHE ZENTRALBANK (EZB), Monatsbericht, August 2001, S. 77 ff.; BKart (FN 26) S. 42 f.

⁵⁶ Delivery versus Payment (DVP). Bei der Abwicklung des Settlements bei der SIS ist nur noch ein einziger Auftrag notwendig. Dieser umfasst sowohl die Titellieferung (Giro) als auch die Zahlung, d.h. es erfolgt eine gleichzeitige Verbuchung der Titel- und Geldseite statt. Die sofortige Geldverrechnung erfolgt dann über das SIC. Durch die Verbindung zwischen der System der SIS und dem SIC ist eine simultane und unwiderrufliche Lieferung-gegen-Zahlung-Transaktion („Real Time Settlement“) möglich, vgl. NOBEL (FN 50) S. 811.

onal Central Securities Depository) oder sonstige Verwahrungsstelle unterstützt (vgl. Custody, Rz. 137 ff.).

B.5.3.4.2 Räumlich relevanter Markt

126. Die allermeisten Settlement-Systeme sind – wie auch die Clearing-Systeme – national gewachsen. Beim Settlement ist zusätzlich zu beachten, dass diese Dienstleistung zumeist durch den nationalen Zentralverwahrer (CSD) erbracht wird⁵⁷. So steht auch an der SWX nur ein einziger Settlement Anbieter, die SIS SegalInterSettle, zur Verfügung. Folglich müssen alle an der SWX handelnden Nachfrager zwingend über diesen Anbieter ihre Geschäfte abwickeln resp. erfüllen. Für das Settlement an der SWX geht das Sekretariat demzufolge von tendenziell von einem nationalen Markt aus⁵⁸.

127. Auch wenn Transaktionen mit Effekten schweizerischer Emittenten noch vorwiegend von der SIS SegalInterSettle AG abgewickelt werden, so führt die CSD-Direktanbindung an ausländische CSD dazu, dass nationale Grenzen zunehmend aufgebrochen werden. Ein wichtiges Beispiel ist die virt-x wo der Kunde bereits heute zwischen Euroclear UK, Euroclear Bank und SegalInterSettle auswählen kann. (vgl. Grafik 4). Für das Settlement an der virt-x, kann insofern bereits heute von einem europaweiten Markt ausgegangen werden.

Tabelle 12:

Börse/ Handelsplattform	2006 (Basis Anzahl Transaktionen)		
	SIS SegalInterSettle	Euroclear Gruppe	Clearstream
SWX Obligationen	84%	10%	6%
SWX Aktien/Derivate	100%	0%	0%
virt-x	>99%	<1%	0%
BX	100%	0%	0%
LSE	0%	100%	0%
Euronext/Liffe	0%	100%	0%
Xetra	<1%*	0%	>99%*
Underlying-Ausübungen aus Eurex-Derivaten	<15%	0%	>85%
EUREX-Repo CHF	100%	0%	0%

Quelle: Meldung

132. Aufgrund ihrer Tätigkeit als nationaler CSD hat die SIS SegalInterSettle AG im schweizerischen Settlement von Aktien einen Anteil von 100% an der SWX und BX. Sie ist insofern der alleiniger Anbieter von Settlement Dienstleistungen für Aktien in der Schweiz, so dass starke Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, sofern von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen wird.

133. Für internationale Obligationen sowie allgemein für Titel an der virt-x stehen heute mit Euroclear und Clearstream mehrere Abwickler zu Auswahl.

128. Vor allem im europäischen Umfeld wird die Wahlfreiheit durch den Code of Conduct, welchen die meisten europäischen Settlement Anbieter (sowie auch die SIS SegalInterSettle AG) unterzeichnet haben, in Zukunft stärker gefördert werden. Voraussetzung dazu ist die (technische) Anbindung der Teilnehmer an das entsprechende System.

129. Die Frage der räumlichen Abgrenzung kann letztendlich offen gelassen werden, da auch bei einer engen Marktabgrenzung allfällige wettbewerbsrechtliche Bedenken durch die Auflagen beseitigt werden (vgl. Rz. 223 ff.)

B.5.3.4.3 Marktstellung

130. Von den Parteien erbringt nur die SIS-Gruppe (über die SIS SegalInterSettle AG) Settlementleistungen gegenüber Dritten. Eurex erbringt gegenüber Dritten keine Settlementleistungen. Es kommt folglich zu keinerlei Marktanteilsadditionen.

131. Eine genaue Berechnung von Marktanteilen ist mangels statistischer Daten nicht möglich. Aus diesem Grunde findet sich in Tabelle 10 eine Aufstellung, aus welcher hervorgeht, an welchen Börsen/Handelsplattformen SIS SegalInterSettle AG Settlementleistungen erbringt und welche Anteile sie dort hat.

134. Europaweit sind die Anteile der SIS SegalInterSettle AG tiefer, da im Ausland die jeweiligen Settlement Anbieter (CSD) ebenfalls national gewachsen sind. Im Bereich der Abwicklung internationaler Geschäfte sind v.a. die beiden ICSD Euroclear und Clearstream tätig.

135. Die Parteien weisen darauf hin, dass im Settlement der Wettbewerbsdruck hoch ist und verweisen darauf, dass SIS SegalInterSettle AG ihre Preise auf den 1. Juli

⁵⁷ Vgl. Competition Commission (FN 32) Rz. 4.71.

⁵⁸ Eine analoge Abgrenzung nimmt auch das BKart (FN 26), S. 29 vor.

2007 abermals gesenkt hat. Zudem seien die Marktzutrittschranken überwindbar, wie dies u.a. die immer wieder erfolgenden Markteintritte von Custodian- und Transaktionsbanken sowie der EuroCCP/CitiBank bei Turquoise zeige. Alle Custodians- und Transaktionsbanken können auch Settlement-Dienstleistungen erbringen, respektive umgekehrt. Eine Folge der hohen Wettbewerbsintensität seien auch die Investitionen in Effizienzsteigerungen und die vielen Innovationen.

136. Die Wettbewerbskommission ist jedoch eher der Auffassung, dass Custodian- und Transaktionsbanken nicht in der Abwicklung sondern vielmehr in der Zwischen- und Endverwahrung (Custody vgl. Rz. 137 ff.) tätig sind und insofern einem anderen sachlichen Markt zugeteilt werden sollten. Demgegenüber fallen die Preisenkungen von SegalInterSettle in die Zeit nach der Einführung des Code of Conduct (2006) und können insofern als Anzeichen der sich vollziehenden Marktöffnung interpretiert werden. Dies könnte als Anhaltspunkt gewertet werden, dass im Settlement zunehmend ein europaweiter Wettbewerbsdruck entsteht. Es kann aber bezweifelt werden, ob die Marktöffnung tatsächlich schon so weit fortgeschritten ist, dass von einem europäischen Markt auszugehen ist. Die Frage muss aber an dieser Stelle nicht definitiv beantwortet werden. Dies deshalb, weil selbst wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Settlement begründen oder verstärken sollte, wird dieser Effekt durch die Auflagen aufgehoben wird (vgl. unten Rz. 220).

B. 5.3.5 Custody (Verwahrung/Verwaltung)

B.5.3.5.1 Sachlich relevanter Markt

137. Custody (deutsch: Verwahrung und Verwaltung) umfasst Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwahrung und Verwaltung von Effekten sowie der Ermöglichung der Abwicklung von Transaktionen in Form von Bucheinträgen. Es gilt zwischen Endverwahrung (Girosammelverwahrung) und Zwischenverwahrung zu unterscheiden.

138. Die Endverwahrung von sogenannten Globalurkunden (Girosammelverwahrung) erfolgt durch den nationalen CSD. Die Zwischenverwahrung von Wertpapieren, auch wenn sie Globalurkunden sind, kann grundsätzlich jedes Kreditinstitut wahrnehmen. Dabei haben sich v.a. Depotbanken als Intermediäre auf die Zwischenverwahrung spezialisiert. Die Zwischenverwahrung und Verwaltung von Effekten kann aber auch durch (1) Verwahrungsstellen/Custodianbanken (Banken oder Effektenhändler), die der jeweiligen CSD angeschlossen sind (Beispiele sind Citibank, BNP Paribas, Santander, HSBC usw.), und (2) sog. ICSD (International Central Securities Depositories), welche direkt oder indirekt (über lokale Banken) zu CSD vernetzt sind, wahrgenommen werden. Diese sog. mediatisierte Verwahrung von Effekten durch Custodianbanken und ICSD ist weit verbreitet.

B.5.3.5.2 Räumlich relevanter Markt

139. Meist ist pro Land ein nationales CSD (Central Securities Depository) für die Endverwahrung und Verwaltung der Effekten zuständig, da die emittierten inländischen Wertpapiere in der Regel beim nationalen Zentralverwahrer endverwahrt werden, bildet die Endverwahrung einen nationalen Markt.

140. Bei der Zwischenverwahrung dürfte zwischen den Angeboten nationaler und grenzüberschreitender Wertpapierverwahrung zu unterscheiden sein. Der Markt für Custodianbanken und Local Custodians ist national abzugrenzen, während der über die ICSDs abgewickelte Eurobondhandel ein mindestens EU-weiter Markt bildet und Global Custodians weltweit tätig sind⁵⁹.

B.5.3.5.3 Marktstellung

141. Von den Parteien erbringt nur die SIS-Gruppe (über die SIS SegalInterSettle AG) Custodyleistungen. Eurex erbringt gegenüber Dritten keine Custodyleistungen. Es kommt durch den Zusammenschluss somit zu keinerlei Überlappungen.

142. Die SIS SegalInterSettle AG ist sowohl in der End- wie auch der Zwischenverwahrung von Effekten tätig. Neben der SIS SegalInterSettle AG sind in der Schweiz Custodianbanken, Agentbanken und Transaktionsbanken tätig.

143. Da die emittierten inländischen Wertpapiere in der Regel beim nationalen Zentralverwahrer (CSD) endverwahrt werden, besteht damit auch wenig Wettbewerb zwischen den Endverwahrern. Zudem ist die Endverwahrung mit hohen Fixkosten verbunden, so dass zur effizienten Verwahrung von Effekten regelmässig nur eine Zentralverwahrungsstelle existiert. Insofern ist auch in Zukunft nicht mit Wettbewerb in der Endverwahrung zu rechnen.

144. Betreffend der Zwischenverwahrung ist die SIS SegalInterSettle AG einer Vielzahl von Konkurrenten ausgesetzt. Allen voran die Custodianbanken (z.B. Citibank, BNP Paribas, Santander, HSBC) aber auch die ICSD (Clearstream und Euroclear-Gruppe) sowie Agentbanken / Transaktionsbanken (z.B. Incore, Vontobel) bieten Zwischenverwahrung für die Wertschriftenabwicklung an.

145. Eine definitive Analyse der Marktstellung der SIS im Bereich des Custody kann deshalb offen bleiben, weil selbst wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich begründen oder verstärken sollte, eine solche Wirkung des Zusammenschlusses durch die Auflagen wieder aufgehoben würde⁶⁰ (vgl. Rz. 220 ff.).

B.5.3.6 Payment (Interbankenzahlungsverkehr)

B.5.3.6.1 Sachlich relevanter Markt

146. Das Segment des Interbankenzahlungsverkehrs umfasst Leistungen im Bereich der Zahlungsabwicklung zwischen Banken (vgl. Rz 21). Hierzu gehören das im Auftrag der SNB betriebene Interbankenzahlungssystem SIC (für Transaktionen in CHF) sowie das im Auftrag der Schweizer Finanzinstitute betriebene und dem SECB unterstellte euroSIC (für Transaktionen in EUR).

⁵⁹ Vgl. BKart (FN 26), S. 29.

⁶⁰ Der CoC betrifft auch Custody-Dienstleistungen, vgl. Ziff. 6 des CoC.

147. Börsen- und Wertschriftentransaktionen benötigen für ihre vollständige Abwicklung Zahlungen zwischen Banken (Vgl. Grafik 4). Durch die technische Integration des SIC in die Swiss Value Chain wird gewährleistet, dass Wertschriftentransaktionen in einem einzigen Prozess, online und in Echtzeit abgewickelt werden können.

B.5.3.6.2 Räumlich relevanter Markt

148. Je nach Währung einer Wertschriftentransaktion wird in der Schweiz entweder über das SIC in CHF oder über euroSIC in EUR abgewickelt. Dabei haben die Nachfrager (Händler in der Schweiz) in der Schweiz heute keine Auswahlmöglichkeit.

149. Auf der Homepage von SIC werden die Teilnehmer des Interbankenzahlungssystems (SIC/euroSIC) aufgeführt.⁶¹ Die Teilnehmer (Nachfrager) sind fast ausschliesslich Schweizer Finanzinstitute (primär Schweizer Banken). Somit kann für SIC ein nationaler Markt definiert werden.

150. Transaktionen zwischen euroSIC-Teilnehmern gelten als so genannte inländische Zahlungen und werden direkt verrechnet. Gleiches gilt für die aus Wertschriftengeschäften resultierenden Transaktionen (SECOM, Eurox/Euro-Repo)⁶². Betreffend Zahlungen in Euro werden heute immer noch 90% aller Transaktionen zwischen Schweizer Finanzinstituten über euroSIC abgewickelt, was ebenfalls eher für eine nationale Abgrenzung spricht.

151. Gleichzeitig ist jedoch darauf hinzuweisen, dass euroSIC bereits heute via swisseuroGATE und Target an das europäische Zahlungsabwicklungssystem angeschlossen ist (vgl. Grafik 4). Handelt es sich um grenzüberschreitende Zahlungen (Zahlungen an Finanzinstitute, die nicht an euroSIC angeschlossen sind), werden diese bei der SECB automatisch in SWIFT-Meldungen konvertiert und in Echtzeit an die angeschlossenen ausländischen Systeme weitergeleitet (siehe swisseuroGATE). SwisseuroGATE ermöglicht den euroSIC-Teilnehmern grenzüberschreitende Euro-Zahlungen zu praktisch allen Finanzinstituten im Euro-Zahlungsraum abzuwickeln. Umgekehrt erhalten Finanzinstitute im Euro-Zahlungsraum via swisseuroGATE Zugang zu über 3200 schweizerischen und liechtensteinischen Bankstellen. Heute werden dann auch nur 10% der Transaktionen zwischen Schweizer und ausländischen Finanzinstituten über euroSIC und der Rest (90%) über Korrespondenzbanken abgewickelt (Meldung Rz. 195).

152. Zudem wird euroSIC mit der geplanten Umsetzung von der Single European Payment Area (SEPA) in Europa und der damit verbundenen Zusammenlegung des Zahlungsverkehrs in Euro (Projekt Target II) zunehmend einem europaweiten Wettbewerb mit anderen Euro-Zahlungsabwicklungssystemen ausgesetzt. Es ist also für Zahlungen in Euro eine Tendenz zu einem europaweiten Markt festzustellen.

B.5.3.6.3 Marktstellung

153. Von den beteiligten Parteien ist einzig die Telekurs-Gruppe (über ihre 75% Beteiligung an der Swiss Interbank Clearing AG) im Bereich Interbankzahlungsverkehr tätig.

154. SIC und euroSIC hat für die Interbankenzahlungen zwischen Schweizer Finanzinstituten in Schweizer Franken sowie in Euro eine Quasi-Monopolstellung.

155. Wichtig ist, dass nur ca. 5% aller über das SIC/euroSIC abgewickelten Transaktionen Börsengeschäfte betreffen.

156. Die Swiss Interbank Clearing AG hat bezüglich ihrer Benutzerkonditionen jedoch nur eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten. Die SNB bestimmt die Teilnahmebedingungen und gewährleistet, dass keine Diskriminierung stattfindet. Zu erwähnen ist diesbezüglich insbesondere Art. 33 der Verordnung zum Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankverordnung, NBV; SR 951.131). Art. 33 NBV kodifiziert den Grundsatz des offenen Zugangs. Das Pricing für SIC muss von der SNB genehmigt werden und ist für alle Teilnehmer – auch ausländische – identisch.

157. euroSIC wird über die sich vollziehenden Marktöffnung im Zusammenhang mit SEPA zunehmend einem europaweiten Wettbewerb ausgesetzt sein.

158. Die Marktstellung der SIC wird durch den Zusammenschluss nur unwesentlich verändert, da wie erwähnt, die Börsengeschäfte nur 5% der gesamten abgewickelten Transaktionen ausmachen. Kommt hinzu, dass allfällige vertikale Effekte des Zusammenschlusses, welche wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnten (Marktabschottung), durch das Prinzip des offenen Zugangs gemäss Art. 33 NBV und der Überwachung dieses Prinzips durch die SNB ausgeschlossen werden (vgl. Rz. 38 ff.). Da der Zusammenschluss in diesem Sinne zu keinen Veränderungen im Bereich des Payment führt, kann nicht von einer kausalen Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss ausgegangen werden.

B. 5.3.7. Lieferung von Börsenrohdaten

B.5.3.7.1 Sachlich relevanter Markt

159. Als Börsen- und Finanzrohdaten gelten alle Daten bzw. Datenfelder, welche zur eindeutigen Identifikation eines Finanzinstrumentes, dessen Segmentzugehörigkeit sowie zur Anzeige des Auftragsbuchstatus (Stammdaten) notwendig sind. Zusätzlich fallen unter den Begriff der Rohdaten die zur Schaffung der geforderten Handelstransparenz erforderlichen Preisinformationen (Quotes und Trades) und dazugehörigen Volumina (Stammdaten, Informationen über Auftragsbuchstatus, Preisfelder, Volumenfelder).

160. Börsenrohdaten sind dabei alle nicht aufbereiteten, direkt vom Handelssystem an die Vendoren (Anbieter von Finanzinformationen) weitergegebene Marktdaten (z.B. Orderbuchdaten wie Bid- und Ask-Preise, Volumendaten, bezahlte Preise, etc.), welche im Rahmen des Börsenhandels generiert werden.

⁶¹ http://www.sic.ch/de/tkicch_home/tkicch_financialinstitutions/tkicch_financialinstitutions_eurosic/tkicch_financialinstitutions_eurosic_euzone.htm#2-3 (besucht am 5.10.07)

⁶² http://www.sic.ch/de/tkicch_home/tkicch_financialinstitutions/tkicch_financialinstitutions_eurosic/tkicch_financialinstitutions_eurosic_specifics.htm (besucht am 5.10.07)

161. Ergänzt werden die Datenströme mit Indexdaten der SWX und Stoxx sowie ausgewählten nicht-börseneigenen Drittpartei-Inhalten. Für diese Komplettierung des börseneigenen Feeds bezieht die SWX-Gruppe Informationen von der Telekurs Financial Information Ltd. (Daten der BX, Zinssätze, Indizes Dritter und Wechselkurse für die Währungen, in denen der Effektenhandel an der SWX und virt-x abgewickelt wird). Diese Informationen werden aber nur in Verbindung und zur Komplettierung des Feeds von Exfeed, nicht indessen auf einer Stand Alone-Basis angeboten.

162. Die unterschiedlichen Rohdaten werden durch die SWX-Gruppe in ein einheitliches Format umgewandelt und in einem *konsolidierten Real-time Datenstrom* an die Vendoren wie Reuters, Thomson Financial, Bloomberg oder TFI gesendet.

163. Exfeed liefert ihre börseneigenen *Realtime-Daten* entgeltlich, während verzögerte Daten gratis sind und auf der Website der SWX Swiss Exchange abgelesen werden können.

164. Die wichtigsten Abnehmer von Börsen- und Finanzrohdaten der Exfeed sind (...) ⁶³. Der einzige Abnehmer von Realtime-Daten von Exfeed, der kein klassischer Vendor ist, ist (...) ⁶⁴.

165. Die Wettbewerbskommission vertritt die Meinung, dass für die Lieferung von Börsenrohdaten ein eigener sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist. Da die jeweilige Börse der alleinige Anbieter dieser börsenspezifischen Daten ist, sind sie für den Nachfrager nicht mit alternativen Finanzrohdaten substituierbar.

166. Ob die von der Exfeed vertriebenen nicht-börseneigenen Finanzrohdaten und solche anderer Börsen demselben Segment zuzurechnen sind, kann offen bleiben, da der Zusammenschluss in diesem Bereich zu keinen Überlappungen führt.

B.5.3.7.2 Räumlich relevanter Markt

167. Die Börsenrohdaten jeder Handelsplattform sind börsenspezifisch und einzigartig. Exfeed ist insofern der alleinige Lieferant von börseneigenen Rohdaten der SWX-Gruppe. Folglich kann für die Lieferung von Börsenrohdaten der SWX-Gruppe ein nationaler Markt abgegrenzt werden. Auch von anderen europäischen Wettbewerbsbehörden wurden für börseneigene Ad-hoc Informationen nationale Märkte abgegrenzt. Der Grund liegt darin, dass sich das Dienstleistungsangebot primär an national kotierte inländische Unternehmen richtet. ⁶⁵

B.5.3.7.3 Marktstellung

168. Von den Parteien ist einzig die SWX-Gruppe über Exfeed im Segment der Lieferung von Börsenrohdaten tätig. Die Exfeed liefert dabei nur Daten, betreffend Effekten, die an von der SWX Group betriebenen Börsenplattformen SWX, virt-x und Scoach Zürich AG gehandelt werden. Es kommt deshalb zu keinen Marktanteilsadditionen.

169. Der Umstand, dass jede Börse die einzige Bezugsquelle für Börsenrohdaten darstellt, indiziert eine marktbeherrschende Stellung in diesem Bereich, auch wenn die Situation bei allen Börsen im Wesentlichen dieselbe ist.

170. Die Handlungsmöglichkeiten der Exfeed werden durch die Börsenregulierung relativiert (vgl. Rz. 33 ff.). Die Exfeed hat einerseits den Grundsatz der Transparenz zu beachten, weshalb sie kostenlos alle relevanten Informationen öffentlich zugänglich macht und andererseits den Grundsatz der Gleichbehandlung, welcher im Bereich ihrer kostenpflichtigen Dienstleistungen (Lieferung von Real-time-Daten relevant ist). Dennoch ist aufgrund der Marktstellung der Exfeed eine genauere Analyse der vertikalen Effekte angezeigt (vgl. Rz. 199 ff.).

B.5.3.8 Vertrieb von Finanzdaten

B.5.3.8.1 Sachlich relevanter Markt

171. Ein wichtiger Faktor für die Anleger/Emittenten von Wertpapieren bei der Auswahl ihrer Börsenkotierung ist die Informationsbeschaffung. Investoren fragen Wertpapiere nur dort nach, wo sie auch über die entsprechenden Informationen über das Unternehmen selber sowie über die Wirtschaftslage in der entsprechenden Branche und Region verfügen, um damit das Risiko der Investition analysieren zu können.

172. Börsen, Gemeinschaftsunternehmen von Börsen und Drittunternehmen sowie eigenständige Dienstleistungsunternehmen von Finanzinformationen stellen Kapitalmarktteilnehmern eine Vielzahl von Finanzinformationsprodukten zur Verfügung.

173. Das Segment des Vertriebs von Finanzdaten umfasst Dienstleistungen im Bereich der Beschaffung, Veredelung und Verbreitung internationaler Finanzinformationen. Finanzinformationsanbieter wie die Telekurs Financial Information Ltd. (TFI) beziehen als sog. "Vendor" oder "Concentrator" Rohdaten verschiedenster Herkunft und verteilen diese aggregierten Datenströme an weitere Subvendoren oder an die Endkunden von Finanzinformationen (Banken, Custodians, Versicherungen, Corporates [Treasury], Pensionskassen, Fondsverwalter, Hedge Funds, Finanzportale, Websites und Medien).

174. Im Hinblick auf Börsenrohdaten besteht die Dienstleistung von Vendoren (wie TFI) darin, die Rohdaten von den weltweit ca. 220 Börsen, die in den verschiedensten Formaten geliefert werden, in ein einheitliches Format "umzugießen" und den Subvendoren oder Endkunden in der von ihnen gewünschten Zusammensetzung nach Börsen zu liefern.

B.5.3.8.2 Räumlich relevanter Markt

175. Die räumliche Dimension des Vertriebs von Finanzdaten ist zumindest kontinental (und umfasst damit mindestens Westeuropa) wenn nicht sogar weltweit. Dies entspricht der Praxis der EU-Kommission und ist wie folgt begründet: ⁶⁶

⁶³ Die Angabe der wichtigsten Abnehmer von Börsen- und Finanzrohdaten von Exfeed stellt ein Geschäftsgeheimnis dar.

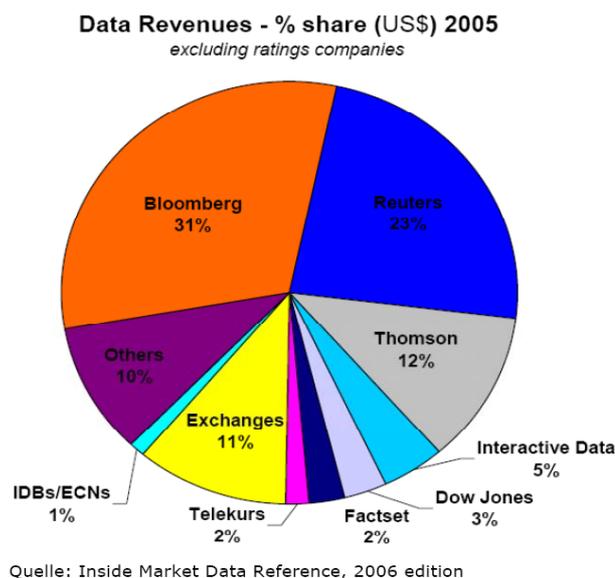
⁶⁴ Die Angabe des Abnehmers von Realtime Daten der Exfeed stellt ein Geschäftsgeheimnis dar.

⁶⁵ Der Ad-hoc Markt für die Lieferung von Börsenrohdaten wird auch vom Bundeskartellamt als ein separater Markt abgegrenzt und es wird von einem nationalen Markt ausgegangen. (vgl. BkArt FN 26)

⁶⁶ COMP/M.3692 – Reuters/Telerate, 23.5.2005, Rz. 15.

176. Die grossen Anbieter (wie Reuters, Bloomberg und Telekurs) sind weltweit tätig. Die Daten werden in Datenzentren aufgearbeitet und können von den Kunden weltweit abgerufen werden. Die Produkte der Anbieter für die verschiedenen Regionen weichen kaum voneinander ab. Die Abdeckung der weltweiten Börsen durch Telekurs Financial Information Ltd. entspricht dem Angebot der grossen, global tätigen Anbieter.

Grafik 12:



179. Die obige Darstellung zeigt, dass TFI international mit grossen Anbietern wie Bloomberg, Reuters und Thomson im Wettbewerb steht.

B. 5.3.9. Weitere Märkte

180. Wie im Überblick (Rz. 43 ff.) aufgelistet, betrifft der Zusammenschluss noch weitere Märkte (Aktienregisterführung, Lizenzierung von Indizes, Zahlungsdienstleistungen, Vergabe von Valorenummern, Informatikdienstleistungen und weitere Dienstleistungen). Da der Zusammenschluss in diesen Märkten deshalb weder zu Marktanteilsadditionen noch zu vertikalen Problemen führt, sollen sie hier nicht mehr weiter beschrieben und untersucht werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass Märkte im Bereich Zahlungsdienstleistungen (z.B. Kredit- und Debitkartenacquiring) Gegenstand anderer Verfahren der Wettbewerbsbehörden sind bzw. waren⁶⁷.

B.5.4 Nicht-horizontale Fusionsanalyse - Anwendung auf den Sachverhalt

B.5.4.1 Allgemeines

181. Das Zusammenführen der Swiss Value Chain mit den daran beteiligten Unternehmen SWX, SIS und SIC (letzteres zu 75% im Besitz von Telekurs) in eine neue Dachholding kann als vertikaler Zusammenschluss klassiert werden. Durch den geplanten Zusammenschluss werden drei heute unabhängige Unternehmen, welche unterschiedliche Märkte abdecken, neu in ein Unternehmen integriert, welches nach der Fusion alle Dienstleistungen selber anbietet. Die einzelnen Unternehmen sind in der Produktionskette (Value Chain) über sogenannte

B.5.3.8.3 Marktstellung

177. Von den Parteien ist einzig die Telekurs-Gruppe über TFI in diesem Segment tätig.

178. Im Vertrieb von Finanzdaten sind neben der Telekurs Financial Information folgende grossen Konkurrenten tätig: Reuters, Bloomberg, IDC (Interactive Data Corporation), Thomson Financial, GL Trade (inkl. Infotec), Tenfore, Markit, Royalblue (Fidessa).

Schnittstellen (SWX – SIS – SIC) verbunden⁶⁸, wobei eine (Upstream) Partei jeweils einen Input für eine andere, nachgelagerte (Downstream) Partei liefert. Da die SWX zwei in der Produktionskette nachgelagerte Unternehmen (Parteien) übernimmt, handelt es sich um eine vorwärts Integration.

182. Mit dem Bereich Telekurs Financial Information (TFI) integriert der Zusammenschluss ein weiteres Geschäftsfeld, welches in einem mit der Börse (SWX) verwandten, teilweise sogar vertikal verbundenen Markt platziert ist⁶⁹. Börsen produzieren und vertreiben Börsenrohdaten (sog. Real-Time-Data). Die SWX vertreibt ihre Börsenrohdaten ausschliesslich über ihre Tochtergesellschaft Exfeed an Finanzinformationsanbieter. Finanzinformationsanbieter verarbeiten die Rohdaten weiter (z.B. zu Datenpaketen mit Börsenumsätzen, Kurse, Anleihepreisinformationen) und stellen Kapitalmarktteilnehmern so eine Vielzahl von Finanzinformationsprodukten zur Verfügung. Sie sind für die Erstellung ihrer Finanzinformationsprodukte auf möglichst viele Rohdaten von unterschiedlichen Börsen (darunter der SWX) als Input für ihre Produktion angewiesen. Die Schnittstelle SWX - TFI ist somit zumindest teilweise ebenfalls Bestandteil einer vertikalen Produktionskette.

⁶⁷ Vgl. RPW 2006/1, S. 65 ff.

⁶⁸ Vgl. Grafik 4.

⁶⁹ Vgl. Grafik 7.

183. Die Telekurs Gruppe ist, wie bereits erwähnt, ein stark diversifiziertes Unternehmen, welches weltweit in vielen verschiedenen Märkten tätig ist. Mit der Übernahme von Telekurs durch die SWX werden deshalb neben der SIC und der TFI zusätzlich noch weitere Geschäftsbereiche (darunter Zahlungsdienstleistungen) in die neue Dachholding integriert. Es ist davon auszugehen, dass diese Bereiche weitgehend unabhängig von den Geschäftsfeldern der SWX und SIS sind und somit unabhängige Märkte betreffen. Es kann in diesen Fällen von einem konglomeraten Zusammenschluss gesprochen werden.

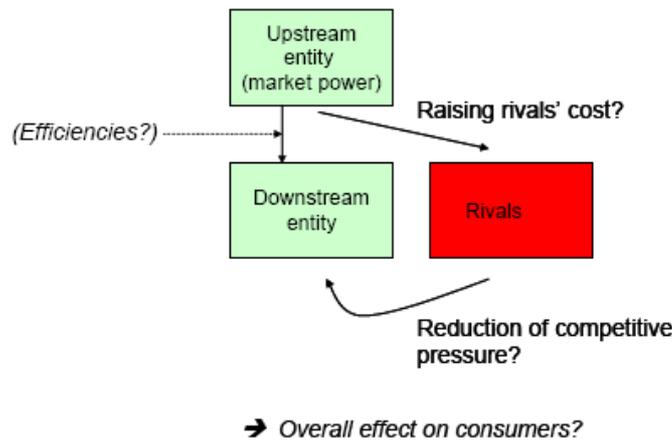
B.5.4.2 Möglichkeiten und Anreize zu anti-kompetitivem Verhalten

184. **Input Foreclosure** betrifft grundsätzlich alle wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen einer marktmächtigen Upstream-Partei (wie z.B. Zugangsverweigerung zu ihrem [wichtigen, essentiellen] Input, Preiserhöhung des Inputs, technische Barrieren beim Zugang zum Input etc.), die dazu dienen, den Wettbewerb auf der nachgelagerten Produktionsstufe zu behindern und damit ihre integrierte Downstream-Partei gegenüber deren Wettbewerbern/Rivalen besser zu stellen sowie ihren eigenen Gewinn zu erhöhen.

185. Eine wichtige Form von Input Foreclosure ist die in der nachfolgenden Grafik dargestellte "Rising Rivals Cost"-Strategie:

Grafik 13:

Figure 1 - Input foreclosure



Quelle: EU Non-horizontal Merger Guidelines

186. Eine Abschottung von Vorleistungen kann erfolgen, falls ein vertikal integriertes Unternehmen Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten nicht mehr oder nur zu höheren Preisen beliefert. In beiden Fällen, kann dies im Ergebnis zu einem Anstieg der Vorleistungspreise (Inputpreise) nach dem Zusammenschluss führen, womit die Vorleistungskosten für Wettbewerber auf den nachgelagerten Märkten angehoben werden.⁷⁰

187. Eine zentrale Voraussetzung für das Betreiben von Input Foreclosure durch die Upstream Partei ist, dass sie einen wichtigen Input für die Produktion im nachgelagerten (Downstream) Markt bereitstellt. Ein Input ist dann wichtig, wenn er nicht billig dupliziert resp. ersetzt werden kann durch die Marktteilnehmer, welchen der Zugang zu eben diesem Input verwehrt bleibt.⁷¹

188. Eine weitere Form von Input Foreclosure ist gemäss der Literatur und den Guidelines zu beachten: die "Monopoly Maintenance Theory"⁷². Wobei ein vertikaler Zusammenschluss dazu missbraucht werden kann, ein Monopol Upstream zu erhalten oder zu stärken, indem

ebanfalls durch Zugangsverweigerung resp. Erschwerung die Markteintrittsbarrieren Upstream erhöht werden.

189. Die folgende Analyse der Möglichkeiten und Anreize der Zusammenschlussparteien an den Schnittstellen der Produktionskette Input Foreclosure (d.h. Marktabschottung und/oder Diskriminierung) zu betreiben, beziehen sich nur auf jene relevanten Märkte, für welche in den Rz. 63 ff. bei einer engen nationalen Marktabgrenzung eine zumindest marktmächtige Stellung vorliegen könnte. Konkret sind das die folgenden relevanten Märkte:

⁷⁰ RPW 2006/2, S. 259 ff., Rz. 107 ff; OECD (FN 12), S. 14.

⁷¹ Vgl. REY/TIROLE (FN 23), S. 1: "Examples of inputs that have been deemed essential by antitrust authorities include a stadium, a railroad bridge or station, a harbour, a power transmission or a local telecommunications network, an operating system software and a computer reservation system."

⁷² Vgl. OECD (FN 12), S. 19; D. T. SCHEFFMAN/R.S. HIGGINS, Vertical Mergers: Theory and Policy, George Mason Law Review, 2004, Vol. 12, S. 967-978.

- Aktienhandel mit nationalen Titeln an der SWX;
- Clearing und Settlement der SIS;
- Vertrieb/Verkauf von Börsenrohdaten (sog. Real-Time Daten) durch die SWX.

190. Durch die vertikale Integration der Swiss Value Chain werden drei bisher eigenständige Unternehmen neu in ein Unternehmen zusammengeführt. Dies ermöglicht der neuen Holding Entscheide, die zuvor von jedem der drei Unternehmen einzeln getätigt wurden, neu unter einem Dach zu vereinen. Es folgt die Möglichkeit der Einflussnahme einer Stufe der Produktionskette auf eine andere Produktionsstufe. Auch wenn sich die Eigentümerstruktur durch den geplanten Zusammenschluss nicht stark verändert⁷³, so ist doch davon auszugehen, dass die Summe der einzelnen Unternehmensstrategien (vor dem Zusammenschluss) nicht gleich der Gesamtstrategie des neuen Unternehmens ist.

191. Die neue Dachholding kann sich beispielsweise entscheiden, nach der Fusion Clearing und Settlement Dienstleistungen der SIS nur noch konzernintern zu erbringen bzw. in Anspruch zu nehmen. Insofern würde die SIS nicht mehr direkt am Markt auftreten. Bedenkt man, dass auf dem Clearing und Settlement Markt in der Schweiz heute jeweils nur ein Anbieter (sprich die SIS) agiert, so könnten durch die vertikale Integration und die daraus resultierende Möglichkeit zur internen Produktion, der wirksame Wettbewerb auf dieser Stufe beseitigt werden. Zudem würden dadurch die Markteintrittsschranken auf Stufe Börsenhandel als auch im Bereich der Abwicklung erhöht. Denn neu eintretende Unternehmen müssten auf allen Stufen der Value Chain gleichzeitig eintreten, sofern sie nicht ebenfalls eine vollständig integrierte Struktur aufweisen. Letztendlich könnten die Parteien eine solche Strategie dazu verwenden, um ihre Marktmacht auf den relevanten Märkten zu sichern oder zu verstärken.

192. Die vertikale Integration der Swiss Value Chain erfolgt weiter zu einem Zeitpunkt, in dem auf europäischer Ebene der horizontale Wettbewerb unter den Finanzmarktinfrastrukturen gefördert werden soll. Derzeitige Entwicklungen im Europäischen Raum (sprich der Code of Conduct⁷⁴, MiFID⁷⁵, SEPA⁷⁶) ermöglichen zumindest teilweise einen potenziellen Wettbewerb im Börsenhandel sowie auf Stufe Clearing und Settlement und Interbankenzahlungsverkehr. Dynamisch betrachtet sollte die potenzielle Konkurrenz in nächster Zeit deshalb weiter zunehmen. Die vertikale Integration könnte als Abwehrstrategie dienen, mit welcher potentielle Konkurrenten vom Heimmarkt ferngehalten werden sollen.

193. So steht es beispielsweise der SWX heute grundsätzlich offen (v.a. wegen dem CoC) über einen anderen Clearer (als SIS) oder über mehrere Clearer abzuwickeln.⁷⁷ Beinahe wäre es mit LCH.Clearnet als zweiter CCP bereits dazu gekommen. Es ist aber fraglich, ob die SWX immer noch das gleiche Interesse an einem zweiten CCP hat, wenn dieser die Konzernschwester SIS konkurrenziert. Es kann m.a.W. davon ausgegangen werden, dass sich die Anreize zur Abschottung des eigenen vertikal integrierten Systems gegenüber alternativen Anbietern durch den Zusammenschluss verändern. Der

Zusammenschluss kann so die potenzielle Konkurrenz behindern oder im Extremfall beseitigen.

194. Bester Beweis dafür, dass bei vertikalen Strukturen Möglichkeiten und Anreize zur Marktabschottung und Diskriminierung von (aktuellen und potentiellen) Wettbewerbern bestehen, ist die Existenz des Code of Conduct selber⁷⁸: er wäre ansonsten gar nicht notwendig.

B.5.4.3 Möglichkeiten und Anreize zu Foreclosure an den einzelnen Schnittstellen

B.5.4.3.1 Allgemeines

195. In einem weiteren Schritt sollen hier jene Schnittstellen der Swiss Value Chain genauer diskutiert werden, an welchen die Wettbewerbskommission (1) Möglichkeiten und (2) Anreize zu Foreclosure vermutet.

196. Es gilt an dieser Stelle vorab darauf hinzuweisen, dass es fraglich ist, ob eine eins zu eins Anwendung der Foreclosure-Theorie auf den vorliegenden Sachverhalt und damit auf den Bereich Börsenhandel und Abwicklung allen Aspekten dieses spezifischen Bereichs gerecht wird. Die Foreclosure-Theorie wurde primär für Produktmärkte entwickelt, bei welcher ein physischer Input geliefert wird (z.B. stellt Software für einen Computer einen wichtigen Input dar). Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch a priori um Dienstleistungen, welche über eine Schnittstelle in ihrer "Produktion" insofern verbunden sind, als dass der Börsenhandel ohne die Abwicklung des Clearing und Settlements nur schwer möglich wäre und umgekehrt Clearing und Settlement-Anbieter ihre Haupteinnahmen aus den Aufträgen zur Abrechnung und Abwicklung von Börsenaufträgen generieren. Es handelt sich also jeweils um Dienstleistungen, welche sich gegenseitig bedingen. Deshalb besteht im vorliegenden Sachverhalt eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen Unternehmen an den Schnittstellen der Produktionskette. Die Foreclosure-Theorie kann dennoch als Hilfsmittel zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts beigezogen werden. Dies entspricht auch dem Vorgehen der englischen Competition Commission, welche ebenfalls eine Anwendung der Foreclosure-Theorie auf den

⁷³ Immerhin finden doch einige Verschiebungen statt: so hatten die UBS und CS im Verein SWX nur je eine Stimme, während dem heute beiden Grossbanken 30-40% der Stimmen halten und diese auf max. je 20-30% ausbauen könnten. Demgegenüber schwächt sich ihre Position im Vergleich zu ihrem Stimmenanteil bei der SIS und der Telekurs vor der Fusion ab.

⁷⁴ Vgl. Rz. 227 ff.

⁷⁵ „Mit Inkrafttreten der nationalen MiFID-Umsetzungen auf den 1. November 2007 wird im EWR der Wettbewerb für Clearing und Settlement-Dienstleistungen geöffnet.“ (Verband Schweizerischer Vermögensverwalter, Auskunftsbegehren 2007, S. 8); vgl. dazu auch Anhang 3.

⁷⁶ „Nationale Zahlungsverkehrssysteme in Europa werden in den nächsten 12 Monaten auf ein einheitliches Zahlungsverkehrssystem im gesamten Euro-Raum umgestellt. SIC soll an das SEPA-System angebunden werden“ (Verband Schweizerischer Vermögensverwalter, Auskunftsbegehren 2007, S. 9); vgl. dazu auch Anhang 3.

⁷⁷ „Mit der Schaffung einer zentralen Gegenpartei hat die SWX einen weiteren Schritt in Richtung nachhaltige Anerkennungsfähigkeit als „gleichwertig“ regulierter Drittstaatenmarkt nach Massnahme der EWR-Regulierung der Wertpapierdienstleistungen getan.“ (Verband Schweizerischer Vermögensverwalter, Auskunftsbegehren 2007, S. 8)

⁷⁸ Vgl. Ausführungen zu Code of Conduct Rz 227 ff.

Börsenhandel und damit verwandte Dienstleistungen vorgenommen hat.⁷⁹

197. Zur Identifikation der *Möglichkeiten* der Parteien zu Input Foreclosure wurden, wie in Abschnitt B.5.2. dargestellt, die beiden notwendigen Bedingungen (1) das Vorhandensein von Marktmacht und (2) die Produktion eines wichtigen Inputs für die nachgelagerte Produktionsstufe untersucht.⁸⁰

198. Kann per se die Möglichkeit zu Foreclosure an den jeweiligen Schnittstellen nachgewiesen werden, so muss in einem weiteren Schritt analysiert werden, ob die betroffenen Parteien überhaupt ein Interesse bzw. *Anreize* haben, diese bestehenden Möglichkeiten auszunutzen. Die Anreize zu Foreclosure hängen davon ab, ob ein allfällig wettbewerbsschädliches Verhalten für das neue Unternehmen gewinnbringend ist. Dabei ist das Unternehmen einem Trade-off ausgesetzt: Einerseits sinken die Gewinne insofern, als das anti-kompetitives Verhalten (Diskriminierung oder Abschottung von Marktteilnehmern auf der nachgelagerten Produktionsstufe) den Absatz auf der nachgelagerten Produktionsstufe senkt. Andererseits steigt der Gewinn des Unternehmens durch die Bevorzugung der eigenen (Downstream) Partei und durch die damit gewonnene Marktmacht (Downstream) und allfällig steigende Einnahmen hiervon.⁸¹

B.5.4.3.2 Schnittstelle SWX – TFI

199. SWX ist der alleinige Hersteller von Börsenrohdaten (sog. Real-time Daten) betreffend exklusiv an ihr gehandelten Titeln (v.a. Daten betreffend Schweizer Small und Mid Caps). Die Schweizer Börse verfügt hier deshalb über eine Monopolstellung und somit über Marktmacht. Anbieter von Finanzinformationen wie z.B. Telekurs Financial Information, Thomson Financial, Bloomberg, Infotec, etc., welche in der Bereitstellung und Veredelung von Finanzdaten tätig sind, sind auf Börsenrohdaten als Input für ihre Produkte angewiesen.

200. Das beschreiben [...] Wettbewerber von TFI, in ihren Antworten auf das Auskunftsbegehren vom Sekretariat wie folgt:

*"SWX/Exfeed is the unique supplier of Swiss stock market information. There is no alternative real-time data that would represent even a distant substitute."*⁸²

*"The data of each exchange are unique and are not substitutable for the data of other exchanges and financial information service would be incomplete without SWX data."*⁸³

201. Für die SWX (Upstream Partei mit Marktmacht, vgl. Grafik 13) besteht nach der Fusion die Möglichkeit, die Preise für ihre Rohdaten zu erhöhen (partielle Input Foreclosure) oder diese ausschliesslich der TFI (Downstream Partei) anzubieten (Complete Input Foreclosure) und damit TFI gegenüber seinen Wettbewerbern (Rivals) zu bevorzugen. Das fusionierte Unternehmen könnte dadurch erstens von den erhöhten Inputpreisen und zweitens von einer erhöhten Marktmacht im Abnehmermarkt (Finanzinformationsmarkt) gegenüber den nicht-integrierten Finanzinformationsanbietern (Rivals) profitieren:

202. Diese per se Möglichkeit zu Foreclosure wird auch von befragten Marktteilnehmern in ihren Antworten bekräftigt:

*"[...] believes that there could be a short-term incentive for the merger parties to create a differential between the access to real-time data from SWX/Exfeed available to themselves and to third parties, in order to increase the attractiveness of their market data products and services."*⁸⁴

203. Die Möglichkeit an der Schnittstelle SWX – TFI Foreclosure zu betreiben, wird durch Rechtsvorschriften in mehrfacher Hinsicht limitiert wenn nicht ausgeschlossen (vgl. Rz. 33 ff.). Einerseits muss die Börse alle für die Transparenz des Effektenhandels erforderlichen Daten kostenlos öffentlich zugänglich machen (Art. 5 Abs. 3 BEHG) und sie hat andererseits im Bereich ihrer kostenpflichtigen Dienstleistungen (Lieferung von Real-Time-Data) den in Art. 1 und 7 BEHG festgelegten Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber Effekthändlern und Anlegern zu berücksichtigen. Die gleiche Auffassung wird auch von einem Marktteilnehmer vorgebracht:

*"However, we believe this [short-term incentive to discriminate access] would in reality be constrained, primarily by regulation. It is our understanding that non-discriminatory access to market data from the Swiss national exchange is mandated under the 1997 Swiss Stock Exchange and Securities Act, enforced by the Swiss Federal Banking Commission."*⁸⁵

204. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die SWX grundsätzlich, wenn auch nur auf einem sehr eingeschränkten Gebiet, die Möglichkeit zu Diskriminierung von Finanzinformationsanbietern hat, so bleibt dennoch fraglich, ob die SWX auch die Anreize (sprich ein Interesse daran) hat, diese beschränkten Möglichkeiten auszunutzen.

205. Die Zusammenschlussparteien fügen in ihrer Meldung an, dass die SWX bei einem Fehlverhalten mit Retorsionsmassnahmen seitens anderer Marktteilnehmer (d.h. Börsen und Finanzinformationsanbieter) rechnen muss, welche disziplinierend auf die Parteien wirken und somit die Anreize der Parteien zu Foreclosure einschränken. Diesem Argument ist jedoch entgegen zu halten, dass die Interessen anderer Anbieter von Börsenrohdaten nicht mit jenen der unintegrierten Wettbewerber von TFI einhergehen. Im Gegenteil, Börsen, welche nicht ebenfalls mit einem Anbieter von Finanzinformationsprodukten integriert sind, möchten ihre Rohdaten, wenn möglich, an viele verschiedene Vendoren liefern und verkaufen. Mögliche Retorsionsmassnahmen können

⁷⁹ Vgl. Ausführungen der Competition Commission (FN 32) zu Foreclosure of trading services, Rz 5.137 ff.

⁸⁰ Analog zu OECD (FN 12) und EU Commission (FN 15).

⁸¹ Vgl. EU Commission (FN 15).

⁸² [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, Rz.10.

⁸³ Vgl. [...] Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 4.

⁸⁴ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 3.

⁸⁵ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 9.

somit allenfalls seitens eines ebenfalls integrierten Börsen/Finanzinformationsanbieters kommen⁸⁶.

*"We do not believe that individual suppliers and/or customers of stock market information and/or financial information have particular power over the parties if those were tempted to behave in a discriminating manner. Since the national exchange is in a de facto monopoly situation with regard to market data, suppliers and customers rely on the relevant financial services regulator to mandate and oversee non-discriminatory access to that data."*⁸⁷

206. Betreffend der Möglichkeiten und Anreizen zu Foreclosure an der Schnittstelle SWX – TFI gilt weiter anzufügen:

- Börsen haben allgemein ein grosses Interesse an einer möglichst breiten Publizität/Transparenz der an ihr gehandelten Titel, denn eine weite Verbreitung der SWX-Daten ist dem Handel auf der SWX-Plattform förderlich. Die Beschränkung auf TFI als Absatzmittler würde bestehende Kunden verärgern, wenn sie nur wegen der SWX-Daten auf einen neuen Lieferanten umstellen müssten. Somit würde eine ausschliessliche Weitergabe der SWX-Rohdaten an TFI wohl eher mehr Kosten (Reputationsverlust, tiefere Handelsvolumen etc.) als Nutzen stiften.

*"In competitive terms, altering the conditions as relate to access, timing for real-time data from SWX/Exfeed could be expected to negatively impact transparency on SWX. This could be expected to reduce the attractiveness of SWX as a trading destination, in turn impacting liquidity and the relevance of SWX as an exchange. Ultimately, this would harm the value of real-time data from SWX."*⁸⁸

- Finanzinformationsanbieter beziehen Börsenrohdaten von rund 250 verschiedenen Börsenplattformen weltweit. SWX ist eine davon und somit fällt sie weltweit nur wenig ins Gewicht. Folglich ist auch davon auszugehen, dass der Spielraum der SWX zu Foreclosure in diesem Bereich sehr gering ist und der Input der Rohdaten von SWX für die Finanzinformationsanbieter nicht einen allzu wichtigen Input darstellt.

*"Data purchased from SWX/Exfeed accounts for less than one percent of the data purchased from stock markets worldwide by cost. However, this understates the significance of access to SWX/Exfeed data, since it would not be possible to market a European or Global Financial information product that did not contain data relating to the Swiss market."*⁸⁹

- Die Gefahr für Foreclosure an dieser Schnittstelle wird auch dadurch weitgehend ausgeräumt, als die Real-Time-Daten der Exfeed direkt an die Abnehmer der Finanzinformationen geliefert werden. Die Vendoren übernehmen einzig den Verkauf sowie die Verwaltung der Kunden und erhalten hierfür eine bestimmte Gebühr. Die Gebühren für den Bezug der Real-Time-Daten werden durch die Vendoren direkt an die Börse weitergeleitet. Die Höhe dieser Gebühren ist in einem öffentlich zugänglichen Gebührenreglement festgehalten und daher für alle Endabnehmer identisch, gleichgültig über welchen Vendor sie sich die Real-Time-Daten der Exfeed haben aufschalten lassen.

207. Es ist somit zu bezweifeln, ob der finanzielle Nutzen einer Diskriminierung oder Marktabschottung die Kosten einer solchen Strategie übertreffen würde.

208. Zudem ist der Markt für Finanzinformationen (Vertrieb von Finanzdaten) ein kontinentaler wenn nicht sogar weltweiter Markt (vgl. Ausführungen Rz. 175). Gemäss Angaben eines Marktteilnehmers ist davon auszugehen, dass der Markt des Vertriebs von Finanzinformationen sehr dynamisch ist und sich zur Zeit in einer Expansions-/Wachstumsphase befindet:

*"[...] believes the financial information industry to be dynamic and rapidly-evolving. A number of factors drive this, including most notably technological progress and the constant development of regulatory frameworks. New entry into the marketplace, from adjacent markets such as financial service players, content owners, IT service providers, brokers, is commonplace and frequently successful."*⁹⁰

209. Der Einfluss der SWX und TFI auf den gesamten Finanzinformationsmarkt ist somit klein. Zudem ist bei einer vertikalen (Vorwärts-) Integration in einen kompetitiven Markt gemäss der ökonomischen Literatur zu vermuten, dass die Effizienzvorteile des Zusammenschlusses überwiegen:

*"A monopolist who seeks to integrate vertically with a firm that operates in a perfectly competitive market cannot be motivated by the anti-competitive objective of foreclosing competitors. Instead its motivation is very likely to be a pro-competitive efficiency gain. Indeed, if the merger conferred other kinds of efficiencies, consumers may face lower prices and higher output."*⁹¹

210. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass durch die Vorwärtsintegration der SWX in den weltweiten und dynamischen Finanzinformationsmarkt wenig Möglichkeiten und Anreize zu Foreclosure ersichtlich sind und diesbezüglich dem Zusammenschluss keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entgegenzuhalten sind.

*"Der [...] rechnet ebenfalls mit keinen nennenswerten Folgen des Zusammenschlusses im Bereich Börsen- und Finanzinformationen. Denn die Zurverfügungstellung vollständiger und umfassender Informationen gehört unter Transparenzgesichtspunkten zu den wichtigen Aufgabe einer Börse."*⁹²

B.5.4.3.3 Schnittstelle SWX – SIS

211. Wird von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen (wofür diverse Indizien sprechen) so bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die SWX im Bereich der Kotierung und des Handels von Small und Mid Caps über eine

⁸⁶ Heute vertikal integrierte Börsen/Vendoren sind: DTCC/Thomson Financial; DBAG/Bolsa de Madrid/Infobolsa; LSE/Proquote.

⁸⁷ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 12.

⁸⁸ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 9.

⁸⁹ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 6.

⁹⁰ Vgl. [...] (FN 82), Rz. 3.

⁹¹ Vgl. BISHOP (FN 16) S. 26.

⁹² [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 12.

marktbeherrschende Stellung verfügen könnte. Zumindest verfügt die SWX jedoch in diesen Bereichen über Marktmacht im Sinne der Guidelines der EU und der OECD (Upstream Partei mit Marktmacht, vgl. Grafik 13). Dies eröffnet einen weiteren Bereich, in dem die SWX ihre Marktstellung zu Input Foreclosure missbrauchen könnte: an der Schnittstelle zum Clearing und Settlement. Die SWX als Börseplattform liefert für Clearing- und Settlement- (C&S-) Anbieter (Downstream Partei) einen wichtigen ‚Input‘, insofern als dass ohne Börsenhandel gar keine Post-Trading Aktivitäten nötig wären. Die SWX hat dadurch grundsätzlich die Möglichkeit, durch die ausschliessliche Abwicklung und Abrechnung ihrer Transaktionen über SIS andere potenzielle Anbieter von C&S am Eintritt in den Schweizer Markt zu hindern. Die SWX könnte über die Diskriminierung von nicht-integrierten C&S Anbietern (z.B. Diskriminierungen in Sachen Access und Interoperabilität) verhindern, dass SIS (Downstream Partei) auf Stufe C&S Konkurrenz (Rivals von SIS) erhält.

212. Umgekehrt bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich die SIS bei einer allfälligen Marktabgrenzung auf den nationalen Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befinden könnte. Jedenfalls verfügt die SIS über die notwendige Marktmacht, um Foreclosure betreiben zu können. Geht man davon aus, dass der Zugang zur Abwicklung und damit zum Clearing und Settlement (inkl. Custody) eine notwendige Voraussetzung (d.h. ein wichtiger ‚Input‘) für das Funktionieren einer Handelsplattform stellt, so könnte durch eine Erschwerung bzw. Verweigerung des Zugangs anderer Börsenplattformen zu Clearing- und Settlement-Dienstleistungen der SIS (Upstream Partei mit Marktmacht, vgl. Grafik 13) den Markteintritt neuer Anbieter (Rivals) in den Schweizer Markt für Börsenhandel neben der SWX (Downstream Partei) behindert oder im Extremfall ausgeschlossen werden.

*"The Access to competitive post-trading services is essential for competition in trading, and a merger which introduces a vertical arrangement into a given infrastructure might be expected to result in a substantial lessening of competition in equity trading in a given market. This might give rise to foreclosure of fair access to clearing services. However, we do not fundamentally believe that the proposed merger will have any significant effect on the competitive environment either in Switzerland and/or in Europe."*⁹³

*"In terms of Switzerland, the proposed merger would seem to enhance the position of SIS x-clear, particularly for local market transactions. Unless, as a consequence of the merger, SIS x-clear is able to significantly lower its clearing costs, we don't believe the proposed merger would have a significant impact on the competition between clearing providers in Europe."*⁹⁴

213. Spezifische Technologien können die Schnittstelle SWX – SIS für neue Anbieter unzugänglich machen. Mögliche Foreclosure Mechanismen der SWX und SIS sind dabei: Diskriminierungen in Sachen Access und Interoperabilität zur Börseplattform und dem Clearing und Settlement, Benachteiligung/Schikane von möglichen Wettbewerbern durch Angebotsverweigerung, keine oder wenig Kooperationsbereitschaft betreffend Zeit-

limiten, fehlende IT-Interkonnektion, Quersubventionen).⁹⁵

214. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass an der Schnittstelle SWX – SIS für beide beteiligten Parteien zumindest die *Möglichkeit* besteht Foreclosure zu betreiben.⁹⁶

215. Betreffend der *Anreize* zu Foreclosure an der Schnittstelle SWX - SIS bringen die Parteien vor, dass bei Versuchen der SWX oder der SIS den Zugang zu ihren Märkten zu verhindern, sie mit Retorsionsmassnahmen seitens ihrer Konkurrenten rechnen müssten, was eine Expansion der Parteien ins Ausland behindern würde. Dies würde insbesondere die SIS treffen, da gerade im Clearing und Settlement Grössenvorteile bestehen, welche einen Anreiz setzen, ein möglichst grosses Transaktionsvolumen zu generieren und wenn möglich ins Ausland zu expandieren. Dies auch in Anbetracht dessen, dass der Schweizer Markt relativ klein ist. Als Beispiel gilt die virt-x, welche nach London ausgelagert wurde. Die SIS x-clear versucht zur Zeit ebenfalls in London an der LSE ihre Clearing-Dienstleistungen anzubieten.

216. Der wettbewerbsrechtlich problematische Bereich des Handels mit Small und Mid Caps an der SWX ist von den Handelsvolumen her eher klein (nur rund 10-20% des gemeinsamen Handelsvolumens von SWX und virt-x)⁹⁷. Im Handel mit allen übrigen Wertpapieren (inkl. Blue Chips, Obligationen, ETFs) ist die SWX einem europaweiten, wenn nicht internationalen Wettbewerb ausgesetzt und hat somit keine Marktmacht. Es ist eher unwahrscheinlich, dass die SWX ihre Monopolstellung in diesem verhältnismässig kleinen Bereich dazu ausnützen kann und will, um Markteintritte in der Schweiz zu verhindern, mit dem Risiko, ihre Konkurrenz sowie jene der SIS im Ausland zu verärgern (Reziprozitätsgedanke).

217. Schlussendlich bleibt fraglich, ob andere Börsen überhaupt ein Interesse daran haben, in die Kotierung und den Handel von Schweizer Small und Mid Caps einzusteigen. Entscheidend dabei ist vor allem, dass genügend grosse Volumen generiert werden können, die einen Markteintritt erlauben. Die Entscheidung von potenziellen Konkurrenten in den Schweizer Markt einzutreten, soll jedoch nicht schon im Vorherein durch allfällige Diskriminierungsstrategien der Parteien negativ beeinflusst werden. Deshalb ist es wichtig, dafür zu sorgen, dass die Parteien sich auch weiterhin auf eine offene Architektur verpflichten und diese auch praktizieren. Letztendlich wird so der Markt entscheiden, ob ein Markteintritt für potenzielle Konkurrenten lukrativ ist.

218. Zusammenfassend ist nicht klar, ob ein allfälliger Nutzen aus einer Diskriminierung die negativen Konsequenzen, welche die gesamte im Ausland liegende potenzielle Geschäftstätigkeit zu gewähren hätte, über-

⁹³ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 6, Rz. 11.

⁹⁴ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, Rz. 12.

⁹⁵ Vgl. Competition Commission (FN 32), Rz. 5.138.

⁹⁶ Die Einschätzungen der Wettbewerbskommission stimmen weitgehend mit den neueren Ergebnissen anderer europäischer Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung von geplanten Börsenzusammenschlüssen überein, z.B. bei der Übernahme der LSE durch die DBAG oder Euronext: Competition Commission (FN 32).

⁹⁷ Vgl. FN 48.

steigt. Ob die Parteien somit letztendlich einen Anreiz hätten, sich wettbewerbsschädlich zu verhalten, ist unklar und würde eine vertiefte Analyse des Sachverhalts bedingen, welche den Umfang dieser vorläufigen Prüfung übersteigt.

219. Sofern durch geeignete Verhaltensaufgaben, bereits im Stadium der vorläufigen Prüfung, die Möglichkeiten zu Foreclosure unterbunden werden können und somit auch weiterhin eine offene Architektur des Finanzplatzes Schweiz garantieren wird, kann letztendlich offen gelassen werden, inwiefern die Parteien ein Interesse (Anreize) daran hätten, die bestehenden Möglichkeiten zu Foreclosure an der Schnittstelle SWX – SIS nach der Fusion auch wirklich auszunützen.⁹⁸

B.5.5. Auflagen

B.5.5.1 Möglichkeit zur Verfügung von Auflagen in der vorläufigen Prüfung

220. Die Wettbewerbskommission hat bereits in den Fällen Glaxo Wellcome/Smith Kline Beecham und Pfizer/Pharmazie Auflagen im Rahmen der vorläufigen Prüfung verfügt⁹⁹. In beiden Fällen hatten die Parteien den Auflagen zugestimmt bzw. Zusicherungen abgegeben, welche mit den Auflagen übereinstimmen. Auch in der Literatur wird die Möglichkeit von Zusagen für Auflagen im Rahmen der vorläufigen Prüfung bejaht¹⁰⁰.

221. Rechtsvergleichend kann darauf hingewiesen werden, dass auch in der EU Auflagen bereits in der Phase I verfügt werden können. Auch hier geht es um den Fall, in dem durch die Parteien Änderungen vorgenommen werden, welche zur Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses führen. Die EU kann dann diese Verpflichtungen der Parteien als Bedingungen oder Auflagen festschreiben¹⁰¹.

222. Eine vertiefte Prüfung erübrigt sich daher, wenn durch die Auflagen allfällige Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann, beseitigt werden.

B.5.5.2 Beseitigung der Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss

B.5.5.2.1 Grundlagen

223. Voraussetzung für Auflagen ist zunächst einmal, dass überhaupt Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Zusammenschluss die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bewirken könnte. Dabei ist zu beachten, dass der Zusammenschluss *kausal* für die Begründung oder Verstärkung sein muss.¹⁰²

224. Im vorliegenden Fall bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine Veränderung der Marktstellung der beteiligten Parteien in dem Sinne bewirken kann, als neue Möglichkeiten zur Marktabschottung und Diskriminierung geschaffen werden, welche sich auf die Marktstellung der Parteien auswirken können. Werden durch Auflagen diese neuen Möglichkeiten unterbunden, so liegt keine kausale Wirkung des Zusammenschlusses auf die Marktstellung der Parteien mehr vor. Hat der Zusammenschluss keine Veränderung

der Marktstellung der Parteien zur Folge, so kann auch ausgeschlossen werden, dass er eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung *kausal bewirkt*. In diesem Fall muss keine vertiefte Prüfung vorgenommen werden.

225. Die in den Rz. 181 ff. aufgezeigten Möglichkeiten zur Diskriminierung und Abschottung der SWX und der SIS von potentiellen Konkurrenten kann durch folgende Elemente verhindert werden:¹⁰³

- (1) Interoperabilität
- (2) Nicht-diskriminierender Zugang
- (3) Wahlfreiheit der Teilnehmer
- (4) Preistransparenz
- (5) Unbundling der Produkte.

226. Diese Prinzipien werden seit dem 7. November 2006 im European Code of Conduct for Clearing and Settlement (inkl. Interoperabilitäts Guidelines) festgehalten und konkretisiert.

B.5.5.2.2 Der European Code of Conduct for Clearing and Settlement (CoC)

227. Auslöser für den CoC waren Bestrebungen der EU, im Bereich des Clearing und Settlement Massnahmen ein EU-weit integriertes, sicheres und effizientes Umfeld zu schaffen, das den verschiedenen Anbietern dieser Leistungen gleiche Wettbewerbsbedingungen gewährleistet. Zu diesem Zweck sollte eine Rahmenrichtlinie ausgearbeitet werden, welche den Anbietern von Clearing- und Abrechnungsleistungen ein umfassendes Recht auf Zugang zu allen EU-Märkten einräumen und für Wertpapierhäuser, Banken, zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer und Märkte Auswahlmöglichkeiten gewährleisten sollte.¹⁰⁴

228. Am 11. Juli 2006 erklärte die EU, dass sie von der Branche initiierten Massnahmen zur Schaffung effizienterer und integrierter europäischer Nachhandelsmärkte

⁹⁸ Vgl. [...] (FN 92), S. 4: „Die Gefahren des Ausnutzens der durch den Zusammenschluss noch verstärkten marktbeherrschenden Stellung von SWX, SIS und Telekurs (im Zahlungsverkehrsbereich) müssen durch Möglichkeiten eines erzwingbaren Zugangs zu Abwicklungs- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen zu Wettbewerbsbedingungen offen gehalten werden.“

⁹⁹ RPW 2001/2, S. 341; RPW 2003/2, S. 366 f.

¹⁰⁰ Vgl. J. BORER, Kartellgesetz, Ausgabe 2005, Art. 10 N 24, welcher eine analoge Anwendung von Art. 29 KG annimmt; ZÄCH (FN 9), Rz. 838 und 1029; P. DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SIWR V/2, 2000, S. 310; F. SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, 1996, S. 398 ff.

¹⁰¹ Vgl. Art. 6 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“; FKVO).

¹⁰² RPW 2007/2, S. 327, E. 6.3.

¹⁰³ Vgl. Referat von Prof. N. BLATTNER (Vizepräsident des Direktoriums der SNB), Finanzmarktinfrastruktur im Kräftefeld von Technologie, Ökonomie und Regulierung, XI. AWK Group Financial Services Lunch, „Swiss Value Chain 2010 – Infrastruktur der Zukunft in Zeiten der Bankenindustrialisierung, S. 6 f., erhältlich unter http://www.snb.ch/de/mmr/speeches/id/ref_20060920_nbl/source/ref_20060920_nbl.d.e.pdf (besucht am 3.10.07).

¹⁰⁴ Vgl. Pressemitteilung der EU vom 28.04.2004 zu Strategie und Prioritäten der Kommission für Clearing und Abrechnung (IP/04/551).

gegenüber einer Richtlinie bevorzugen würde und forderte die Branche auf, geeignete Lösungsvorschläge zu unterbreiten.¹⁰⁵

229. Auf diese Aufforderung hin erstellten die drei wichtigsten Branchenvereinigungen (FESE/Federation of European Securities Exchanges, EACH/European Association of Central Counterparty Clearing Houses, ECS-DA/European Central Securities Depositories Association) in Zusammenarbeit mit der EU-Kommission einen Verhaltenskodex, der am 7. November 2006 von allen ihren Verbandsmitgliedern unterzeichnet wurde. Aus

Schweizer Sicht wurde der CoC durch die virt-x (als "EU-member"), die SWX und die SIS unterzeichnet.

230. Die Europäische Kommission begrüsst den CoC und nennt ihn einen wichtigen ersten Schritt hin zu integrierten und effizienten Nachhandelsmärkten in der EU. Die in dem Kodex enthaltenen Massnahmen sollen in der Branche für mehr Transparenz und stärkeren Wettbewerb sorgen¹⁰⁶. Die Unterzeichner des Verhaltenskodex müssen die Massnahmen schrittweise bis zum 1. Januar 2008 umsetzen.

231. Die Umsetzung des CoC präsentiert sich wie folgt:

Grafik 14:



Quelle: Website DBAG

232. In der Schweiz wurden die vorgesehenen Umsetzungsschritte durch die SWX und die SIS planungsgemäss umgesetzt.

233. Der CoC (Anhang 1) und die dazugehörige Access and Interoperability Guideline vom 28. Juni 2007 (Anhang 2) konkretisieren die in Rz. 225 aufgelisteten Grundsätze und umfassen Definitionen, Prinzipien, Bedingungen und Szenarien für die Einrichtung von Verbindungen zwischen Anbietern von Marktinfrastruktur im Trade- und Post-Trade-Sektor. Die Grundsätze beschreiben darüber hinaus einen Mediationsmechanismus der im Falle einer Nichteinigung der beteiligten Parteien zum Tragen kommt.

234. Der CoC ist derzeit auf den Aktienhandel beschränkt, die EU hat aber klar die Erwartung geäussert, dass er in einem zweiten Schritt auf andere Effekten ausgedehnt wird, namentlich auf Obligationen und Derivate.¹⁰⁷

B.5.5.2.3 Der CoC als Auflage

235. Der CoC betrifft genau diejenigen Schnittstellen, welche beim vorliegenden vertikalen Zusammenschluss wettbewerbsrechtlich problematisch sein könnten, da sie die Möglichkeit zur Marktabschottung und Diskriminierung bieten. Dies kommt daher, dass der CoC in diesen Bereichen die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb schaffen will. Der CoC ist daher geeignet, die wettbewerbsrechtlichen Probleme die sich durch eine vertikale Integration ergeben könnten, auszuräumen. Der

CoC wird denn auch in der Meldung der Parteien wiederholt als Argument aufgeführt, weshalb Foreclosure nicht möglich sei. Im Rahmen der Befragung anderer Marktteilnehmer wurde der Zusammenschluss auch deshalb als grundsätzlich unbedenklich erachtet, weil die Parteien der CoC unterschrieben haben:

"[...] does not believe that the proposed merger significantly impedes effective competition in Switzerland or in Europe. The only potential concern [...] would express is that it might not be so easy for a new entrant into the trading services market to get fair access to the incumbent CCP and/or settlement services provider. Our potential fear is somewhat allayed by the fact that the

¹⁰⁵ CHARLIE MCCREEVY, European Commissioner for Internal Market and Services, Clearing and settlement: The way forward, Economic and Monetary Affairs Committee of the European Parliament, Brussels, 11 July 2006, Speech/06/450.

¹⁰⁶ Hierzu äusserte sich Kommissionsmitglied MCCREEVY, zuständig für Binnenmarkt und Dienstleistungen, wie folgt: "Der neue Verhaltenskodex zeigt, dass die Clearing- und Abwicklungsbranche sich eindeutig zu Transparenz, Interoperabilität und Wettbewerb bekennt. Es handelt sich hier um einen wichtigen ersten Schritt. Die Branche muss nun den Kodex in angemessener Weise umsetzen und die verbleibenden Markthindernisse beseitigen. Alle Beteiligten – die Kommission, die Mitgliedstaaten, die Infrastrukturanbieter und die Nutzer – müssen zusammenarbeiten, damit in der EU effiziente und sichere Nachhandelsmärkte entstehen.", vgl. Speech/06/659.

¹⁰⁷ Vgl. MC CREEVY, Speech/06/659.

merged entities are signatories to the Code of Conduct on Clearing and Settlement which is aimed at ensuring that fair access and interoperability links are granted according to transparent criteria."¹⁰⁸

"We are pleased to note that SWX and SIS are signatories to the voluntary Code of Conduct on Clearing and Settlement. We believe that the commitments entered into by all signatories of the Code will go a long way to ensure that other market operators can request access to, and interoperability with, each other as a result of the Access and Interoperability Guidelines. We believe that the potential restrictions on access and requests for interoperability posed by a vertically integrated organisation are very much more limited in this context. We note, however, that it is still too early to make a full assessment of the impact of the Code given that the Guidelines were only finalised and signed in June 2007."¹⁰⁹

*"Compliance with the Code will facilitate competition between service providers, even if a vertically integrated value chain exists"*¹¹⁰

"As a result of the code even if a trading platform has incumbent clearing and settlement service providers, other providers will be able to interoperate with the in-

cumbe providers and effectively compete for the clearing and settlement flow."¹¹¹

236. Die Parteien haben den CoC freiwillig unterzeichnet und bisher auch eingehalten. Sie haben sich auch gegenüber den Medien und der Öffentlichkeit mehrmals zum CoC und zu einer offenen Architektur bekannt. Die Statuierung des CoC als Auflage erscheint vor diesem Hintergrund als verhältnismässig, sichert er doch einzig für die Zukunft, dass sich die Parteien an ihre heutigen Bekenntnisse halten müssen. Zu berücksichtigen gilt es dabei, dass aufgrund des Umstandes, dass der CoC durch die Branchenorganisationen entworfen wurde, die Gefahr von Fehlregulierungen eingeschränkt ist. Zudem muss der CoC auch durch sämtliche europäischen Wettbewerber eingehalten werden (was durch die EU-Kommission auch überwacht wird). Dies führt dazu, dass die Parteien durch eine Verpflichtung auf den CoC gegenüber ihren Konkurrenten nicht schlechter gestellt werden (Level Playing Field).

237. Die Parteien haben ihr Einverständnis zu folgenden Verhaltensaufgaben gegeben, bei welchen das Kernelement die Einhaltung des Code of Conduct ist. Dabei haben Sie folgende Erklärung abgegeben:

¹⁰⁸ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 4.

¹⁰⁹ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 4.

¹¹⁰ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 20.

¹¹¹ [...], Antwort auf Auskunftsbegehren, S. 19.

Präambel

SWX Swiss Exchange, virt-x Exchange Ltd., SIS x-clear AG und SIS SegalInterSettle AG (die "Parteien") haben den European Code of Conduct for Clearing and Settlement vom 7. November 2006 ("Code of Conduct") sowie die Access and Interoperability Guideline vom 28. Juni 2007 unterzeichnet.

Im Bestreben, allfällige Bedenken auszuräumen, wonach durch den Zusammenschluss im Bereich Trading, Clearing und Settlement von an der SWX Swiss Exchange gehandelten Schweizer Aktien (Small und Mid Caps) eine vertikale Struktur geschaffen werden könnte, die Foreclosure ermöglichen könnte, und um zu diesem Zweck im Trading, Clearing und Settlement von an der SWX Swiss Exchange gehandelten Schweizer Aktien (Small und Mid Caps) (i) Interoperabilität, (ii) einen offenen und nichtdiskriminierenden Zugang zu den jeweiligen Dienstleistungen, (iii) die Wahlfreiheit der Teilnehmer, (iv) Unbundling sowie (v) Preistransparenz sicher zu stellen,

machen die Parteien folgende Zusagen für

Auflagen:

1. Die Parteien verpflichten sich, den Code of Conduct und dessen ausführende Leitlinien (wie die Access and Interoperability Guideline vom 28. Juni 2007) in der jeweils geltenden Fassung einzuhalten. Dies gilt auch für den Fall, dass der Geltungsbereich des Code of Conduct auf andere Effekten als Aktien ausgedehnt wird.

2. Die Auflagen gelten für unbestimmte Dauer. Die Parteien können jederzeit bei wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse die Änderung sowie die teilweise oder gänzliche Aufhebung der Auflagen beantragen. Die Wettbewerbskommission entscheidet unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse wie etwa regulatorische Rahmenbedingungen, ob die Auflagen teilweise oder gänzlich aufgehoben werden.

Unabhängig von Ziffer 2 Absatz 1 entscheidet die Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse spätestens vor Ablauf von 10 Jahren, d.h. am 12. Oktober 2017, auf Antrag der Parteien, ob die Auflagen aufgehoben oder beibehalten werden. Werden die Auflagen nach 10 Jahren nicht oder nicht vollständig aufgehoben, entscheidet die Wettbewerbskommission, auf Antrag der Parteien, vor Ablauf von jeweils fünf Jahren unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse, ob die Auflagen ganz oder teilweise aufgehoben oder beibehalten werden.

3. Unabhängig von Ziffer 2 haben die Parteien das Recht, die Änderung sowie die teilweise oder gänzliche Aufhebung der Auflagen zu verlangen, wenn deren Einhaltung den Parteien nicht zugemutet werden kann, beispielsweise können bei Nichteinhaltung der Reziprozität durch einen Marktteilnehmer die Auflagen bezüglich diesem Marktteilnehmer für so lange ausser Kraft gesetzt werden, wie dieser selbst den Code of Conduct nicht einhält. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass zuvor die Instrumente und Möglichkeiten des Code of Conduct zur Streitbeilegung ausgeschöpft wurden.

4. Sollte der Code of Conduct aufgehoben werden, werden die Parteien und die Wettbewerbskommission für die Bereiche Trading, Clearing und Settlement von an der SWX Swiss Exchange gehandelten Schweizer Aktien (Small und Mid Caps) in guten Treuen Auflagen aushandeln, die wirtschaftlich dem bis dahin gültigen Regelwerk des Code of Conduct möglichst nahe kommen. Die Wettbewerbskommission und die Parteien werden dabei die regulatorischen Rahmenbedingungen in der Schweiz und dem Europäischen Wirtschaftsraum (wie z.B. die dann möglicherweise im Bereich von Trading, Clearing und Settlement geltenden Richtlinien) soweit wie möglich berücksichtigen.

238. Es gilt bezüglich der Auflagen auf einige wesentliche Punkte hinzuweisen:

- Der Verweis auf den CoC erfolgt dynamisch ("in der jeweils geltenden Fassung") und umfasst auch ausführende Leitlinien. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil der CoC erst vor kurzem unterzeichnet worden ist und Veränderungen des CoC aufgrund der Praxiserfahrungen nicht ausgeschlossen sind. Insbesondere gilt es zu beachten, dass die EU eine Ausdehnung des CoC auf weitere Effekten wünscht. Sollte diese Ausdehnung kommen, so wird sie auch Bestandteil der Auflagen.

- Die Auflagen gelten für unbestimmte Dauer: die Auflagen entfallen nicht automatisch nach einer bestimmten Zeitdauer. Nach 10 Jahren entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag der Parteien über die Beibehaltung oder Aufhebung der Auflagen. Diese lange Frist rechtfertigt sich deshalb, weil die Umsetzung des CoC auf europäischer Ebene erst am Anfang steht.

- Aufgrund des dynamischen Verweises und der grundsätzlich unbeschränkten Dauer sind "Escape Clauses" vorgesehen, falls sich die Wettbewerbsverhältnisse wesentlich ändern oder die Einhaltung einer Partei nicht zugemutet werden kann. In jedem Fall befindet aber die Wettbewerbskommission darüber, ob die Auflagen ganz oder teilweise aufgehoben oder vorübergehend ausser Kraft gesetzt werden. Zu erinnern ist dabei, dass die Revision aufgrund wesentlichen Änderungen der Verhältnisse einem allgemeinen Prinzip des Verwaltungsrechts entspricht, welches auch in Art. 30 Abs. 3 KG festgehalten wird (im Übrigen kann gemäss Art. 30 Abs. 3 KG der Widerruf einer Verfügung der Wettbewerbskommission auch auf Antrag des Sekretariates erfolgen).

- Der Wegfall des CoC ist allenfalls dann denkbar, wenn sich die Europäische Kommission dazu entschliesst, doch noch eine hoheitliche Regulierung zu erlassen, welche den CoC obsolet macht. In diesem Fall müssten die Auflagen neu ausgehandelt werden, wobei beispielsweise eine neue EU-Regulierung berücksichtigt werden könnte.

239. Die Kontrolle der Umsetzung der Auflagen und insofern des CoC erfolgt weitgehend durch die Marktteilnehmer selbst: es ist zu erwarten, dass der von einer Verletzung des CoC und damit einer Verletzung der Auflagen betroffene Marktteilnehmer an die Wettbewerbskommission gelangen wird. Allerdings sollten dabei zunächst die durch den CoC vorgesehenen Instrumente und Möglichkeiten zur Streitbeilegung ausgeschöpft werden.

B.5.6 Ergebnis

240. Mit den Auflagen entfallen die Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bewirken könnte. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

C KOSTEN

241. Gemäss Art. 53a Bst. b KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c Gebührenverordnung (GebV-KG) erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32 ff. KG. Laut Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

242. Für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG erhebt das Sekretariat statt der Gebühr nach Zeitaufwand eine Pauschalgebühr von CHF 5000.-- (Art. 4 Abs. 3 GebV-KG). In der vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG bemisst sich die Gebühr hingegen nach dem Zeitaufwand, wobei in Abhängigkeit der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des Personals ein Stundenansatz von CHF 100–400.- zur Anwendung kommt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

243. Die vorläufige Prüfung dient – als Vorstufe der vertieften Prüfung – der Abklärung, ob Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen und deshalb ein Prüfungsverfahren durchzuführen ist (Art. 10 Abs. 1 KG). Im vorliegenden Fall wird im Interesse und auf Wunsch der Parteien auf die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens verzichtet, obwohl die Voraussetzungen hierfür grundsätzlich gegeben sind. Durch die verfügten Auflagen konnten die Bedenken der Wettbewerbskommission ausgeräumt werden.

244. Der Abschluss einer vorläufigen Prüfung durch eine ausführlich begründete Verfügung mit Auflagen stellt einen Ausnahmefall dar. In der Regel wird in diesen Fällen eine vertiefte Prüfung durchgeführt. In dieser Konstellation ist die Anwendung von Art. 4 Abs. 3 GebV-KG nicht sachgerecht. Das Sekretariat hat bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung Untersuchungsmassnahmen durchgeführt, welche gemäss der Systematik des Gesetzes erst im Rahmen der vertieften Prüfung vorgenommen werden. Aufgrund des vorliegend angefallenen Aufwandes, der mit demjenigen in einer vertieften Prüfung vergleichbar ist, rechtfertigt es sich, dass vorliegend die Gebührenerhebung nach dem Zeitaufwand zur Anwendung gelangt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dies entspricht auch der Praxis der Wettbewerbskommission in den bisherigen Fällen¹¹².

245. Dieses Ergebnis lässt sich im Übrigen auch aus Art. 5 Bst. b GebV-KG ableiten, wonach der Wettbewerbskommission und dem Sekretariat neben dem Aufwand nach Art. 4 GebV-KG, Kosten, die durch besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zusätzlich zu erstatten sind.

246. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter ist vorliegend ein Stundenansatz von CHF 200.- anwendbar. Die aufgewendete Zeit beträgt [...] Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF[...].

247. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter folgenden Auflagen zugelassen:

¹¹² Vgl. RPW 2003/2, S. 366, Rz. 158 ff.; RPW 2001/2, S. 340.

a. Die Parteien werden dazu verpflichtet, den Code of Conduct und dessen ausführende Leitlinien (wie die Access and Interoperability Guideline vom 28. Juni 2007) in der jeweils geltenden Fassung einzuhalten. Dies gilt auch für den Fall, dass der Geltungsbereich des Code of Conduct auf andere Effekten als Aktien ausgedehnt wird.

b. Die Auflagen gelten für unbestimmte Dauer. Die Parteien können jederzeit bei wesentlichen Veränderungen der Verhältnisse die Änderung sowie die teilweise oder gänzliche Aufhebung der Auflagen beantragen. Die Wettbewerbskommission entscheidet unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse wie etwa regulatorische Rahmenbedingungen, ob die Auflagen teilweise oder gänzlich aufgehoben werden.

c. Unabhängig von Bst. b entscheidet die Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse spätestens vor Ablauf von 10 Jahren, d.h. am 12. Oktober 2017, auf Antrag der Parteien, ob die Auflagen aufgehoben oder beibehalten werden. Werden die Auflagen nach 10 Jahren nicht oder nicht vollständig aufgehoben, entscheidet die Wettbewerbskommission, auf Antrag der Parteien, vor Ablauf von jeweils fünf Jahren unter Berücksichtigung der dannzumaligen Marktbedingungen und sonstigen Marktverhältnisse, ob die Auflagen ganz oder teilweise aufgehoben oder beibehalten werden.

d. Unabhängig von Bst. b und c haben die Parteien das Recht, die Änderung sowie die teilweise oder

gänzliche Aufhebung der Auflagen zu verlangen, wenn deren Einhaltung den Parteien nicht zugemutet werden kann, beispielsweise können bei Nichteinhaltung der Reziprozität durch einen Marktteilnehmer die Auflagen bezüglich diesem Marktteilnehmer für so lange ausser Kraft gesetzt werden, wie dieser selbst den Code of Conduct nicht einhält. Voraussetzung ist in diesem Fall, dass zuvor die Instrumente und Möglichkeiten des Code of Conduct zur Streitbeilegung ausgeschöpft wurden.

e. Sollte der Code of Conduct aufgehoben werden, werden die Parteien und die Wettbewerbskommission für die Bereiche Trading, Clearing und Settlement von an der SWX Swiss Exchange gehandelten Schweizer Aktien (Small und Mid Caps) in guten Treuen Auflagen aushandeln, die wirtschaftlich dem bis dahin gültigen Regelwerk des Code of Conduct möglichst nahe kommen. Die Wettbewerbskommission und die Parteien werden dabei die regulatorischen Rahmenbedingungen in der Schweiz und dem Europäischen Wirtschaftsraum (wie z.B. die dann möglicherweise im Bereich von Trading, Clearing und Settlement geltenden Richtlinien) soweit wie möglich berücksichtigen.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.

3. [Kosten]

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

Anhang 1: European Code of Conduct for Clearing and Settlement

7 November 2006

I. Preliminary observations

1. The undersigning Organisations ("Organisations") provide trading and/or post-trading services. It is the common objective of the Organisations signing this Code to establish a strong European capital market and to allow investors the choice to trade any European security - within a consistent, coherent and efficient European framework. The ultimate aim is to offer market participants the freedom to choose their preferred provider of services separately at each layer of the transaction chain (trading, clearing and settlement) and to make the concept of "crossborder" redundant for transactions between EU Member States. The Organisations are represented by the Federation of European Securities Exchanges (FESE), the European Association of Central Counterparty Clearing Houses (EACH) and the European Central Securities Depositories Association (ECSDA).

2. The Organisations are committed to the goal of greater efficiency and integration in Europe. To this end, they will comply with the present Code of Conduct ("Code") as a voluntary self-commitment and will adhere to a number of principles on the provision of post-trading services for cash equities. Some of the Organisations understand that they may need supervisory approval before signing the Code and or implementing some of its measures.

3. To reach these objectives, the Organisations welcome the transparency of prices, the freedom of choice for traders, the improvement of open and transparent access to posttrading services with a view to achieving greater interoperability. In addition, upon signature of this Code, the Organisations envisage setting up a joint project office to assist the Organisations in implementing the Code.

4. The Organisations understand that the Commission is considering proposing to the Organisations the further extension of the Code once it has entered into force. The Organisations will then consider the extension of the self-regulatory approach to other asset classes and service providers, as well as any differing provisions of the Code which may apply to such asset classes and service providers. This review will take place at the time of implementation of the MiFID (Markets in Financial Instruments Directive). Prior to any such review, Organisations may apply all, or some, of the provisions of the Code to other instruments if they so choose.

The Organisations are willing to initiate a phased implementation of this Code of Conduct, as follows:

- Applying price transparency, following the principles as specified in Section III by 31st December 2006.
- Establishing access and interoperability conditions by 30th June 2007, according to the principles set out in Section IV.

- Unbundling services and implementing accounting separation, as outlined in principles specified in Section V as of 1st January 2008.

5. The Organisations share the objectives of this Code with the European Commission, the European System of Central Banks (ESCB) and other national central banks, the Committee of European Securities Regulators (CESR), national governments and regulators, and market participants. The Organisations are convinced that a joint effort is required to achieve the objectives outlined in the Code. A series of initiatives have already been undertaken toward these goals. The Organisations understand that the Commission is aware of the TARGET2-Securities initiative and will assess its impact on the Code. On behalf of the European Commission, the Giovannini Group identified 15 technical, legal and tax barriers as the main causes of the remaining inefficiencies and fragmentation of European capital markets. The industry significantly contributed to identifying these barriers in a consultation process launched by the European Commission in 2002 and are actively engaged in eliminating them. They also underline that a precondition for obtaining full interoperability in the provision of cross-border posttrading services is the dismantling of the remaining Giovannini barriers. Therefore they call on European and national authorities to continue to work toward elimination of legal and tax barriers and encourage supervisory convergence to fully exploit the potential from this Code.

II. Scope of the Code of Conduct

6. This Code is a voluntary self-commitment by the undersigning Organisations. It covers post-trading activities in cash equities in Europe. It comprises the provision of the following services:

- Clearing and central counterparty ("CCP") clearing services by clearing houses, CCPs and potentially also central securities depositories ("CSD").
- Settlement and custody services by parties offering issuer CSD services.
- Some of the elements of the Code also naturally apply to trading activities.
- Insofar as elements of this Code apply to trading and post-trading activities, all providers carrying out similar activities, irrespective of whether or not these are operated by the undersigning Organisations, should in principle adhere to the Code in order to ensure a level playing field across all market providers.

III. Price Transparency

Objectives

7. The Organisations believe that price transparency is an essential requirement for the integration of European capital markets and welcome measures in this direction. In order to further support ongoing individual efforts to increase pricing transparency, the Organisations agree on the following objectives:

- to enable customers to understand the services they will be provided with, and to understand the prices they will have to pay for these services, including discount schemes.

- to facilitate the comparison of prices and services, and to enable customers to reconcile ex-post billing of their business flow against the published prices and the services provided.

Scope

8. The following principles shall apply to all Organisations and all prices that they charge, including inter alia:

- One-time and periodic fees (e.g. for membership, connectivity and set up),
- Prices of transaction-related services (e.g., for trading, clearing and settlement),
- Prices of custody services, and
- Prices of additional services to customers.

Proposed measures regarding publication - identification of the services provided and generally applicable prices

9. Every Organisation agrees to the publication of:

- All offered services and their respective prices including applicable terms and conditions,
- All Discount and Rebate Schemes and the applicable eligibility criteria, and
- Examples that explain prices, as well as Discount and Rebates Schemes for different types of customers or customer groups.
- All information will be made available at a prominent place on the Organisations' websites.

Prices and services

10. The published price lists shall contain all services and prices, a brief description of each service, and the relevant price basis. All Organisations agree to apply the published price list.

Discount and Rebate Schemes

11. For the purposes of this document, discounts mean price reductions applicable ex ante to published prices ("Discounts").

12. Rebates mean price reductions which apply ex post to the cumulative amount invoiced or paid in a certain time period ("Rebates"). As these could be subject to Board approval by the different Organisations ex post, it may not be possible to stipulate the exact amounts or percentages applicable in advance. However, the existence of such regimes should be published in advance and the relevant financials published once Board approval has been granted.

Criteria for access to Discounts and Rebates

13. Price reductions applicable to any customer fulfilling specifically defined criteria ("Discount and Rebate Schemes") shall be published together with the respective price lists and applicable eligibility criteria. The Organisations will upon request provide information about how such Discount and Rebate Schemes apply to customers.

Price Examples

14. Organisations shall publish price examples that facilitate the comparison of offers and allow customers to anticipate the price they will have to pay for the use of services. These examples shall comprise the total charges a customer will have to pay to the Organisation in order to obtain a service (e.g., including the variable charges for conducting a typical transaction on the respective systems, including charges for services and activities necessarily related to this transaction, as well as total charges for becoming and remaining a customer).

Price Comparability

15. The Organizations are committed to work on further comparability of prices within each layer of the value chain.

16. By 1st January 2007, the price transparency measures described above will allow users to compare prices on an individual basis.

17. The European Commission has announced that it will conduct a study of post-trade prices. The Organisations appreciate objective and transparent means of price comparisons, and are therefore committed to contribute to the success of this study. The Organisations should actively cooperate with, and support, the external study on prices launched by the Commission.

Billing reconcilability

18. Ex post: Information will be provided so that customers are able to reconcile their actual bills with their activity and the published price lists for the services provided. Together with the invoice, Organisations shall upon request provide information to their customers that allow the reconciliation of the invoiced amount with the published price lists and the services provided, including:

- A breakdown of the total amount invoiced for services provided, and
- The amount or volume of the respective underlying price basis (e.g., number of order entries, number of trades, trading volume, number of cleared trades, number of settlement instructions).

IV. Access & Interoperability

Background

19. MiFID already gives some access rights in the post-trade area to regulated markets and to investment firms, and this Code is not intended to contradict any of those rights. In particular, MiFID in Articles 34 and 46 grants certain access rights:

- The right of a market participant to access remotely a foreign CCP and/or CSD
- The right of market participants to choose the settlement location for their trades (but not the Central Counterparty Clearing one) provided links are in place between the regulated market and the entity in question;
- The right of regulated markets to choose a particular CCP and/or CSD to clear and settle their transactions.

General considerations

20. The Code addresses the effective extension of these principles to additional relations in the clearing and settlement sector, addressing mainly the relationships between infrastructures.

21. Organisations from a Member State should be able to access Organisations in the same or another Member State and the responding Organisations should provide such access in line with the Access conditions and procedures described in this section.

22. More specifically:

- CCPs should be able to access other CCPs
- CCPs should be able to access CSDs
 - CSDs should be able to access other CSDs
- CCPs and CSDs should be able to access transaction feeds from trading venues
- CSDs should be able to access transaction feeds from CCPs
- A trading venue should be able to access a CSD and/or CCP for its post-trading activities.

Access and Interoperability

23. For the purposes of this Code, the terms "access" is understood to mean the following:

i. An Organisation (CCP or CSD) is a standard participant in another Organisation ("standard unilateral access");

ii. An Organisation (CCP or CSD) is a participant in another Organisation but, in addition, certain parts of the service offering to the requesting entity are customised ("customised unilateral access");

iii. Access by an Organisation (CCP or CSD) to a transaction feed from another Organisation ("transaction feed access").

24. "Interoperability" means advanced forms of relationships amongst Organisations where an Organisation is not generally connecting to existing standard service offerings of the other Organisations but where Organisations agree to establish customised solutions. Amongst its objectives, Interoperability will aim to provide a service to the customers such that they have choice of service provider. Such agreement will require Organisations to incur additional technical development.

Access conditions and procedure

25. Requests for access will be dependent upon considerations relating to the business case only of the requesting Organisation.

26. Standard unilateral access and transaction feed access shall be provided on a non-discriminatory price basis; any customised component of a unilateral access or transaction feed access should be paid for by the Organisation requesting access on a cost-plus basis unless otherwise agreed between the parties.

27. Access should be granted on the basis of non-discriminatory, transparent criteria and prices.

28. Requests for access should be treated expeditiously.

29. The process under which access requests are to be treated should be publicly available.

30. Refusals of access should only be based on risk related criteria or exemptions to access rights as detailed in MiFID. They should be explained in writing and communicated to the requesting Organisation promptly.

31. In case of disputes, the undersigning Organisations undertake to settle the dispute expeditiously.

32. In the event of a potential dispute, a mediation mechanism will be set up.

33. An Organisation requesting access to another Organisation should, in principle, comply with the legal, fiscal and regulatory arrangements applicable to the receiving Organisation.

Interoperability conditions and procedure

34. Establishment of Interoperability is subject to the business case of the entities concerned and on proper risk control.

35. To achieve such an optimized design both Organisations seeking interoperability, with the involvement of relevant stakeholders and the respective regulators in particular, need to have discretion in the design of the Interoperability relationship and not be limited in their solutions.

36. Against this background, the Organisations seeking Interoperability commit to the following:

- Any Organisation receiving a proposal for Interoperability will expeditiously enter into discussions with the proposing Organisation about the most appropriate design and procedures for establishing such an Interoperability relationship.

- They will conduct these discussions and negotiations in good faith and will avoid any undue delay.

- Organisations will consider appointing a mediator to facilitate these discussions and negotiations and to support the resolution of conflicts between Organisations.

37. An Organisation requesting access to another Organisation should, in principle, comply with the legal, fiscal and regulatory arrangements applicable to the receiving Organisation. To the extent that the proposed Interoperability arrangement requires either organisation to access the other, that Organisation should, in principle, comply with the legal, fiscal and regulatory arrangements applicable to the other Organisation.

V. Service unbundling and accounting separation

Objectives

38. The Organisations regard service unbundling and accounting separation as important levers to further strengthen the transparency and efficiency of European capital markets. Service unbundling gives customers flexibility when choosing which services to purchase; accounting separation provides relevant information on the services provided. These measures are designed:

- To make transparent the relation between revenues and costs of different services in order to facilitate competition,
- To make transparent potential cross-subsidies between the different services as described in paragraph 40, and
- To provide users with choice regarding the services available to purchase.

Principles

39. Organisations shall unbundle prices and services at least as follows

- (i) The services of trading venues, CCPs and CSDs will be unbundled from each other.
- (ii) Each CSD will unbundle the following services each from the other:
 - a. Account provision, establishing securities in book entry form, and asset servicing;
 - b. Clearing and settlement (including verification);
 - c. Credit provision;
 - d. Securities lending and borrowing; and
 - e. Collateral management.

Unbundling of prices

40. Unbundling means that:

- a. The Organisations will allow any customer to purchase an unbundled service without compelling that customer to purchase also another unbundled service and
- b. Each unbundled service will be available at a price applicable to this service.

41. Unbundling does not preclude Organisations offering special prices for the purchase of several unbundled services together, with each service available at a separate price. And any such special prices shall meet the Price Transparency elements of the Code set out in Section III.

Accounting separation

42. Any group that includes one or more trading venue, CCP or CSD shall disclose to the National Regulators the annual non-consolidated accounts separately upon request from the National Regulator. Organisations which offer trading, clearing and/or settlement services in a single corporate structure shall disclose to the National Regulators the costs and revenues of these ser-

vices separately upon request from the National Regulator.

43. Each Organisation shall disclose to the National Regulators its costs and revenues for each unbundled service, as outlined in paragraph 40, in order to make transparent potential cross-subsidies. Organisations will apply the relevant IFRS standards or any other relevant local standards, where IFRS is not mandatory.

Monitoring and cooperation with ad-hoc committee convened by the European Commission

44. The Organisations will task their external auditors, or another external auditor of the Organisation's choice, to verify their compliance with the Code.

45. It is the Organisations' understanding that the European Commission aims to establish an ad-hoc committee (the "Committee"), comprising DG COMP and DG ECFIN and other public sector interlocutors to liaise with the auditing process. The Organisations are committed to ensure adequate monitoring of compliance with the Code and are ready to engage in further discussions on the exact mission statement of this ad-hoc Committee, on the access to confidential data and on how the Committee will interact with national authorities and regulators, CESAME and market participants.

46. It is understood any information communicated to the Committee will be treated confidentially.

Miscellaneous - Status of the Code

47. This Code is a measure of mutual trust and voluntary in nature. However, the provisions of this Code shall not grant any legal rights to, or duties for, the Organisations signing this Code or third parties. The Organisations are currently discussing industry definitions in a broader context. As this alignment process is still underway, the Organisations agree to treat all definitions contained in this document as preliminary, and applicable only for purposes of this document, until a consensus at a general level has been reached.

Links:

http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf

oder

http://www.fese.be/_lib/files/European_Code_of_Conduct_for_Clearing_and_Settlement.pdf

Anhang 2: Access and Interoperability Guideline

Links: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/guideline_en.pdf

oder

<http://www.fese.be/lib/files/AccessInteroperabilityGuideline.pdf>

Anhang 3: Glossar

Blue chips		Die grössten und für gewöhnlich liquidesten an einer Börse gehandelte Aktienwerte
Bond	Anleihe	Schuldverschreibung zur Aufnahme von Fremdkapital durch Ausgabe von (meist fest verzinslichen) Wertpapieren mit einer mittel- bis langfristigen Laufzeit. Auch: Obligation (in der Schweiz), Rentenpapier (in Deutschland).
Central Counter Party (CCP)	Zentrale Gegenpartei	Die Clearing-Stelle kann als zentrale Gegenpartei auf dem Markt auftreten und für beide am Börsengeschäft beteiligten Parteien als Vertragspartner zur Verfügung stehen. Die Clearingstelle tritt dann als Intermediär in die Vertragsbeziehung zwischen Käufer und Verkäufer ein und schliesst Verträge sowohl mit dem Käufer als auch mit dem Verkäufer ab, sog. Novation. Die Hauptaufgaben eines CCP sind: Übernahme des Gegenparteirisiko, Post-Trade-Anonymität, Settlement Netting und Risk Management. An der SWX wurde auf September 2007 SIS x-clear als CCP neu eingeführt.
Central Securities Depository (CSD)	Zentralverwahrer	Beim Zentralverwahrer handelt es sich um eine Gesellschaft, welche die Wertpapiere verwahrt und verwaltet und die Abwicklung von Wertpapiertransaktionen (wie die Übertragung von Wertpapieren von einer Partei auf eine andere) in Form von Bucheinträgen ermöglicht.
Clearing	Abrechnung	Unter Clearing im Wertschriftenhandel wird der Prozess zwischen dem Handel und Abwicklung (Settlement) verstanden. Dabei werden die Positionen zwischen den Parteien abgeglichen, bevor die endgültigen Lieferverbindlichkeiten festgestellt sind.
Custody	Verwahrung	Die Verwahrung von Wertpapieren umfasst die sichere Aufbewahrung von Vermögenswerten und deren Verwaltung im Auftrag der Investoren. Die meisten zentralen Abwicklungsstellen bieten die Aufbewahrung von Wertschriften an, da selbstredend grosse Verbundvorteile mit der Abwicklung bestehen. Der CSD trägt die Titel auf den Namen des Intermediärs (Bank) und nicht auf den Namen des Endkunden ein. Die Verwaltung der Wertschriftenbestände der Endkunden wird hingegen primär von gesonderten Verwahrungsstellen (Custodians) vorgenommen.
Exchange Traded Funds (ETF)	Exchange Traded Funds	Börsengehandelte Anlagefonds, bei denen die nur für Grossanleger attraktive Ausgabe und Rücknahme von Anteilen gegenüber dem Börsenhandel dieser Anteile in den Hintergrund treten. ETFs replizieren einen Index und besitzen als besondere Charakteristika eine unbeschränkte Laufzeit; sie können - dies im Gegensatz zu den klassischen Anlagefonds - während den Börsenzeiten permanent wie Aktien gehandelt werden. Wie bei jedem Anlagefonds wird der Net Asset Value (NAV) täglich aufgrund der Aktienschlusskurse neu berechnet. Darüber hinaus gibt es - wiederum im Gegensatz zu den klassischen Anlagefonds - einen Börsenkurs, welcher alle 15 Sekunden neu berechnet wird.
Initial Public Offering (IPO)	Börsengang	Unter Initial Public Offering versteht man das erstmaligen Angebot von Aktien auf dem organisierten Kapitalmarkt.
Interoperability	Interoperabilität	Unter Interoperabilität ist die gegenseitige, nahtlose Nutzung von Informationen zwischen verschiedenen Systemen zu verstehen.
Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)	MiFID	Die MiFID soll einen EU-weit integrierten Markt für Wertpapierdienstleistungen schaffen. Die MiFID gilt als Herzstück des EU-Aktionsplans zur Schaffung eines schrankenlosen Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen und als neues Grundgesetz für das Wertpapiergeschäft. In ihrem Herkunftsmitgliedstaat zugelassene Wertpapierfirmen sollen ohne weiteres in jedem anderen EU-Mitgliedstaat ihr Geschäft betreiben können. Ein weiteres Ziel der MiFID ist die wettbewerbsorientierte Regulierung des Verhältnisses unter den EU-Handelsplätzen (Transparenz und Best-Execution-Regeln). Der Betrieb eines alternativen Handelssystems (vgl. MTF) wird als Wertpapierdienstleistung qualifiziert und unterliegt damit den entsprechenden Aufsichtsregeln. Die Marktteilnehmer haben die neuen Vorschriften bis am 1. November 2007 anzuwenden.

Mid and Small caps	Aktien von kleineren und mittleren Unternehmen	Subkategorie des Swiss Performance Indexes (SPI) nach Gesellschaftsgrösse. Der SPI ist der am meisten beachtete Gesamtmarktindex der Schweiz. Die Klassifizierung basiert auf dem von Dow Jones und FTSE entwickelten Klassifizierungsstandard ICB (Industry Classification Benchmark), was den Performance-Vergleich im internationalen Marktumfeld erheblich erleichtert.
Netting	Saldierung	Netting bedeutet, dass jeweils nur die Differenz zwischen Debitoren- und Kreditorenpositionen abgewickelt werden, während bei einer Abwicklung auf Brutto-Basis jede Transaktion einzeln behandelt wird.
OTC-Geschäfte	Ausserbörslicher Handel	Geschäfte, die ausserhalb der Börsenhandelssysteme getätigt werden.
Swiss Euro Clearing Bank (SECB)		Die Swiss Euro Clearing Bank GmbH ist eine in Frankfurt am Main domizilierte Universalbank, die sich auf den Zahlungsverkehr auf alle damit zusammenhängenden Cash- und Collateral-Management-Dienstleistungen spezialisiert hat und über eine Erlaubnis des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen „Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen“ verfügt. Gegründet wurde sie Anfang 1998 durch die Telekurs Holding AG, die Credit Suisse Group und die UBS AG. Im Frühjahr beteiligte sich auch die Schweizerische Post daran.
Settlement	Abwicklung	Unter dem Begriff Settlement ist die Eigentumsübertragung durch Tausch eines Wertpapiers gegen Geld oder andere Vermögenstitel zu verstehen. Normalerweise erfolgt diese durch eine zentrale Verwahrungsstelle, den sog. Central Securities Depository (CSD). Diese Eigentumsübertragung erfolgt entweder durch gleichzeitigen Austausch von Geld und Wertpapier (Delivery versus Payment, DVP) oder durch Lieferung von Wertpapieren ohne Zahlung (Delivery Free of Payment, FOP).
Single European Payment Area (SEPA)	Einheitlicher Europäischer Zahlungsraum	SEPA ist die Vision eines einheitlichen Euro- bzw. Europäischen Zahlungsverkehrsraums und ein weiterer Schritt in Richtung Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. Im SEPA sollen alle Zahlungen hinsichtlich Effizienz, Sicherheit und Kosten wie inländische Zahlungen behandelt werden. Ab 1. Januar 2008 wird SEPA jedes Kreditinstitut, jedes Wirtschaftsunternehmen und jeden Verbraucher betreffen. Schwerpunktmässig in den 12 Euroländern, mittelbar auch in den 25 EU-Mitgliedsländern sowie Island, Norwegen, Liechtenstein und der Schweiz. Die Verwirklichung erfolgt im Rahmen der Selbstregulierung ohne Eingriff des Gesetzgebers durch das europäische Kreditgewerbe.
SMI-Titel		Der SMI (Swiss Market Index) ist als Blue Chip-Index der bedeutendste Aktienindex der Schweiz. Er bildet die maximal 20 liquidesten und grössten Titel aus dem SPI Large und Mid-Cap-Segment ab. Der SMI steht in erster Linie als nicht dividendenkorrigierter Index (Preis-Index) zur Verfügung, wird aber auch als Performance-Index unter der Bezeichnung SMIC (SMI Cum Dividend) publiziert.
SLI-Titel		Der SLI (Swiss Leader Index) enthält die 30 liquidesten und grössten Titel des Schweizerischen Aktienmarktes (inländische Titel) und wurde per 2. Juli 2007 eingeführt.
Spread	Differenz zwischen Verkaufs- und Kaufangebot	Grundsätzlich haben alle Wertpapiere zwei Kurse. Der erste ist der sogenannten Geldkurs, also der Kurs, zu dem ein Wertpapier zum gegenwärtigen Zeitpunkt vom Anleger verkauft werden kann. Dem gegenüber steht der zweite, der sogenannte Briefkurs, zu dem ein Wertpapier vom Anleger zum gegenwärtigen Zeitpunkt gekauft werden kann. In aller Regel ist der Briefkurs höher als der Geldkurs, so dass zum selbe Zeitpunkt ein Basiswert teurer gekauft als verkauft werden kann. Die Differenz zwischen beiden Kursen ist der Spread.
Strukturierte Produkte		Finanzprodukte, die aus derivativen und nichtderivativen Komponenten zusammengesetzt werden und die der Realisierung einer spezifischen Investitionsstrategie dienen.

Turquoise		Turquoise ist ein Projekt zur Gründung einer pan-europäischen multilateralen Handelsplattform (MTF) für Aktien (primär blue-chips) durch sieben grosse Investmentbanken (Citigroup, CS, Deutsche Bank, Goldman Sachs, Merrill Lynch, Morgan Stanley, UBS). Turquoise ist eine Reaktion auf die Einführung der MiFID (vgl. MiFID) und zielt auf mehr Wettbewerb gegenüber den europäischen Bösen ab, mit dem Ziel die Preise im Börsenhandel zu senken.
Warrants	Optionsschein	In einem Wertpapier verbriefte Option, deren Übertragbarkeit dadurch erleichtert wird. Warrants werden von einem Derivathaus begeben und in der Regel an der Börse kotiert.

B 2.3

7. Swisscom/Infonet Schweiz AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 6. November 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. November 2007

A SACHVERHALT

1. Am 23. Oktober 2007 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über vorliegendes Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Swisscom AG (Swisscom) die alleinige Kontrolle über die Infonet Schweiz AG (Infonet) zu erlangen.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Swisscom ist als Muttergesellschaft einer Telekommunikationsgruppe insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig. Wesentliche Teile der "Global Telecommunications Services" (GTS)-Aktivitäten des Swisscom-Konzerns werden heute durch oder unter Beizug von Infonet erbracht. Der Bereich GTS macht für Swisscom einen Anteil von [...] am schweizweiten Gesamtumsatz aus.

3. Die Infonet Services Corporation (ICS; El Segundo, California, USA) ist eine 100%-Tochtergesellschaft der BT-Gruppe und bietet weltweit GTS für MNC an.

4. Infonet ist, nebst der Erbringung diverser Dienstleistungen im Bereich Telekommunikation, insbesondere im Bereich GTS tätig. Darunter werden die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für Unternehmen mit Niederlassungen in verschiedenen Ländern oder auch verschiedenen Kontinenten (sog. Multinational Corporations; MNC) verstanden. Infonet erbringt GTS für MNC mit Sitz in der Schweiz und Liechtenstein, wobei sie nicht über eine eigene Netzinfrastruktur verfügt, sondern die entsprechenden Nutzungsrechte bei Konzerngesellschaften der British Telecommunication plc (BT), Swisscom und Dritten einkauft.

5. Zurzeit ist Infonet ein Gemeinschaftsunternehmen von Swisscom und ICS. ICS ist ihrerseits eine Gesellschaft der BT-Gruppe. Swisscom hält [...], ICS (resp. die BT-Gruppe) [...] der Anteile von Infonet. Die [...]Beteiligung von ICS an Infonet soll durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben an Swisscom veräussert werden und dient der Beendigung der alten Zusammenarbeit unter gleichzeitiger Sicherstellung der Leistungserbringung für die Kunden und der Pflege weiterer Kundenbeziehungen.

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

6. 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

7. 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

8. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über in oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein (vgl. Art. 1 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

9. An Infonet sind zurzeit Swisscom zu [...] und ISC zu [...] beteiligt, wobei durch vorliegendes Zusammenschlussverfahren die Beteiligung von ISC an Swisscom übertragen werden soll.

10. Änderungen in der Qualität der Kontrolle lösen eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 KG aus, sofern die entsprechenden Umsatzschwellen überschritten werden. Unter einer Änderung in der Qualität der Kontrolle versteht man den Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle oder umgekehrt (vgl. BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4 KG, N. 48).

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist aufgrund beschriebener Eigenschaften als Änderung in der Qualität der Kontrolle, nämlich von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle und damit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, insbesondere grundsätzlich auch keine fernmelderechtlichen Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen (vgl. Urteil BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 und Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.). Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde vom meldenden Unternehmen im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

13. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen

auf die Schweiz entfallenen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

14. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Jahr 2006 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Swisscom AG	9'653	9'418
Infonet Schweiz AG	[...]	[...]
Kumuliert	[...]	[...]

15. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Jahr 2006 zwar einen kumulierten weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und einen kumulierten Umsatz in der Schweiz von über CHF 500 Mio. erzielt. Infonet erzielte aber [...], weshalb die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreicht werden. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit aufgrund von Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig.

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

17. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefonmarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt (vgl. RPW 1997/2, S. 174). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat (RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38). Da die Infonet zur Erbringung ihrer Dienstleistungen sich Nutzungsrechte an der Netzinfrastruktur u.a. bei Swisscom einkauft, handelt es sich beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben um einen Markt, welcher dem schweizerischen Telefonmarkt (Netz und Dienste) nachgelagert resp. benachbart ist.

18. Der Zusammenschluss ist deshalb aufgrund Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Von einer sich aus Art. 9 Abs. 4 KG ergebenden Meldepflicht geht auch das meldende Unternehmen aus.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

19. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben,

dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevante Märkte

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

22. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für "Global Telecommunications Services" (GTS). Es handelt sich hierbei um Telekommunikationsdienstleistungen mit dem primären Zweck, eine Vielzahl von sich in verschiedenen Ländern befindlichen Niederlassungen eines Geschäftskunden zu verbinden. Zweckentsprechend sind Nachfrager dieser Dienstleistung vorwiegend multinational tätige Unternehmen (MNC) mit entsprechender Niederlassungsstruktur.

23. Die EU-Kommission hat in ihren Entscheiden MCI-WorldCom/Sprint vom 28. Juni 2000 (Case No. COMP/M.1741), BT/Infonet vom 25. Januar 2005 (Case No. COMP/M.3641) und Verizon/MCI vom 7. Oktober 2005 (Case No. COMP/M.3752) GTS definiert als Telekommunikationsdienstleistungen, die verschiedene Niederlassungen eines Geschäftskunden in unterschiedlichen Ländern miteinander verbinden sollen. Gewöhnlich fragen MNCs, welche in verschiedenen Ländern vertreten sind, diese Art Dienstleistungen nach. Bei den zu erbringenden Dienstleistungen handelt es sich um über blossen Telefon- und Faxverkehr hinausgehende, auf den Kunden zugeschnittene Lösungen für Sprach- und Datenverkehr, virtuelle private Netzwerke oder Ähnliches.

24. In den obengenannten Entscheiden wurde GTS als einheitlicher Markt abgegrenzt. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass die verschiedenen Dienstleistungen als Bündel, welche individuell auf den jeweiligen Kunden zugeschnitten sind, erbracht werden und der sachlich relevante Markt deshalb nicht bezogen auf die einzelnen Dienstleistungen abgegrenzt werden könne. Als weiteres Argument dafür, dass GTS ein eigener Markt darstellt, wurde angeführt, dass die internationale Komponente des GTS-Angebotes ein wesenhaftes Element der GTS sei, welches den entscheidenden Unterschied zu nationalen Telekommunikationsdienstleistungen darstelle. Nicht nur die grenzübergreifenden Netzwerkinfrastrukturen, sondern insbesondere auch das Know-how betreffend Geschäftsbedingungen in anderen Ländern und entsprechende Kontakte seien diesbezüglich zu nennen (vgl. Verizon/MCI, Rz. 49 ff.).

25. Im Ergebnis ist für den Zweck des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung von einem sachlich relevanten Markt auszugehen, welcher GTS umfasst. Auf die Abgrenzung möglicher weiterer relevanter Märkte kann im Rahmen dieser Beurteilung verzichtet werden.

B.4.1.b Räumlich relevante Märkte

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

27. Marktgegenseite sind im vorliegenden Fall die MNC, welche aus der ganzen Welt die GTS nachfragen. Für die MNC ist grundsätzlich irrelevant, in welchem Land bzw. von welchem Kontinent aus die GTS erbracht werden, solange der Anbieter in der Lage ist, alle Niederlassungen der MNC miteinander zu verbinden und die benötigten Dienstleistungen am Ort der Niederlassungen zu erbringen. Insofern können sowohl schweizerische Unternehmen mit ausländischen Anbietern, wie auch ausländische Nachfrager mit schweizerischen Anbietern GTS-Verträge abschliessen.

28. Die EU-Kommission hat in ihren Entscheiden (vgl. Rz. 22) die Frage der räumlichen Abgrenzung offengelassen, hat sich jedoch für einen internationalen Markt ausgesprochen, auch wenn vereinzelt GTS-Anbieter sich auf gewisse regionale Märkte spezialisiert haben (vgl. Verizon/MCI vom 28. Juni 2000 [Case No. COMP/M.1741], Rz. 54 f.). Insgesamt sei von einem internationalen Markt auszugehen, weil die meisten GTS-Anbieter über ein internationales Kundenportfolio verfügen und grundsätzlich die GTS weltweit erbringen können.

29. Auch eine engere Marktabgrenzung auf einen beispielsweise europaweiten Markt ändert nichts an der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

30. Auf die Beschreibung möglicher betroffener Märkte bspw. in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobilfunk oder Breitbandinternet wird verzichtet, da die Märkte der Wettbewerbskommission aus anderen Fällen bekannt

sind. Wie nachfolgend zu zeigen ist, liegt im Bereich des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kein betroffener Markt vor, womit sich eine vertiefte Analyse erübrigt.

31. Wie in den Rz. 26-29 dargelegt, ist von einem weltweiten GTS-Markt auszugehen, weshalb an dieser Stelle geprüft wird, inwiefern sich vorliegender Zusammenschluss auf diesen Markt auswirken könnte.

32. Der Umsatz, den Infonet mit GTS und verwandten Aktivitäten im Geschäftsjahr 2006 erwirtschaftet hat, beträgt insgesamt ca. [...], wobei davon auszugehen ist, dass dieser Betrag auch die [...]. Dieser Umsatz ist in Relation zum Gesamtmarktvolumen des internationalen GTS-Marktes zu setzen, wobei zu beachten ist, dass hierzu unterschiedliche Werte kursieren.

33. Einerseits wird im OVUM Report 2005 von einem Gesamtmarktvolumen von rund CHF 120'000-144'000 Mio. ausgegangen, wobei der Anteil der multinationalen Ausgaben bei CHF 42'000-48'000 Mio. liegen soll. Die im OVUM Report 2005 aufgeführten Zahlen geben allerdings nur eine beschränkte Sichtweise wieder, weil als Grundlage nicht alle GTS-Anbieter miteinbezogen wurden, sondern nur einige der grössten GTS-Anbieter (AT&T, BT, Equant, Global Crossing, MCI, NTT, SingTel und T-Systems). Dies lässt darauf schliessen, dass das Gesamtmarktvolumen im Bereich GTS noch höher ist. Die Grösse des zusätzlichen Volumens ist jedoch unbekannt und im vorliegenden Fall auch nicht relevant, da auch mit vorliegenden Zahlen aufgezeigt werden kann, dass das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich ist. Beruhend auf vorgenannten Zahlen ergibt sich nämlich ein Marktanteil von rund [...].

34. Eine andere Zahl liefert der OVUM Report 2005 in Tabelle 6 (S. 17)¹, wobei auch hier in Rz. 33 erwähnten Ungenauigkeiten in Bezug auf das Gesamtmarktvolumen beachtlich sind. Gemäss diesen Angaben wurde ein Gesamtmarktvolumen von umgerechnet ca. CHF 64'798 Mio. plus der Umsatz von Swisscom/Infonet von [...], total [...] errechnet. Setzt man den Umsatz der Swisscom/Infonet in Relation zu diesem Gesamtmarktvolumen, erhält man vorliegend einen Marktanteil von Swisscom/Infonet von rund [...].

35. Nebst diesem relativ tiefen Marktanteil gilt zu beachten, dass der Bereich GTS ein kompetitiver Markt ist. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass aus Sicht der MNC irrelevant ist, in welchem Land der Vertrag mit einem GTS-Anbieter zustande kommt, solange die nachgefragten Dienstleistungen an den für die MNC relevanten Orten erbracht werden können. Zudem ist ein Wechsel des GTS-Anbieters für den Kunden nicht mit grossen finanziellen Einbussen verbunden (vgl. BT/Infonet, Rz. 16).

36. Für die MNCs ist es weiter kein komplexer Vorgang, Teilleistungen bei unterschiedlichen Anbietern zu beziehen. Vielmehr kann es für einen MNC sogar von Vorteil sein, verschiedene Bedürfnisse von verschiedenen Anbietern abdecken zu lassen, da damit ein Wechsel im

¹ Das Diagramm wurde vermessen und in Geldbeträge umgerechnet und die Beträge gerundet. Aus dem genannten Vorgehen können sich gewisse Ungenauigkeiten ergeben.

Falle von Preiserhöhungen, Leistungsnachlass o.ä. zu diesem GTS-Anbieter vereinfacht wird. Damit verstärkt sich die Verhandlungsposition der MNC gegenüber den GTS-Anbietern und sie sind vermehrt in der Lage, diese Position entsprechend zu nutzen.

37. Beim GTS-Markt handelt es sich tendenziell um einen sog. "bidding market". Es handelt sich hierbei um eine Art Vergabeverfahren, wobei die Nachfrager in einer ersten Phase Offerten verschiedener GTS-Anbieter einholen. Daraufhin werden zwischen 3 bis 5 Anbieter ausgewählt, welche in einer zweiten Phase zu Preisverhandlungen eingeladen werden (vgl. MCIWorldCom/Sprint, Rz. 78 ff.). Dieses Vorgehen führt zu einem hohen Konkurrenzdruck zwischen den unterschiedlichen GTS-Anbietern.

38. Der GTS-Markt differenziert zwischen Anbietern, die alleine globale GTS-Dienstleistungen erbringen können und solchen, welche zwar globale GTS-Dienstleistungen anbieten, nicht jedoch über die nötige Netzinfrastruktur verfügen und sich darum in die Netze Dritter einmieten oder -kaufen müssen. Zu den sog. Global Players gehören insbesondere AT&T, BT, Equant und MCI. Zu den sog. Partner for Global wird Swisscom dazugezählt. Diese Unternehmen müssen als primär national tätige Unternehmen mit einem internationalen Partner zusammenarbeiten, um den MNCs GTS-Leistungen anbieten und erbringen zu können.

39. Swisscom ist damit stark abhängig von den sog. Global Players, da sie ohne die Möglichkeit, sich bei einem von ihnen einzumieten oder einzukaufen, GTS gar nicht

anbieten kann. Die Global Players haben aber nur ein beschränktes Interesse daran, dass die Partner for Global im internationalen Markt erstarken, da sie im GTS-Markt sich als Konkurrenten gegenüber stehen.

40. Insofern ist Swisscom auch dadurch diszipliniert, dass sie auf eigentliche Konkurrenten angewiesen ist, um überhaupt gegen diese Konkurrenten in Wettbewerb treten zu können. Zudem wird davon ausgegangen, dass die sog. Partner for Global insbesondere auf ihrem Heimmarkt in Bezug auf ihre Infrastruktur eine starke Stellung erreichen bzw. erhalten wollen, darüber hinaus aber im Bereich GTS keine Ambitionen hegen (vgl. O-VUM Report 2005, S. 21).

41. Aus obenerwähnten Gründen ist somit ersichtlich, dass der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle über Infonet durch Swisscom nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt und somit von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden kann.

B.4.3 Ergebnis

42. 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 Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

8. Tamedia AG/Espace Media Groupe

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 22. August 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007

A. SACHVERHALT**A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 27. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein. Danach beabsichtigt die Tamedia AG (nachfolgend Tamedia), 80% der Aktien der Espace Media Groupe (nachfolgend Espace) zu übernehmen.

2. Tamedia ist ein schweizerisches Medienunternehmen. Gemäss ihren eigenen Angaben im Kurzprofil unter www.tamedia.ch ist Tamedia die einzige Schweizer Mediengruppe, welche die gesamte Deutschschweiz quer durch alle wesentlichen Mediengattungen abdeckt. Tamedia ist in verschiedenen Bereichen tätig: Zeitungen, Zeitschriften, Elektronische Medien, Radio, TV und Online sowie Druck und Logistik. Im Bereich Zeitungen gibt Tamedia beispielsweise den Tagesanzeiger oder die Sonntagszeitung heraus. Ebenfalls zum Zeitungsbereich von Tamedia gehört die Gratiszeitung 20 Minuten. Ein Produkt von Tamedia im Bereich Zeitschriften ist die Schweizer Familie. Für die Herstellung ihrer Printprodukte führt Tamedia auch Verlags- und Druckunternehmen. Ebenso gehört die Vertriebsorganisation ZUVO zu Tamedia. Neben Tätigkeiten im Printbereich betreibt Tamedia die Radiostationen Radio 24 und Radio Basilisk sowie den Fernsehsender TeleZüri. Schliesslich ergänzt Tamedia ihre Tätigkeitsbereiche mit mehreren Online-Portalen wie zum Beispiel jobwinner.ch oder piazza.ch.

3. Espace ist ebenfalls ein schweizerisches Medienunternehmen. Zu den Tätigkeitsbereichen von Espace gehören alle gängigen Medienformen: Print, Radio, Fernsehen und Internet. Im Bereich Print ist Espace Herausgeberin von Zeitungen, Fachmedien und Tageszeitungen. Zeitungen von Espace sind beispielsweise die Berner Zeitung, Der Bund oder das Solothurner Tagblatt. Als Fachmedien gibt Espace zum Beispiel die Automobil Revue oder Moto Sport Schweiz heraus. Bei den Lokalzeitungen ist Espace beispielsweise mit dem Murtenbieter oder der Bümpliz Woche aktiv. Zu Espace gehören weiter der Radiosender Capital FM und der Fernsehsender Tele Bärn. Im Internet bietet Espace das Portal espace.ch an. espace.ch ist ein Portal zu verschiedenen Themen wie Nachrichten, Sport, Freizeitveranstaltungen und Immobilienmarkt. Espace verfügt wie Tamedia über Druckzentren. An der Zustell- und Vertriebsorganisation BEVO AG (BEVO) ist Espace gemeinsam mit Tamedia

und der Post beteiligt. Inzwischen haben NZZ und Publigruppe ihre Beteiligung am Bund an Espace veräussert. Dieser Umstand ändert jedoch nichts an der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, da der Bund bereits seit dem Zusammenschluss NZZ-Espace-Bund der Espace Media Groupe zugerechnet wird.

A.2 Das Verfahren

4. Am 1. Juni 2007 ging beim Sekretariat ein erster Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben von Tamedia und Espace ein.

5. Das Sekretariat erachtete diesen ersten Meldungsentwurf als unvollständig. Vor allem fehlte die vollständige Angabe und Darstellung aller betroffenen Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Die Unvollständigkeit des Meldungsentwurfs teilte das Sekretariat Tamedia und Espace mit Schreiben vom 15. Juni 2007 mit.

6. Auf diese Zuschrift des Sekretariats unterbreiteten Tamedia und Espace einen schriftlichen Vorschlag, "wie der Meldungsentwurf zweckmässig ergänzt werden könnte". Tamedia und Espace wünschten gleichzeitig eine telefonische Besprechung über das weitere Vorgehen.

7. Diese telefonische Besprechung fand am 25. Juni 2007 statt. Anlässlich der telefonischen Besprechung vereinbarten das Sekretariat und Tamedia sowie Espace die Einreichung eines zweiten Meldungsentwurfs ohne Erleichterungen gegenüber Art. 11 VKU. Ausnahme bildete die Vereinbarung, die Grossräume Zürich und Ostschweiz anstelle der entsprechenden einzelnen WEMF-Gebiete darzustellen.

8. Am 11. Juli 2007 reichten die Parteien die Meldung ein.

9. Das Sekretariat befragte mit Fragebogen vom 17. Juli 2007 Mediaagenturen, Verlagshäuser, Anbieter von Internetportalen und Medienwissenschaftler.

10. Das Sekretariat erklärte am 23. Juli 2007 die Unvollständigkeit der Meldung vom 10. Juli 2007.

11. Am 27. Juli 2007 reichten die Parteien die vollständige Meldung ein und beantragten, das Zusammenschlussvorhaben sei als unbedenklich zu beurteilen und es sei auf ein Prüfungsverfahren gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) zu verzichten.

12. Mit Datum vom 30. Juli 2007 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und am 31. Juli 2007 erklärte es die Vollständigkeit der Meldung vom 27. Juli 2007 und verlangte weitere Auskünfte gemäss Art. 15 VKU.

13. Die weiteren Auskünfte gemäss Art. 15 VKU trafen am 6. und 7. August 2007 ein. Dabei bestätigte Tamedia, dass sich neben Espace auch Tamedia an die Auflage

halten werde, sich nicht für eine Konzessionsvergabe des Anzeigers Region Bern zu bewerben.

B. ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

14. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Art 4 Abs. 3 KG Bst. b jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Gemäss Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere sein:

- a) Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;
- b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

17. Gemäss Meldung vom 27. Juli 2007 plant Tamedia den Kauf von 80% der Aktien von Espace. Als Gegenleistung erhalten die Espace-Aktionäre einerseits 600'000 Namenaktien von Tamedia. Diese Namenaktien von Tamedia haben einen Nennwert von je CHF 10.-. Tamedia gibt die Namenaktien im Rahmen einer Kapitalerhöhung neu aus. Die Espace-Aktionäre liberieren die Namenaktien mittels Sacheinlage in Form der Espace-Aktien.

18. Nach Vollzug der Transaktion wird Tamedia darüber entscheiden, ob den verbleibenden Aktionären für die restlichen 20% der Espace-Aktien ein Kaufangebot unterbreitet werden soll.

19. Aus rundfunkrechtlichen Gründen werden Tamedia bzw. Espace die Radiosender Radio Basilisk und Radio Canal 3 verkaufen.

20. Tamedia erlangt durch das vorliegende Vorhaben die Kontrolle über ein von ihr bislang unabhängiges Unter-

nehmen. Somit handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

21. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Parteien machten den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG auch nicht geltend.

B.3 Meldepflicht

22. Für Tamedia beträgt der weltweite Umsatz im Jahr 2006 CHF 724.- Mio. Der Meldung zufolge erzielt Tamedia ihren Umsatz praktisch ausschliesslich in der Schweiz. Daher erwirtschaftet Tamedia in der Schweiz im Jahr 2006 einen Umsatz von ungefähr CHF 724.- Mio.

23. Bei Espace macht der weltweite Umsatz im Jahr 2006 CHF 250.- Mio. aus. Wie Tamedia erwirtschaftet Espace ihren Umsatz praktisch ausschliesslich in der Schweiz. Somit beläuft sich der Umsatz in der Schweiz im Jahr 2006 auf ungefähr CHF 250.- Mio.

24. Damit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

25. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko), sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 1 KG).

26. 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

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

28. 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).

29. Gemäss ständiger Praxis unterscheidet die Weko im Medienbereich insbesondere zwischen folgenden Märkten (vgl. Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG, RPW 2004/2, S. 529 ff.; NZZ-Espace-Bund, RPW 4004/2, S. 484 ff.; Edipresse-Corbaz, RPW 2003/1, S. 177 ff.; Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 721 ff.; Mittel-land Zeitung, RPW 2001/3, S. 540 ff.):

- Markt für Zeitungsdruck,
- Markt für Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbepressachen, Bücher),

- Markt für Tageszeitungen, welche sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten (nachfolgend Lesermarkt),
- Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen (nachfolgend Markt für nationale Werbung),
- Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger), (nachfolgend Markt für regionale Werbung),
- Markt für nationale/regionale Radiowerbung,
- Markt für nationale/regionale Fernsehwerbung.

30. Mit dem Zusammenschluss Tamedia-BZ-20 Minuten grenzt die Reko/Wef zudem einen Pendlerzeitungsmarkt ab und nimmt im Bereich der Anzeigenmärkte folgende weitere Unterteilung vor: Anzeigenraum für Firmenwerbung, Raum für Rubrikanzeigen, Raum für Ankündigungsanzeigen (vgl. RPW 2006/2, S. 347 ff, E. 7 und E. 8).

31. Diese sehr engen Marktabgrenzungen rechtfertigen sich auch noch für den vorliegenden Fall. Die Weko lässt es aber angesichts der zunehmenden Elektronisierung des Mediensektors für künftige Medienezusammenschlüsse von nationaler Dimension offen, ob weiterhin so enge Märkte abzugrenzen sind, bei denen pro relevantem Markt häufig nur noch ein starker Wettbewerber verbleibt. Ein anderer Ansatz in der Marktabgrenzung könnte in die Richtung gehen, dass die Medienunternehmen entsprechend ihrer Ausrichtung als Multimediaplattformen erfasst und anschliessend beurteilt werden. Diese Frage wird in zukünftigen Zusammenschlüssen zu prüfen sein.

32. Die Frage, ob und allenfalls wie bezüglich des Bereichs Radio Zuhörer- und bezüglich des Bereichs Fernsehen Zuschauermärkte abzugrenzen sind, wurde bisher nicht entschieden (vgl. Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 724f.) und wurde bisher mit dem Argument offengelassen, dass auf solchen Märkten aufgrund der starken Stellung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) durch die jeweils vorliegenden Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann. Die Möglichkeiten, Informationen über Radio und Fernsehen zu beziehen, wurden bisher unter dem Blickwinkel einer möglichen disziplinierenden Wirkung auf die Anbieter auf dem Lesermarkt berücksichtigt.

33. Analog zur von den Rechtsmittelinstanzen im Fall Tamedia-BZ-20 Minuten gutgeheissenen Abgrenzung eines Lesermarktes beim Gratismedium 20 Minuten rechtfertigt es sich, auch für den Konsum von Internet-Informationen und Zuhörermärkte im Bereich Radio sowie Zuschauermärkte im Bereich Fernsehen, grundsätzlich einen Markt abzugrenzen.

34. Gestützt auf die Tätigkeitsgebiete der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind neben den herkömmlich abzugrenzenden Märkten zusätzlich Märkte für die Frühzustellung von Zeitungen und Märkte für Werbermittlung sowie der Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe abzugrenzen.

35. Inwieweit andere, nicht zum jeweiligen relevanten Markt gehörende Informations- bzw. Werbemöglichkeiten eine disziplinierende Wirkung auf die Anbieter im betreffenden Markt ausüben, wird bei Beurteilung der Wirkung des Zusammenschlussvorhabens ebenfalls geprüft (vgl. auch Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 429, Ziff. 68).

B.4.1.a Lesermärkte

Sachlich relevante Märkte

36. Der sachlich relevante Markt bestimmt sich gemäss Praxis der Weko nach den Charakteristika der Printerzeugnisse der Zusammenschlussparteien.

37. Es sind deshalb gemäss Praxis folgende Lesermärkte abzugrenzen:

- Lesermarkt für Tageszeitungen. Die Marktgegenseite fragt neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse solche über Ereignisse in ihrer Region nach, um so über die Geschehnisse in ihrer näheren und weiteren Umgebung informiert zu sein.

- Markt für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränktem redaktionellen Inhalt (vgl. Edipresse/Le Jura vaudois, RPW 2004/4, S. 1156)

- Markt für Gratisanzeiger

- Markt für Pendlerzeitungen (Vgl. Entscheid Reko/Wef Tamedia-BZ-20 Minuten, RPW 2006/2, E.7)

- Lesermarkt für Printmedien im Bereich Automobil (vgl. Hallwag AG/Büchler Grafino AG, RPW 2001/1, S. 138)

- Lesermarkt für Printmedien im Bereich Motorrad (vgl. Hallwag AG/Büchler Grafino AG, RPW 2001/1, S. 138)

- Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise (Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG, RPW 2003/4, S. 829)

38. Weiter sind, ausgehend von den Printerzeugnissen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, für den Zweck der vorläufigen Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses gemäss WEMF-Klassifikation der Titelgruppen folgende Lesermärkte abzugrenzen:

- Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse,

- Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Landwirtschaft,

- Lesermarkt für TV- und Radio-Zeitschriften (Programm presse),

- Lesermarkt für Sonntagszeitungen,

- Lesermarkt für illustrierte Zeitschriften mit allgemeinen Themen,

- Lesermarkt für Fachpresse im Nutzfahrzeugbereich,

- Lesermarkt für Printmedien im Bereich Eishockey,

- Lesermarkt für Golfplatzführer,

Räumlich relevante Märkte

39. Lesermarkt für Tageszeitungen: Die Marktgegenseite fragt neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse solche über Ereignisse in ihrer Region nach, um so über die Geschehnisse in ihrer näheren und weiteren Umgebung informiert zu sein. Information über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region daher nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in einer anderen Regionen substituierbar. Entsprechend sind die räumlichen Märkte tendenziell eng abzugrenzen. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist daher von räumlich relevanten Märkten auszugehen, welche nicht grösser sind als folgende Gebiete:

- Berner Oberland: Bezirke Oberhasli, Interlaken, Frutigen, Obersimmental, Niedersimmental, Saanen, Thun (WEMF-Wirtschaftsgebiet (WG) 22),
- Solothurn: Bezirke Bucheggberg, Wasseramt, Thal, Wangen, Gäu, Aarewangen, Zofingen, Olten, Gösigen, Lebern (WG 32),
- Berner Seeland: Bezirke Aarberg, Büren, Nidau, Biel, Erlach, Seebezirk (WG 33),
- Berner Mittelland: Bezirke Bern, Burgdorf, Trachselwald, Signau, Konolfingen, Fraubrunnen, Seftigen, Schwarzenburg, Laupen, Sense (WG 34),
- Grossraum Zürich (gemäss Meldung Rz. 49): WG 43 und 24, Bezirke Zuzach, Baden, Bremgarten/Muri (Teile des WG 41), See-Gaster, Einsiedeln, Höfe, March (Teile des WG 27),
- Grossraum Ostschweiz (gemäss Meldung Rz. 49): Kantone Thurgau, beide Appenzell und St. Gallen, ohne Bezirke See-Gaster, Werdenberg, Sarganserland (WG 44 und 26).

40. Markt für bezahlte, nicht täglich erscheinende Lokalzeitungen mit beschränktem redaktionellen Inhalt (vgl. Edipresse/Le Jura vaudois, RPW 2004/4, S. 1156): Diese Printerzeugnisse werden jeweils in beschränkten geografischen Räumen nachgefragt. Die regionale Marktabgrenzung umfasst auch bei diesen Produkten maximal deren Verbreitungsgebiet, wobei sich die Abgrenzung anhand der WEMF-Gebiete im Hinblick auf die Prüfung der Marktstellung rechtfertigt. Im vorliegenden Fall betrifft es das Verteilgebiet des Murtenbieter und Anzeigers von Kerzers, die von Espace herausgegeben werden, d.h. das WG 33 (Berner Seeland).

41. Markt für Gratisanzeiger: Diese Printerzeugnisse werden jeweils in beschränkten geografischen Räumen nachgefragt. Die regionale Marktabgrenzung umfasst auch bei diesen Produkten maximal deren Verbreitungsgebiet, wobei sich die Abgrenzung anhand der WEMF-Gebiete im Hinblick auf die Prüfung der Marktstellung rechtfertigt. Im vorliegenden Fall betrifft es für verschiedene Espace-Produkte das WG 22 Berner Oberland für den Thuner Amtsanzeiger, das WG 32 Solothurn für die Solothurner Woche, das WG 34 Berner Mittelland für die Bantiger Post, den BernerBär, die Bümpliz Woche, die Solothurner Woche und den Thuner Amtsanzeiger. Betreffend Tamedia-Publikation betrifft es das Tagblatt der Stadt Zürich im Grossraum Zürich.

42. Markt für Pendlerzeitungen (Vgl. Entscheid Reko/Wef Tamedia-BZ-20 Minuten, RPW 2006/2, E.7): Nach der bestätigten Praxis der Weko ist der räumliche Markt auf die verschiedenen Regionalausgaben von "20 Minuten" abzugrenzen: Für die Regionalausgabe Bern wurden die WG Berner Oberland (WG- 22), Solothurn (WG 32), Berner Seeland (WG 33) und Berner Mittelland (WG 34) zu Grunde gelegt. Die übrigen Verteilgebiete werden im vorliegenden Fall nicht näher definiert, da der vorliegende Zusammenschluss nach dem Entscheid der Reko/Wef auf dem Pendlerzeitungsmarkt keine Auswirkungen zeitigt. Weitere räumliche Märkte bilden deshalb für den vorliegenden Fall vereinfacht die Pendlereinzugsgebiete um Zürich, Basel, St. Gallen, Luzern, Lausanne, Genf, Romandie (umfassend praktisch die ganze Romandie mit Ausnahme der Agglomerationen Lausanne und Genf, somit Teile der Kantone VS, VD, NE, FR, JU)

43. Lesermarkt für Printmedien im Bereich Automobil (vgl. Hallwag AG/Büchler Grafino AG, RPW 2001/1, S. 138): In räumlicher Hinsicht ist gemäss Praxis von einem gesamtschweizerischen bzw. sprachregionalen Markt Deutschschweiz auszugehen.

44. Lesermarkt für Printmedien im Bereich Motorrad (vgl. Hallwag AG/Büchler Grafino AG, RPW 2001/1, S. 138): In räumlicher Hinsicht ist gemäss Praxis von einem gesamtschweizerischen bzw. sprachregionalen Markt Deutschschweiz auszugehen.

45. Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise (Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG, RPW 2003/4, S. 829): Gemäss Praxis kann von einem sprachregionalen Markt Deutschschweiz evtl. deutschsprachiger Raum ausgegangen werden, wobei die räumliche Marktabgrenzung offen bleiben kann, da selbst bei engerer Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

46. Für folgende Lesermärkte ist von einer sprachregionalen Marktabgrenzung für das Gebiet der Deutschschweiz auszugehen:

- Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse,
- Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Landwirtschaft,
- Lesermarkt für Fachpresse im Bereich Nutzfahrzeuge,
- Lesermarkt für TV- und Radio-Zeitschriften,
- Lesermarkt für illustrierte Zeitschriften mit allgemeinen Themen
- Lesermarkt für Sonntagszeitungen
- Lesermarkt für Printmedien im Bereich Eishockey
- Lesermarkt für Golfplatzführer

B.4.1.b Hörermärkte

47. Die Frage, ob und allenfalls wie bezüglich des Bereichs Radio Zuhörer- und bezüglich des Bereichs Fernsehen Zuschauermärkte abzugrenzen sind, wurde bisher nicht entschieden (vgl. Tamedia/Belcom, RPW 2001/4, S. 724f.). Die Marktabgrenzung wurde bisher aus zwei Gründen offengelassen: Erstens wurde argumentiert,

dass teilweise auf eine Abgrenzung verzichtet werde, da der Konsum von Radiosendungen mit Ausnahme der SRG gratis sei. Analog zur von den Rechtsmittelinstanzen im Fall Tamedia-BZ-20 Minuten gutgeheissenen Abgrenzung eines Lesermarktes beim Gratismedium 20 Minuten rechtfertigt es sich jedoch nicht, aus diesem Grund auf die Abgrenzung eines Marktes zu verzichten. Zweitens wurde die Marktabgrenzung aus dem Grund offen gelassen, weil auf solchen Märkten aufgrund der starken Stellung der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) durch die jeweils vorliegenden Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden konnte. Dieses Argument gilt auch für den vorliegenden Zusammenschluss, umso mehr als die Parteien in ihrer Meldung ausführen, sie würden aufgrund der Revision des Bundesgesetzes für Radio und Fernsehen sowohl das Radio Canal 3 wie auch Radio Basilisk veräussern.

48. Der Markt für Radiohörer ist maximal auf das Konzessions- bzw. Sendegebiet der Radiosender beschränkt, die vom Zusammenschluss betroffen sind. Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Radios Capital FM (im Raum Bern), Radio Canal 3 im Raum Biel, Radio 24 im Raum Zürich und Radio Basilisk (Raum Basel).

49. Allerdings kann im vorliegenden Fall eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der Zusammenschluss nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen wird. Die Möglichkeiten, Informationen über Radio und Fernsehen zu beziehen, wurden bisher unter dem Blickwinkel einer möglichen disziplinierenden Wirkung auf die Anbieter auf dem Lesermarkt berücksichtigt, was sich auch im vorliegenden Fall rechtfertigt.

B.4.1.c Zuschauermärkte

50. Für die Zuschauermärkte gelten dieselben Überlegungen wie oben für die Hörermärkte, wobei zusätzlich zur SRG im Fernsehbereich ausländische bzw. deutschsprachige Fernsehsender hinzukommen.

51. Der Markt für Fernsehzuschauer ist maximal auf das Konzessions- bzw. Sendegebiet der Fernsehstationen beschränkt, die vom Zusammenschluss betroffen sind. Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Konzessionsgebiete von TeleBärn im Grossraum Bern und von Tele Züri im Grossraum Zürich.

52. Allerdings kann im vorliegenden Fall eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der Zusammenschluss nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen wird. Die Möglichkeiten, Informationen über Fernsehen zu beziehen, wurden bisher unter dem Blickwinkel einer möglichen disziplinierenden Wirkung auf die Anbieter auf dem Lesermarkt berücksichtigt, was sich auch im vorliegenden Fall rechtfertigt.

B.4.1.d Nutzermärkte im Online-Bereich

Sachlich relevante Märkte

53. Für die Marktgegenseite Nutzer im Online-Bereich gibt die Reko/Wef im Entscheid Tamedia-BZ-20 Minuten die Marktabgrenzung weitgehend vor. Grundsätzlich bestehen drei verschiedene Gruppen von Lesern bzw. Nutzern: Leser von Printprodukten, Nutzer von Rubrikanzeigen und Nutzer von Ankündigungsanzeigen. Die Nutzer von Rubrik- und Ankündigungsanzeigen erachten

Print und Internet gemäss der Reko/Wef als substituierbar. Bei Rubrik- und Ankündigungsanzeigen fasst die Reko/Wef aus Sicht der Nutzer den Print- und Online-Bereich zusammen. Dagegen besteht für die "klassischen" Leser gemäss der Reko/Wef eine ungenügende Substituierbarkeit zwischen Print und Online. Die Reko/Wef definiert einen eigenen Lesermarkt im Printbereich. Implizit stellt die Reko/Wef damit fest, dass der zum Lesermarkt analoge Online-Bereich einen eigenen relevanten Nutzermarkt darstellt.

54. Als Ausgangspunkt zur Abgrenzung dieses Nutzermarktes dient wie üblich das Tätigkeitsfeld der Parteien, welche am Zusammenschluss beteiligt sind. Beide Unternehmen Tamedia und Espace sind im Online-Bereich gemäss Meldung in der Berichterstattung tätig. Dies ist das Angebot von News-Sites. Solche News-Sites weisen ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen auf.

55. Wie die Reko/Wef feststellt, bilden Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen eigene relevante Märkte. Somit gehören Rubrikanzeigen und Ankündigungsanzeigen nicht zum Nutzermarkt für News-Sites.

56. Aber letztlich kann die Frage nach der Marktabgrenzung im Online-Bereich offen bleiben. Die Ausführungen im Abschnitt zur voraussichtlichen Stellung zeigen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nutzerseitig im Online-Bereich keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Räumlich relevante Märkte

57. Eine wichtige Eigenschaft des Internets ist die Unbegrenztheit in der Distanz. Nutzer können unabhängig von den Gebietsdistanzen Internetseiten und Informationen aufrufen. Kommunikation findet über weite Entfernungen hinweg statt. Deshalb stellt die Weko in ihrem Entscheid Tamedia AG-Edipresse SA-Homegate AG (RPW 2005/2, S. 317, Rz. 51) fest: "Die räumliche Abgrenzung eines relevanten Marktes kann im Bereich des Internets jedoch nicht vom Verbreitungsgebiet des Mediums abhängen." Der Ubiquität des Internets werde allenfalls durch sprachliche, kulturelle oder inhaltliche Faktoren Grenzen gesetzt.

58. Diese drei Faktoren Sprache, Kultur und Inhalt grenzen den räumlich relevanten Markt unter Umständen auf lokale Gebiete oder Regionen ein. Ähnlich wie bei Printmedien fragt die Marktgegenseite im Online-Bereich neben Informationen über nationale und internationale Ereignisse auch Informationen über Ereignisse in der jeweiligen Region nach. Information über regionale und lokale Ereignisse sind für die Bewohner einer Region daher nicht durch Informationen über ähnliche Ereignisse in einer anderen Regionen substituierbar. Entsprechend sind die räumlichen Märkte gerade im Bereich News-Sites tendenziell auch regional/lokal abzugrenzen.

59. Im Fall Tamedia AG-Edipress SA-Homegate AG betonte die Weko den stark regionalen Bezug beim Immobilien- und Wohnungsmarkt (RPW 2005/2, S. 317, Rz. 53): "Der Endabnehmer von Immobilienobjekten schränkt seine Suche nach einem Miet- oder Kaufobjekt in aller Regel auf ein geografisch begrenztes Gebiet ein." Je nachdem ist ein ähnliches Vorgehen bei Nutzern von News-Sites denkbar. Gewisse Nutzer interessieren sich

vielleicht vorwiegend für Inhalte aus ihrer Region. Andere Nutzer konzentrieren sich auf einen Inhalt mit spezifischer Information zu einem bestimmten Gebiet. Allerdings rufen die Nutzer den Inhalt dort ab, wo sie sich gerade befinden. Zudem gibt es auch Nutzer, welche an nationalen und internationalen Inhalten interessiert sind.

60. Wie bei der sachlichen Marktabgrenzung orientiert sich auch die räumliche Abgrenzung an den Online-Angeboten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Die Online-Angebote von Tamedia und Espace sind vorwiegend in deutscher Sprache verfasst. Durch Introspektion kann die Weko von der Annahme ausgehen, dass die Nutzer von News-Sites zunächst Internetseiten in ihrer Muttersprache besuchen.

61. Diese Überlegungen zeigen, dass für die Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte keine eindeutigen Kriterien bestehen. Zusätzlich ist der Online-Bereich äusserst dynamisch. Im Online-Bereich ändern die Verhältnisse, die Angebote und die Informationen rasch. Mangels eindeutiger Kriterien und aufgrund der Dynamik ist im Online-Bereich eine fallweise Marktabgrenzung nötig. Im vorliegenden Zusammenschluss ergeben die obigen Ausführungen unter Berücksichtigung der Online-Angebote von Tamedia und Espace die folgenden räumlich relevanten Märkte: sprachliche, kulturelle und inhaltliche Faktoren grenzen Märkte ab, welche einerseits die Deutschschweiz umfassen und andererseits den Grossraum Bern sowie den Grossraum Zürich.

B.4.1.e Märkte für Print-Firmenwerbung

Sachlich relevante Märkte

62. Bei Werbung unterscheidet die Weko im Printbereich gemäss ständiger Praxis insbesondere zwischen folgenden Märkten (NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 491, Rz. 43 m.w.H.):

- Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen (nachfolgend Markt für nationale Werbung)
- Markt für regionale und lokale Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger; nachfolgend Markt für regionale Werbung)

63. Im Bereich der Anzeigenmärkte nahm die Reko/Wef in ihrem Entscheid zum Zusammenschluss Tamedia-BZ-20 Minuten (RPW 2006/2, S. 379, Z. 8.1.3) eine weitere Unterteilung vor. Gemäss Reko/Wef lassen sich grob folgende drei Werbeteilmärkte ausscheiden:

- Anzeigenraum für Firmenwerbung (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung, in informativer, suggestiver oder gemischter Form),
- Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen),
- Raum für Ankündigungsanzeigen (Events, Kino, etc.).

64. Allerdings erachtet die Reko/Wef den Raum für Rubrikanzeigen in Printtiteln mit Online-Raum für Rubrikanzeigen substituierbar: "Zu beachten ist indessen, dass sich die in "20 Minuten" erscheinenden, regional zu streuenden Rubrikanzeigen angesichts des mit "20 Minuten" anvisierten Publikums problemlos durch entsprechende Online-Anzeigen im Internet substituieren las-

sen." Gleiches gilt für die Ankündigungsanzeigen. Diese zwei Märkte Print-Online-Rubrikanzeigen und Print-Online-Ankündigungsanzeigen legt nachfolgender Abschnitt B.4.1.f dar.

65. Damit bleiben zwei sachlich relevante Märkte übrig: nationaler Markt für Print-Firmenwerbung und lokaler/regionaler Markt für Print-Firmenwerbung. Denn die Reko/Wef erachtet Print- und Online-Firmenwerbung nicht als austauschbar.

66. Der sachlich relevante Markt für nationale Print-Firmenwerbung umfasst die Werbetätigkeit von Unternehmen, die gleichzeitig im gesamten Sprachgebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen werben (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 190 f.). Für nationale Werbekampagnen ist die Erreichung eines gewissen Prozentsatzes der Bevölkerung charakteristisch. Dabei stehen die städtischen und kaufkräftigeren Regionen im Vordergrund. Diese Werbewirkungen lassen sich zum Beispiel durch die Belegung grosser Tages- oder Wochenzeitungen wie Tagesanzeiger, NZZ, Blick, Sonntagszeitung, Weltwoche etc. erreichen. Diese stellen somit in einem bestimmten Umfang Substitute zu Regionalzeitungen dar. Diese Marktabgrenzung entspricht der konstanten Praxis der Weko (vgl. Tamedia-20 Minuten, RPW 2002/4, S. 598, NZZ/LZ Medien Holding, RPW 2002/2 S. 341 f., Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 423 f. Anders als die Parteien in ihrer Meldung wiedergeben, wurden Zeitschriften mit allgemeinen Themen in der bisherigen Praxis nicht in diesen Markt einbezogen (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 423 f.). Ohne diese Marktabgrenzung im Rahmen der vorläufigen Prüfung einer neuen Überprüfung unterzogen zu haben, hält die Weko im vorliegenden Fall vorläufig an dieser Marktabgrenzung fest.

67. Auch beim regionalen Werbemarkt wird von einem sachlich relevanten Markt für Firmenwerbung in Zeitungen und Anzeigern ausgegangen. Nachfrager nach Werbemaßnahmen für regionale Werbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen und auch Privatpersonen. Mit solcher Werbung soll die Bevölkerung in einer bestimmten Region angesprochen werden. Eine Alternative zu den Tageszeitungen stellen insbesondere die Gratisanzeiger dar.

68. Printtitel mit themenspezifischem Charakter richten sich an ein spezielles Publikum. Deshalb enthalten solche Special-Interest-Titel oft Werbung, die sich an ein spezifisches Publikum richtet.

69. Im vorliegenden Fall ergeben obige Ausführungen unter Berücksichtigung der Printprodukte von Tamedia und Espace folgende Märkte für Print-Firmenwerbung:

- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Tages-, Sonntags- und Wochenzeitungen (Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 423, Rz. 37 ff.),
- Markt für nationale Print-Firmenwerbung in illustrierten Zeitschriften mit allgemeinen Themen, vgl. Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG, RPW 2003/4, S. 833, Rz. 30) und Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Programmpresse,

- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Lokalzeitungen und (Gratis-)Anzeigern,
- Markt für Print-Firmenwerbung (Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung) in Pendlerzeitungen (Entscheid Reko/Wef Tamedia-BZ-20 Minuten, RPW 2006/2, E. 8.3 und E. 8.3.1),
- Markt für Werbung von Firmen aus der Kosmetik- und Luxusgüterindustrie in Mode-Magazinen (Ringier AG/Bolero Zeitschriftenverlag AG, RPW 2003/4, S. 833, Rz. 29),
- Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Automobil,
- Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Motorrad,
- Markt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse,
- Markt für Print-Firmenwerbung in der Fachpresse im Bereich Landwirtschaft,
- Markt für Print-Firmenwerbung in der Fachpresse im Nutzfahrzeugbereich,
- Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Eishockey,
- Markt für Print-Firmenwerbung in Golfplatzführern.

Räumlich relevante Märkte

70. In Anlehnung an den Entscheid der Weko in Sachen NZZ-Espace-Bund (RPW 2004/2, S. 493, Rz. 50) ist der räumliche Markt für nationale Print-Firmenwerbung aufgrund der Sprachgrenzen, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können, auf das Gebiet der Deutschschweiz begrenzt.

71. Ebenso erfolgt die räumliche Marktabgrenzung für regionale Print-Firmenwerbung der Praxis der Weko (RPW 2004/2, S. 493, Rz. 51): "Da regional Werbende die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen wollen, drängt sich tendenziell eine enge Marktabgrenzung auf. Der räumliche Markt für regionale Werbung ist daher analog zu demjenigen für Lesermärkte abzugrenzen." Deshalb orientiert sich die Weko bei der räumlichen Marktabgrenzung für regionale Print-Firmenwerbung an den WEMF-Wirtschaftsgebieten. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist somit von räumlich relevanten Märkten auszugehen, welche nicht grösser sind als folgende Gebiete:

- Berner Oberland: Bezirke Oberhasli, Interlaken, Frutigen, Obersimmental, Nidersimmental, Saanen, Thun (WEMF-Wirtschaftsgebiet (WG) 22).
- Solothurn: Bezirke Bucheggberg, Wasseramt, Thal, Wangen, Gäu, Aarewangen, Zofingen, Olten, Gösigen, Lebern (WG 32).
- Berner Seeland: Bezirke Aarberg, Büren, Nidau, Biel, Erlach, Seebezirk (WG 33).
- Berner Mittelland: Bezirke Bern, Burgdorf, Trachselwald, Signau, Konolfingen, Fraubrunnen, Seftigen, Schwarzenburg, Laupen, Sense (WG 34).

- Grossraum Zürich (gemäss Meldung Rz. 49): WG 43 und 24, Bezirke Zuzach, Baden, Bremgarten/Muri (Teile des WG 41), See-Gaster, Einsiedeln, Höfe, March (Teile des WG 27).

- Grossraum Ostschweiz (gemäss Meldung Rz. 49): Kantone Thurgau, beide Appenzell und St. Gallen, ohne Bezirke See-Gaster, Werdenberg, Sarganserland (WG 44 und 26).

B.4.1.f Märkte für (Print-Online-)Rubrikanzeigen und (Print-Online-)Ankündigungsanzeigen

Sachlich relevante Märkte

72. Wie erwähnt, scheidet die Reko/Wef im Entscheid zum Zusammenschluss Tamedia-BZ-20 Minuten (RPW 2006/2, S. 379, E. 8.1.3) einen Markt für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) und einen Markt für Ankündigungsanzeigen (Events, Kino, etc.) aus. Bei dieser Unterteilung geht die Reko/Wef von den in der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" typischerweise erscheinenden Anzeigenarten "lokaler" (bzw. "regionaler") Inserenten aus. Zudem erachtet die Reko/Wef den Raum für Rubrikanzeigen in Printtiteln mit Online-Raum für Rubrikanzeigen als genügend austauschbar, so dass Print-Rubrikanzeigen und Online-Rubrikanzeigen zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören. Folglich definiert die Reko/Wef einen sachlich relevanten Markt, der lokale/regionale Rubrikanzeigen umfasst.

73. In Anschluss zur Marktabgrenzung für Rubrikanzeigen hält die Reko/Wef fest, dass die Überlegungen für die Rubrikanzeigen sinngemäss auch für die Ankündigungsanzeigen gelten. Somit definiert die Reko/Wef einen sachlich relevanten Markt, der lokale/regionale Ankündigungsanzeigen umfasst.

74. Im Gegensatz zu lokalen/regionalen Rubrik- und Ankündigungsanzeigen äussert sich die Reko/Wef bei nationalen Rubrik- und Ankündigungsanzeigen nicht eindeutig. Die Reko/Wef erwähnt zwar einen nationalen Werbemarkt (RPW 2006/2, S. 383 f., E. 8.4 und E. 8.4.1). Aber die Reko/Wef grenzt nicht explizit einen nationalen Werbemarkt ab: "Insofern braucht im vorliegenden Zusammenhang die Frage der angeblich werbeseitig zunehmenden Substituierbarkeit von Regionalzeitungen durch nationale Titel sowie die angeblich zunehmende Ablösung von räumlichen Verteilungskonzepten durch (nationale) Zielgruppenstrategien nicht weiter besprochen zu werden." Somit interpretiert die Weko die Erwägungen der Reko/Wef in die Richtung eines nationalen Werbemarktes. Gemäss Reko/Wef setzt sich dieser aus den drei Werbeteilmärkten Anzeigenraum für Firmenwerbung, Raum für Rubrikanzeigen und Raum für Ankündigungsanzeigen zusammen. Folglich hält die Reko/Wef Märkte für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen für möglich. Umso mehr, dass die Reko/Wef von einer Eignung von nationalen Internetportalen als substitutive Werbeträger für regionale (und lokale) Inserenten ausgeht, welche Rubrikanzeigen platzieren wollen (RPW, S. 383, E. 8.3.2).

75. Für die lokalen/regionalen Rubrik- und Ankündigungsanzeigen geht die Reko/Wef davon aus, dass die entsprechenden Anzeigen in Pendlerzeitungen zum rele-

vanten Markt gehören (RPW 2006/2, S. 379, E. 8.1.3; S. 382 f., E.8.3).

76. Die Reko/Wef basiert ihre Marktabgrenzung auf dem Produkt 20 Minuten. 20 Minuten ist Teil des Zusammenschlusses zwischen Tamedia und Espace. Deshalb kommt die Marktabgrenzung der Reko/Wef bei diesem Zusammenschluss zwischen Tamedia und Espace zur Anwendung. In einem anderen Fall hingegen ist eine abweichende Marktabgrenzung denkbar. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn 20 Minuten nicht Teil einer Beurteilung ist. Denn die Reko/Wef geht bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes explizit von 20 Minuten aus (RPW 2006/2, S.376, E. 8.1): "Bei der hier vorzunehmenden werbeseitigen Bestimmung des sachrelevanten Marktes und der sich daraus ergebenden Analyse der Wettbewerbsbeziehungen ist gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept (vgl. E. 6.3.3) zu prüfen, welche Medien aus Sicht der Werbetreibenden (private Inserenten oder von ihnen beauftragte Werbeagenturen) mit "20 Minuten" substituierbar sind (E. 8.1.1 ff.), und danach dieser Sachmarkt örtlich einzugrenzen (E. 8.4)." Somit fehlt für eine Reko/Wef-analoge Marktabgrenzung der Ausgangspunkt, wenn 20 Minuten nicht Teil davon ist.

Räumlich relevanter Markt

77. In räumlicher Hinsicht nimmt die Reko/Wef im Entscheid Tamedia-BZ-20 Minuten für lokale/regionale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen Abgrenzungen vor (RPW 2006/2, S. 384, E. 8.4.4): "Dementsprechend ist die Vorinstanz auf dieser differenzierten Einschätzung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse zu behaften und die Stellung der Beschwerdeführerinnen (insbes. der Berner Zeitung AG) auf den primär regional mit dem Verteilgebiet von "20 Minuten" zusammenfallenden drei "Regionalanzeigenmärkten" (Firmenwerbung, Rubriken, Ankündigungen) sowie auf den als "kleinregional" (bzw. als "grossagglomerat" oder "lokal") bezeichneten drei Märkten der Stadt und Region Bern näher zu untersuchen (unter Ausschluss der lokalen Verhältnisse auf den anderen Lokal- bzw. Agglomerationsmärkten innerhalb der WG 22, 32 und 33)." Nach der bestätigten Praxis der Weko ist der räumliche Markt auf die verschiedenen Regionalausgaben von "20 Minuten" abzugrenzen: Für die Regionalausgabe Bern wurden die WG Berner Oberland (WG 22), Solothurn (WG 32), Berner Seeland (WG 33) und Berner Mittelland (WG 34) zu Grunde gelegt.

78. Die übrigen Verteilgebiete werden im vorliegenden Fall aus folgendem Grund nicht näher definiert. Die Reko/Wef grenzt in ihrem Entscheid Tamedia-BZ-20 Minuten einen Markt für lokale/regionale Rubrikanzeigen und einen Markt für lokale/regionale Ankündigungsanzeigen ab. Gegenstand der Betrachtung ist die Region Bern. Für diese beiden relevanten Märkte in der Region Bern erachtet die Reko/Wef den Zusammenschluss zwischen Tamedia und Espace als kartellrechtlich unbedenklich. Im Rahmen dieser vorläufigen Prüfung sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach die wettbewerbsrechtliche Situation in den anderen Verteilgebieten in nachteiliger Weise abweichen würde. Somit erübrigt sich für den Zweck des vorliegenden Verfahrens eine abschliessende Beurteilung der übrigen lokalen/regionale Märkte für Rubrik- und Ankündigungsanzeigen.

79. Die räumliche Marktabgrenzung für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen erfolgt analog zum Entscheid der Weko zu NZZ-Espace-Bund (RPW 2004/2, S. 493, Rz. 50) – wie die räumliche Abgrenzung bei der Print-Firmenwerbung. Die Begrenzung für den räumlichen Markt für nationale Rubrik- und Ankündigungsanzeigen stellen Sprachgrenzen dar, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können. Damit umfasst der räumlich relevante Markt bei den nationalen Rubrik- und Ankündigungsanzeigen das Gebiet der Deutschschweiz.

B.4.1.g Markt für Online-Firmenwerbung

Sachlich relevante Märkte

80. Bei der Werbung grenzt die Weko in ihrer Praxis einen Markt für nationale Werbeanzeigen in Zeitungen und einen Markt für regionale und lokale Werbeanzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) ab. Aus Sicht der Werbetreibenden besteht für Werbeanzeigen eine ungenügende Austauschbarkeit zwischen den Medien Print und Online. Die Reko/Wef scheidet im Entscheid Zusammenschluss Tamedia-BZ-20 Minuten (RPW 2006/2, S. 379, Z. 8.1.3) unter anderem folgende Werbeteilmärkte aus: Raum für Rubrikanzeigen und Raum für Ankündigungsanzeigen. Diese zwei Werbeteilmärkte beinhalten gemäss Reko/Wef beide Medien Print und Online. Folglich bleibt aufgrund der Praxis der Weko und der Rechtsprechung der Reko/Wef ein Markt für Online-Firmenwerbung übrig.

81. Einen separaten Markt für Online-Firmenwerbung grenzt die EU-Kommission auch in ihren Entscheiden ab:

- Cegetel/Canal+/AOL/Bertelsmann, COMP/JV.5, 4. August 1998,
- @Home Benelux B.V., IV/JV.11, 15. September 1998,
- Planet Internet/Fortis Bank/Mine JV, COMP/M. 1964, 10. Juli 2000.

Gemäss EU-Kommission weisen die verschiedenen Medien für die Verbreitung von Werbung spezifische Eigenschaften und Vorteile auf.

82. Tamedia und Espace sind der Meinung, dass Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung (Search-Advertising) zum gleichen relevanten Markt gehören. Bei Suchmaschinenwerbung bieten die Betreiber von Suchmaschinen gemäss Meldung "hierbei Werbetreibenden die Möglichkeit, ihre Online-Anzeigen mit ausgewählten Keywords zu verbinden". "Dass Bannerwerbung und Suchmaschinen-Werbung substituierbar sind und damit zum gleichen Markt gehören, zeigt sich daran, dass beide Werbeformen das gleiche Ziel verfolgen: Mittels Klick sollen die Internet-Nutzer auf die Website des Werbetreibenden gelotst werden."

83. Über die Zugehörigkeit von Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung befragte das Sekretariat verschiedene Unternehmen. Eine erste Gruppe sind Unternehmen, welche im Online-Bereich tätig sind. Bei diesen Unternehmen fragte das Sekretariat, ob ein Werbetreibender bei seiner Werbung die unterschiedlichen Online-Werbeformen untereinander austauschen kann, um seine gewünschte Wirkung zu erreichen. Die andere Gruppe von Unternehmen sind Mediaagenturen. Für diese

zweite Gruppe war die Frage explizit auf die Austauschbarkeit zwischen Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung ausgerichtet: Erachten Sie Suchmaschinenwerbung und Bannerwerbung als gleichwertig?

84. Die Antworten der Online-Unternehmen zu der Austauschbarkeit zwischen den verschiedenen Werbeformen sind heterogen. Zudem antworteten zwei der befragten Unternehmen zu dieser Frage nicht. Im Gegensatz zur Auffassung der Parteien erachten die Mediaagenturen mehrheitlich Bannerwerbung und Suchmaschinenwerbung als zu unterschiedlich für eine gegenseitige Austauschbarkeit. Insgesamt widerspiegeln die Antworten die anhaltende Entwicklung im Bereich Online-Firmenwerbung. Diese Entwicklung könnte in der Zukunft zu verschiedenen eigenen sachlich relevanten Märkten für Online-Firmenwerbung führen. Selbst bei einer Abgrenzung mit einem einzigen Markt für Online-Firmenwerbung wären verschiedene Segmente von Online-Firmenwerbung erkennbar. Ob letztlich verschiedene eigene Märkte für Online-Firmenwerbung zu unterscheiden sind und wie diese genau abzugrenzen wären, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, da der Zusammenschluss in solchen Märkten keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte.

Räumlich relevanter Markt

85. Für die werbeseitige Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes gelten ähnliche Überlegungen wie bei der nutzerseitigen räumlichen Marktabgrenzung. Die zentrale Feststellung ist die Ortsunabhängigkeit im Online-Bereich: Inhalte können von überall her abgerufen werden. Weil der Online-Bereich die Eigenschaft der Ortsunabhängigkeit aufweist, existieren grundsätzlich geringe Beschränkungen für das Verbreitungsgebiet. Folglich kann das Verbreitungsgebiet in der Regel keine Basis für die räumlich Marktabgrenzung bilden. Eher begrenzen andere Faktoren den räumlich relevanten Markt. Solche Faktoren können beispielsweise kulturelle und sprachliche Gegebenheiten sein. Möglicherweise bestimmt auch der regionale, nationale oder internationale Bezug eines Produktes oder einer Dienstleistung den räumlich relevanten Markt.

86. Das Sekretariat arbeitete für mehr Informationen zur Fragestellung der Abgrenzung lokaler/regionaler Online-Firmenwerbung Fragen aus. Diese Fragen stellte das Sekretariat Unternehmen mit Online-Tätigkeiten und Mediaagenturen. Mit den Antworten auf die Fragen ist allerdings keine eindeutige Schlussfolgerung über die Abgrenzung von einem nationalen Markt für Online-Firmenwerbung und lokalen/regionalen Märkten für Online-Firmenwerbung möglich. Die Antworten sind zu unterschiedlich. Beispielsweise antwortet ein Unternehmen, dass bei Geschäftstätigkeiten sowohl Ausrichtung auf die Deutschschweiz als auch lokale/regionale Ausrichtungen üblich und sinnvoll sind. Zudem geben die Mediaagenturen auf die Frage der lokalen/regionalen Marktanteile von Tamedia und Espace teilweise Schätzungen ab. Andere Unternehmen antworten, dass sie sich mit ihren Angeboten an einem nationalen Markt ausrichten. Ein Unternehmen ist der Ansicht, dass lokale/regionale Online-Firmenwerbung keine Bedeutung hat. Wiederum andere

Unternehmen beantworten die Fragen zu lokaler/regionaler Online-Firmenwerbung nicht.

87. Gemäss Meldung existiert heute nach Auffassung des meldenden Unternehmens kein Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung. Gemäss Meldung von Tamedia und Espace (S. 48, Rz. 194) seien sich die Branchenkenner einig. Die Argumente dafür seien die folgenden:

- Online-Werbung sei erst im Begriff, sich als anerkannte Werbeform zu etablieren;
- Erfahrungsgemäss setzten lokale/regional tätige Unternehmen neue Werbeformen erst mit zeitlicher Verzögerung ein;
- Das Internet als globales/nationales Medium eigne sich generell weniger für das Schalten lokaler/regionaler Werbung als lokale/regionale Printmedien;

Die Meldung fügt diesen Argumenten empirische Analysen an:

- Bei tagesanzeiger.ch und 20minuten.ch stammten 0-5% von lokalen/regionalen Werbekunden;
- Gemäss internen Zahlen von Espace betrage der Anteil lokaler/regionaler Werbekunden am Umsatz mit Online-Firmenwerbung auf espace.ch 0-5%;
- Eine exemplarische Auszählung von Werbeeinblendungen von Online-Firmenwerbung auf tagesanzeiger.ch hätte [...] Einblendungen regionaler Natur bei [...] ausgewerteten ergeben. Für espace.ch wäre von [...] ausgewerteten Einblendungen [...] Einblendung regionaler Natur.

88. Somit sei gemäss Meldung von Tamedia und Espace davon auszugehen, "dass heute kein - oder wenn, dann nur ein sehr kleiner - Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung existiere. Die Online-Firmenwerbung wird heute praktisch ausschliesslich von national tätigen Unternehmen eingesetzt." Dies sei auch der Grund warum das "meldende Unternehmen dazu auch keine vertretbaren Schätzungen macht". "Zu versuchen, irgendwelche Marktanteile zu schätzen, würde zu unwillkürlichen und völlig realitätsfremden Ergebnissen führen."

89. Das Sekretariat prüfte stichprobenartig die lokale/regionale Online-Firmenwerbung auf diversen Internetseiten. Diese stichprobenartige Abklärung ergab eine sehr geringe Anzahl lokaler/regionaler Online-Firmenwerbung. Möglicherweise ist ein Markt für lokale/regionale Online-Firmenwerbung noch in der Entstehungsphase. Eine weitere Möglichkeit ist, dass die Schweiz eher ein kleiner Markt ist. Deshalb mag es lohnenswert sein, die Schweiz im Online-Bereich grossräumig zu bewerben.

90. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens wird deshalb auf die räumliche Abgrenzung eines lokalen/regionalen Marktes für Online-Firmenwerbung verzichtet. Analog zur räumlichen Marktabgrenzung beim Nutzermarkt im Online-Bereich umfasst der räumlich relevante Markt für nationale Online-Firmenwerbung das Gebiet der Deutschschweiz.

B.4.1.h Märkte für Radiowerbung**Sachlich relevante Märkte**

91. Gemäss Praxis grenzt die Weko einen Markt für nationale Radiowerbung und einen Markt für regionale/lokale Radiowerbung ab (vgl. Tamedia AG –LH Holding AG/Rado Basilisk Betriebs AG, RPW 2002/3, S. 488 m.w.H.).

Räumlich relevante Märkte

92. Der räumlich relevante Markt für nationale Radiowerbung ist auf die Sprachräume, hier auf die Deutschschweiz zu begrenzen. Eine Abgrenzung eines welschen Marktes kann unterbleiben. Canal 3 wird zwar teilweise in französischer Sprache ausgestrahlt, die Zusammenschlussparteien haben jedoch versichert, dieses Radio aus rundfunkrechtlichen Gründen veräussern zu wollen. Für national geschaltete Spots werden über Pools grössere Gebiete oder einzelne Gebiete stärker abgedeckt.

93. Die lokalen/regionalen Radiowerbemärkte umfassen nach Praxis der Weko die Konzessions- bzw. Sendegebiete der betroffenen Radios. Nachfrager nach Werberaum für regionale/lokale Radiowerbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus verschiedenen Wirtschaftsbereichen. Diese wollen mit Radiowerbung die Bevölkerung in dieser Region – dem Konzessions- bzw. Sendegebiet der Radiostationen – erreichen. Der Markt für regionale/lokale Werbung umfasst daher im vorliegenden Fall die Räume Bern (Konzessionsgebiet von Capital FM), Biel (Konzessionsgebiet Canal 3), Basel (Konzessionsgebiet Radio Basilisk) und Zürich (Konzessionsgebiet Radio 24).

B.4.1.i Märkte für Fernsehwerbung**Sachlich relevante Märkte**

94. Entsprechend den Überlegungen zur Radiowerbung ist für die Fernsehwerbung ein auf den jeweils betroffenen Sprachraum beschränkter nationaler Fernsehwerberaum und ein Markt für regionale/lokale Fernsehwerbung abzugrenzen.

Räumlich relevante Märkte

95. Der räumlich relevante Markt für nationale Fernsehwerbung ist auf die Sprachräume, hier auf die Deutschschweiz zu begrenzen.

96. Die lokalen/regionalen Fernsehwerbemärkte umfassen nach Praxis der Weko die Konzessions- bzw. Sendegebiete der betroffenen Fernsehstationen. Nachfrager nach Werberaum für regionale/lokale Fernsehwerbung sind meist in der Region ansässige Unternehmen aus verschiedenen Wirtschaftsbereichen. Diese wollen mit Fernsehwerbung die Bevölkerung in dieser Region – dem Konzessions- bzw. Sendegebiet der Fernsehstationen – erreichen. Der Markt für regionale/lokale Werbung umfasst daher im vorliegenden Fall die Grossräume Bern (Konzessionsgebiet von TeleBärn), Zürich (Konzessionsgebiet Tele Züri).

B.4.1.j Druckereimärkte: Markt für Zeitungsdruck/Markt für Akzidenzdruck**Sachlich relevante Märkte**

97. Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Zeitungsdruck und Akzidenzdruck tätig. Gemäss ständiger Praxis handelt es sich bei den beiden drucktechnischen Verfahren um unterschiedliche Märkte. Im Unterschied zum Zeitungsdruck umfasst der Akzidenzdruck Zeitschriftendruck, Werbetrucksachen, Bücher und sonstige Drucksachen.

Räumlich relevante Märkte

98. Markt für Zeitungsdruck: Für die Herausgeber von Tageszeitungen ist es aufgrund von Zeitrestriktionen (Frühzustellung von Tageszeitungen) notwendig, dass die Druckerei nicht zu weit vom Hauptverbreitungsgebiet entfernt liegt. Entsprechend ist der Markt praxismässig überregional abzugrenzen (vgl. NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 491; Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 53).

99. Markt für Akzidenzdruck: Beim Akzidenzdruck spielt die Distanz eine untergeordnete Rolle. Der Markt ist daher mindestens überregional, wenn nicht gar national abzugrenzen (vgl. vgl. NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 491; Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 425, Ziff. 52).

B.4.1.k Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe**Sachlich relevante Märkte**

100. Im Fall Ringier Print Holding AG – Druckerei Winterthur dw AG / ColorServ AG, RPW 2001/3 S.532 grenzte die Weko einen Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe ab. Danach umfasst dieser Markt die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und dessen Aufbereitung.

Räumlich relevante Märkte

101. Im erwähnten Fall liess die Weko bei der räumlichen Marktabgrenzung offen, ob es sich um einen nationalen oder internationalen Markt handle. Im vorliegenden Fall kann die abschliessende Marktabgrenzung ebenfalls offen gelassen werden, da auch nach dem Zusammenschluss selbst bei nationaler Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.4.1.l Markt für Frühzustellung von Zeitungen**Sachlich relevanter Markt**

102. Beide beteiligten Unternehmen sind im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen tätig. Im Raum Bern sind Espace und Tamedia zusammen mit der Post an der Vertriebsorganisation BEVO beteiligt, Tamedia im Raum Zürich an der ZUVO (vgl. AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, S. 156 f.).

Räumlich relevanter Markt

103. Der räumlich relevante Markt beschränkt sich auf die Gebiete, die bedient werden (vgl. AZ Vertriebs AG, RPW 2002/1, S. 156 f.) Im vorliegenden Fall sind es die von der jeweiligen Vertriebsorganisation abgedeckten Grossräume Bern und Zürich.

B.4.1.m Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung

Sachlich relevanter Markt

104. Die Weko hat im Fall Tamedia AG/Radio Basel 1 Werbe AG/Radio Regenbogen, RPW 2007/1, S. 113 f. einen Markt für die Vermittlung von TV-, Radio- und Kinowerbung (audiovisuelle Werbung) abgegrenzt.

Räumlich relevanter Markt

105. Für die Vermittlung audiovisueller Werbung wurde im zitierten Fall von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen, wobei die definitive Marktabgrenzung offen gelassen wurde. Dies rechtfertigt sich auch im vorliegenden Fall, weil der Zusammenschluss aufgrund der starken Stellung anderer Konkurrenten nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führen wird.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

106. 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).

107. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

108. Das Sekretariat wählt folgende Vorgehensweise: Als erstes werden diejenigen Märkte analysiert, in welchen beide Zusammenschlussparteien tätig sind. Dabei werden jedoch sachlich zusammengehörende Märkte nicht getrennt, selbst wenn in den regionalen Märkten nicht beide Parteien tätig sind.

109. Anschliessend werden diejenigen betroffenen Märkte analysiert, in welchen nur eines der beiden Unternehmen tätig ist und es durch den geplanten Zusammenschluss kaum oder nicht zu Marktanteilsadditionen kommt.

B.4.2.a Markt für Frühzustellung von Zeitungen im Verteilgebiet der BEVO (Grossraum Bern)

110. Espace und Tamedia sind im Bereich der Frühzustellung von Zeitungen im Raum Bern zusammen mit der Post an der Vertriebsorganisation BEVO beteiligt. Die BEVO wird von Espace, Tamedia und der Post gemeinsam kontrolliert. Tamedia und Espace halten je eine Beteiligung von 25%, die Post hält 50%.

111. Gemäss Angaben der Parteien bestellt die Post zwei der vier Mitglieder des Verwaltungsrats, Tamedia und Espace je einen, wobei Beschlüsse von strategischer Bedeutung der Einstimmigkeit bedürfen. Die von den Parteien gemachten Angaben decken sich mit den Verhältnissen im Zeitpunkt der Meldung des damaligen Zusammenschlusses Post-BEVO in RPW 1998/2 S. 268 ff.

112. Nach Schätzungen der Parteien verfügt die BEVO im Verteilgebiet über einen Marktanteil von ca. 80-90%.

113. Bereits im Fall Südostschweiz Pressevertrieb AG (RPW 2000/2 S. 230 ff.) wurde darauf hingewiesen, dass der Markt für die Frühzustellung von Zeitungen einige Besonderheiten aufweist. So kommen als Interessenten von Frühzustelldiensten praktisch nur Zeitungsverlage in Frage. Die Anzahl der Zeitungen, die in den betroffenen Regionen als Nachfrager eines Frühzustelldienstes in Betracht kommen, ist jeweils begrenzt auf einige Titel.

114. Um die Frühzustellung als Dienstleistung kostendeckend anbieten zu können, muss ein möglichst hoher Anteil der Haushalte abgedeckt werden, was sich nur über die Verteilung von mehreren Titeln gleichzeitig erreichen lässt. Aufgrund der Eigenschaften der physischen Belieferung und der Logistik kann davon ausgegangen werden, dass die Frühzustellung in bestimmten Gebieten am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen durchgeführt werden kann. Ein Blick auf verschiedene Regionen in der Schweiz zeigt, dass derartige Gebietsmonopole im Pressevertrieb üblich sind.

115. So war bereits bisher in den Agglomerationen Zürich und Bern nur je eine Vertriebsorganisation tätig, obwohl – wenn überhaupt – nur in städtischen Gebieten mit zwei grösseren lokalen Zeitungen Platz für eine weitere Vertriebsorganisation ist.

116. In Freiburg ist eine Verträgerorganisation der ST-PAUL SA tätig, welche die Freiburger Nachrichten verträgt und gemäss Angaben der Parteien über einen Marktanteil von 0-10% verfügt. Im Raum Solothurn ist die VS Vertriebs GmbH als Tochtergesellschaft der Vogt-Schild Gruppe in diesem Bereich tätig. Laut Schätzungen der Parteien verfügt sie über einen Marktanteil 0-10%.

117. Die Struktur des Marktes weist somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf. In einem effizient funktionierenden Markt, der Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist, bestand bereits vor dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz. Vielmehr existiert eine Konkurrenz um den Markt, welche durch die potentiellen Konkurrenten geführt wird, z.B. diejenigen Vertriebsorganisationen, die bisher in andern Gebieten tätig waren, die Post oder Unternehmen aus dem Bereich Direktmarketing (RPW 1999/3, 473, Rz. 31).

118. An diesen Verhältnissen wird der vorliegende Zusammenschluss voraussichtlich nichts ändern, da bereits heute eine gemeinsame Kontrolle durch Post, Tamedia und Espace besteht.

B.4.2.b Markt für Frühzustellung von Zeitungen im Verteilgebiet der ZUVO (Grossraum Zürich)

119. Die ZUVO ist ein gemeinsames Unternehmen der NZZ und der Tamedia. Am Aktienkapital sind beide Ver-

lage in gleicher Höhe beteiligt. Zweck der Gesellschaft ist in erster Linie die Frühzustellung von abonnierten Zeitungen. Diese Dienstleistung wird nicht nur für die Verlagsprodukte der beiden Verlagshäuser erbracht, sondern sie steht auch Dritten zur Verfügung.

120. Das Verteilgebiet erstreckt sich über Teile des Kantons Zürich ohne das Oberland, St. Gallen und beider Appenzell sowie Kantone Thurgau und Schaffhausen. Der Marktanteil liegt gemäss Angaben der Parteien bei praktisch 100% im Verteilgebiet.

121. Im Zürcher Oberland ist die DZO Druck Oetwil a.S. AG als Vertriebsorganisation tätig. Sie verträgt den Zürcher Oberländer und die Zürichsee-Zeitung.

122. Auch für das Gebiet der ZUVO gelten die bei der BEVO gemachten Überlegungen in Bezug auf die Struktur des Marktes, welche Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist. In einem effizient funktionierenden Markt, der Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist, bestand bereits vor dem Zusammenschluss keine aktuelle Konkurrenz. Dies gilt auch für das Verteilgebiet der ZUVO. Vielmehr existiert eine Konkurrenz um den Markt, welche durch die potentiellen Konkurrenten geführt wird, z.B. diejenigen Verfassungsorganisationen, die bisher in andern Gebieten tätig waren, die Post oder Unternehmen aus dem Bereich Direktmarketing (RPW 1999/3, 473, Rz. 31). Mit dem vorliegenden Zusammenschluss fällt keine wichtige potentielle Konkurrentin für diesen Markt weg.

123. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zusammenschlussparteien im Markt für Frühzustellung von Zeitungen im Verteilgebiet der ZUVO vor.

B.4.2.c Markt für nationale Print-Firmenwerbung in der Deutschschweiz

124. Die bisherigen Erhebungen der Weko im nationalen Werbemarkt belegen, dass national erwünschte Werbewirkungen mittels Belegung grosser, überregionaler Tages- und Wochenzeitungen und unter Nutzung der durch die jeweils zur Verfügung stehenden Werbepools ermöglichten Inseratekombinationen erzielt werden (vgl. RPW 1997/2, 193, Rz. 93, "Publicitas – Gasser – Tschudi-Druck").

125. Tamedia ist mit dem Tagesanzeiger, Espace mit der Berner Zeitung im Metropool enthalten. Die bisherige nationale Inseratekombination Swisspool wurde ersetzt. Per 1. Januar 2005 schlossen sich die Basler Zeitung, die Berner Zeitung und der Zürcher Tagesanzeiger zum neuen Inseratepool Metropool zusammen.

126. Die Parteien treten im Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Zeitungen der Deutschschweiz mit folgenden Printtiteln auf: Tamedia mit Tagesanzeiger, Sonntagszeitung, Thurgauer Zeitung Gesamtausgabe und Espace mit der Berner Zeitung Gesamtausgabe.

127. Die Parteien haben in ihren Marktanteilsberechnungen zusätzlich Zeitschriften mit allgemeinen Themen und die Programmpresse integriert. Für Tamedia sind dies das Magazin, die Schweizer Familie und tvtäglich. Espace hat in diesen beiden Bereichen keine Printtitel.

128. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien am Gesamtvolumen der Anzeigen im nationalen Markt präsentieren sich nach Angabe der Parteien unter Einschluss der Illustrierten und der Programmpresse wie folgt:

- Espace Media Groupe:	0-10%
- Tamedia	20-30%

Kumuliert beträgt der Marktanteil nach Auffassung der Parteien deshalb **20-30%**.

129. Als die drei grössten Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Parteien werden Ringier (Blick, SonntagsBlick, Schweizer Illustrierte) mit **18.7%**, die NZZ-Gruppe (NZZ, NZZ am Sonntag, Neue Luzerner Zeitung Gesamtausgabe, St.Galler Tagblatt Gesamtausgabe und NZZ Folio) mit **17.5%** und Migros (Migros-Magazin) mit **9.5%** angegeben.

130. Wird der Markt für Printfirmenwerbung entsprechend der Praxis der Weko gestützt auf die von den Parteien eingereichten Zahlen ohne Illustrierte und ohne Programmpresse berechnet, ergeben sich folgende Marktanteile:

- Espace Media Groupe:	0-10%
- Tamedia	10-20%

Kumuliert beträgt der Marktanteil deshalb **20-30%**.

131. Die drei grössten Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Parteien haben nach dieser Bereinigung folgende Marktanteile:

- Ringier (Blick, SonntagsBlick)	10-20%
- NZZ-Gruppe (NZZ, NZZ am Sonntag, Neue Luzerner Zeitung Gesamtausgabe, St.Galler Tagblatt Gesamtausgabe)	10-20%
- Migros (Migros-Magazin)	10-20%

132. Die im Rahmen der vorläufigen Prüfung angefragten Verlage gehen von unterschiedlichen Wirkungen auf dem nationalen Werbemarkt aus. Während gewisse Verlage keine Auswirkungen auf dem nationalen Markt erwarten, wird insgesamt davon ausgegangen, dass die Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Parteien gestärkt wird. Insbesondere wird befürchtet, dass Tamedia zusätzlich zum Raum Bern in einem nächsten Schritt den Raum Basel besetzen könnte. Die Zeitungen aus dem Verbund der Mittelland-Zeitungen befürchten, dass der Raum Zürich bis Bern durch Tamedia monopolisiert werden könnte, die Zürcher Landzeitungen befürchten dies in Bezug auf die Achse Zürich-Thurgau.

133. Hierzu ist zu bemerken, dass die befürchteten Auswirkungen jeweils einzelne, eher ländliche Regionen der Schweiz betreffen und somit für den nationalen Werbemarkt zu relativieren sind. Anders dürfte sich die Lage in Bezug auf Basel präsentieren, weil den urbanen Zentren in der nationalen Werbung ein besonderes Gewicht zukommt.

134. Anders als die Verlage sieht die Marktgegenseite, die befragten Mediaagenturen, keine wettbewerbsrechtlichen Probleme auf dem Werbemarkt. Mediaagenturen beurteilen den Zusammenschluss teilweise als notwendig für das langfristige Überleben der Gruppe. Daher

erscheint die von den Verlagen geltend gemachte Stärkung von Tamedia und Espace auf dem nationalen Werbemarkt nach Ansicht der Werbetreibenden gering.

135. Zudem haben gewisse Medienagenturen, welche über relativ grosse Werbevolumina verfügen, bestätigt, dass sie in der Lage sind, mit Verlagen über Preisreduktionen etc. zu verhandeln, mithin über eine relativ starke Stellung verfügen können.

136. Die Parteien machen geltend, die Werbeausgaben in Zeitungen steige nach Jahren der negativen Entwicklung angesichts der guten Wirtschaftslage zwar wieder, allerdings weniger stark als es die Wirtschaftslage erwarten liesse. Vor allem die Werbung in den abonnierten Regionalzeitungen wachse nur leicht, stärker würden die Werbung in Pendlerzeitungen sowie die TV- und Online-Werbung wachsen. Nach den Erwartungen der Parteien dürfte das Werbevolumen in den Print-Werbemärkten weiter zugunsten der elektronischen Werbung stagnieren oder schrumpfen.

137. Dabei fliesst im Bereich der regionalen Werbung mit "Tele Züri", "Tele Bärn" sowie den Lokalradios "Capital FM" und "Radio 24" ein Teil der von den Zeitungen abwandernden Werbevolumen in Werbeträger, die im Besitz der am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind.

138. Für den nationalen Werbemarkt ist dies nicht der Fall. Für nationale Werbekampagnen in elektronischen Medien stehen vielmehr Kampagnen im Schweizer Fernsehen (SRG) zur Verfügung. Was den Bereich der Online-Werbung betrifft, wird dieser nachstehend unter Kapitel B.4.2.g analysiert, wobei in diesem Markt zwar Tamedia und Espace tätig sind, aber starke Wettbewerber bestehen, so dass die befragten Medienagenturen auch in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken äussern. Bereits aus früheren Zusammenschlüssen ist bekannt, dass für nationale Werbung in Printmedien die Sonntagszeitungen als wichtige Werbeträger gelten. Mit dem Sonntagsblick und der NZZ am Sonntag verbleiben neben der zu Tamedia gehörenden Sonntagszeitung zwei wichtige Konkurrenten. Zudem gibt die Südostschweiz seit 2006 eine Sonntagszeitung heraus, wobei diese weniger national ausgerichtet ist. Auch der Verbund der Mittellandzeitungen wird im September eine neue Sonntagszeitung lancieren.

139. Tamedia und Espace verfügen auf dem nationalen Werbemarkt über einen kumulierten Marktanteil von etwa 20-30%. Die Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten betragen 10-20%. Zusammenfassend bestehen angesichts der Marktanteile und Marktanteilsverteilung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Die aufgeführten aktuellen Wettbewerber sind in der Lage zu verhindern, dass sich die am Zusammenschluss beteiligten Parteien von den andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können.

140. Zudem scheint der Wettbewerbsdruck durch andere Werbeträger wie Fernsehen, Plakate, Direktwerbung und Internet in der Tendenz zuzunehmen, so dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Markt für nationale Anzeigen eine marktbeherrschende Stellung durch den geplanten Zusammenschluss begründet oder verstärkt

wird, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.4.2.d Markt für Zeitungsdruck

141. Das Gesamtmarktvolumen für den Druckbereich weist gemäss Verband für visuelle Kommunikation (VISCOM) gesamtschweizerisch ein Volumen von ca. CHF 5'520 Mio. auf. Nicht publiziert ist gemäss Parteien in der letzten Veröffentlichung der Anteil Zeitungsdruck. In der Veröffentlichung 2006 schätzte die VISCOM den Anteil Zeitungsdruck auf 16% des Gesamtmarktes. Übertragen auf die diesjährige Publikation resultierte für den Zeitungsdruck ein Volumen von CHF 883.2 Mio.

142. Tamedia ist mit ihrer eigenen Druckerei in Zürich tätig. Espace ist mit der Buechler Grafino AG und der einfachen Gesellschaft Druckzentrum Bern tätig.

143. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2006 gemäss Angaben der Parteien folgende Umsätze (in Mio. Franken):

Tamedia	[...]
Espace	[...]
Total	[...]

144. Bezogen auf die gesamte Schweiz ergibt sich entsprechend ein Anteil von ungefähr 10-20%. Allerdings weichen diese Marktanteilszahlen von denjenigen in der Meldung ab. Die Meldung rechnet mit einem Gesamtmarktvolumen, welches die Süd-, Ost- und Südostschweiz nicht berücksichtigt. Damit fällt das Gesamtmarktvolumen in der Meldung niedriger aus: CHF 791 Mio. Damit erhöhen sich die Marktanteile von Tamedia und Espace zusammen in der Meldung auf ungefähr 20-30%. Dennoch wird durch das Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Mit der NZZ-Gruppe, Edipresse mit dem Centre d'Impression Edipresse, und Ringier verbleiben Konkurrenten im Markt, die über genügend disziplinierende Wirkung verfügen. Dies umso mehr, als der Markt für Zeitungsdruck gemäss Geschäftsbericht NZZ durch relativ grosse Überkapazitäten geprägt ist.

B.4.2.e Markt für Akzidenzdruck

145. Das Gesamtmarktvolumen für den Druckbereich weist gemäss Verband für visuelle Kommunikation (VISCOM) gesamtschweizerisch ein Volumen von ca. CHF 5'520 Mio. auf. Das Gesamtmarktvolumen für den Bereich Akzidenzdruck bildet die Differenz zwischen dem Gesamtmarktvolumen für den gesamten Druckbereich und dem Zeitungsdruck, der wie oben erwähnt auf 16% des Gesamtmarktes geschätzt wird. Daher errechnet sich ein Gesamtmarktvolumen für den Akzidenzdruck von CHF 4'636.8 Mio.

146. Tamedia ist im Markt für Akzidenzdruck mit den Tochtergesellschaften Huber & Co. AG und Huber Print-Pack tätig. Espace ist mit der Benteli Hallweg Druck AG und Schaer Thun AG in diesem Bereich tätig.

147. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2006 gemäss Angaben der Parteien folgende Umsätze (in Mio. Franken):

Tamedia	[...]
Espace	[...]
Total	[...]

148. Bezogen auf den Akzidenzdruck der gesamten Schweiz ergibt sich ein Anteil von ungefähr 0-10%. Damit liegt im Gegensatz zum Zeitungsdruck kein betroffener Markt vor.

B.4.2.f Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe

149. Im erwähnten Fall Ringier Print Holding AG – Druckerei Winterthur dw AG / ColorServ AG liess die Weko bei der räumlichen Marktabgrenzung offen, ob es sich um einen nationalen oder internationalen Markt handle. Im vorliegenden Fall kann die abschliessende Marktabgrenzung ebenfalls offen gelassen werden, da auch nach dem Zusammenschluss selbst bei nationaler Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

150. Die beteiligten Unternehmen schätzen ihre Marktanteile nach dem geplanten Zusammenschluss in einem national abgegrenzten Markt auf kumuliert 0-10%. Die Dienstleistungen der Druckvorstufe werden zu einem grossen Teil von den Verlagen selbst ausgeführt, aber auch von verschiedenen Anbietern, wie beispielsweise von Druckereien, Werbeagenturen und grafischen Betrieben. Damit liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.2.g Markt für Online-Firmenwerbung in der Deutschschweiz

151. Tamedia und Espace gehen beim Markt für Online-Firmenwerbung in der Deutschschweiz von Banner- und Suchmaschinenwerbung aus. Bei dieser Marktabgrenzung beträgt der gemeinsame Marktanteil von Tamedia und Espace 0-10%. Somit liegt unter der Marktabgrenzung von Tamedia und Espace kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor.

152. Die Weko hingegen lässt offen, ob Banner- und Suchmaschinenwerbung jeweils eigene sachlich relevante Märkte bilden. Deshalb berechnet die Weko zur Abschätzung der voraussichtlichen Stellung von Tamedia und Espace nach deren Zusammenschluss neue Werte für die Marktanteile. Diese neuen Werte für die Marktanteile basieren auf den Zahlen von Tamedia und Espace. Der Unterschied zwischen den von Tamedia und Espace angegebenen Marktanteilen und den neu berechneten Werten der Weko liegt in der Berücksichtigung der Suchmaschinenwerbung von Google. Im Gegensatz zu Tamedia und Espace klammert die Weko für die neu berechneten Marktanteile die Suchmaschinenwerbung von Google aus.

153. Zudem ist eine Ausklammerung von Suchmaschinenwerbung bei der Berechnung der Marktanteile im Einklang mit den restlichen Teilen der Meldung von Tamedia und Espace. Denn die Meldung von Tamedia und

Espace lässt beim nationalen Markt für Rubrikanzeigen 20minuten.ch weg. Als Begründung geben Tamedia und Espace an, dass 20minuten.ch keine Rubrikanzeigen enthält. "Vielmehr wird unter der Rubrik AutoImmoJob auf andere Plattformen wie jobwinner.ch, alpha.ch, homegate.ch oder piazza.ch weiterverlinkt." Ebenso nimmt die Suchmaschinenwerbung von Google bei Online-Firmenwerbung eine Weiterverlinkung vor. Somit ist es konsequenter, die Suchmaschinenwerbung von Google für die Marktanteilsberechnung auszuklammern.

154. Unter Abzug von Google in der Zahlenbasis von Tamedia und Espace resultiert ein kumulierter Marktanteil von ungefähr 10-20%. Die bedeutenden Wettbewerber sind Swisscom mit ungefähr 10-20%, die Post mit ungefähr 10-20%, Ringier mit ungefähr 10-20% und SBB Online mit ungefähr 0-10% Marktanteil. Daneben existiert eine Vielzahl von Anbietern für Online-Firmenwerbung mit geringeren Marktanteilen.

155. Folglich würde auch bei einer engeren Marktabgrenzung kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegen.

B.4.2.h Markt für lokale/regionale Radiowerbung

156. Einleitend ist festzuhalten, dass Radiomärkte in der Schweiz stark regulierte Märkte sind. Als Werbeträger kommen nur Privatradios in Frage, weil die Radiosender der staatlichen SRG gestützt auf Art. 14 Abs. 1 RTVG grundsätzlich werbefrei sind. Die überregionalen und nationalen privaten Sender verfügen gemäss Angaben der Parteien über verschwindend kleine Marktanteile.

157. Die lokalen/regionalen Radiowerbemärkte umfassen nach Praxis der Weko die Konzessions- bzw. Sendegebiete der betroffenen Radios. In den jeweiligen vom Zusammenschluss betroffenen Konzessionsgebieten sehen sich die Radios der Zusammenschlussparteien folgender aktueller Konkurrenz ausgesetzt:

Konzessionsgebiet von Radio Capital FM

158. Im Konzessionsgebiet von Radio Capital FM (Espace Media Groupe) im Raum Bern ist Radio BE 1 der einzige Konkurrent von Capital FM. Radio BE 1 gehört gegenwärtig noch zur NZZ-Gruppe.

159. Nach Angabe der Parteien entfällt auf Capital FM ein Marktanteil von unter 40% für das Jahr 2006. Gemäss Parteien ist der Marktanteil rückläufig, indem er 2004 noch über 50% und 2005 noch über 40% lag.

160. Nach Angabe der Parteien verhält sich die Marktanteilsentwicklung des Konkurrenten BE 1 gerade umgekehrt, indem es heute gemäss Meldung über einen Marktanteil von über 60% verfügt.

161. Aufgrund dieser Marktanteile liegt ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Tamedia ist in diesem Markt nicht tätig, womit keine Marktanteilsadditionen vorliegen. Nach Auffassung der Weko erfährt die Wettbewerbssituation aufgrund des regulatorischen Umfeldes auch in Bezug auf die potentielle Konkurrenz keine Verschlechterung durch den Zusammenschluss. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zusammenschlussparteien

im Bereich der lokalen/regionalen Radiowerbung im Konzessionsgebiet von Radio Capital FM vor.

Konzessionsgebiet von Radio 24

162. Im Konzessionsgebiet von Radio 24 FM (Tamedia) im Raum Zürich sind folgende Radios Konkurrenten von Radio 24: Radio Zürisee (Zürichsee Medien AG) und Energy (Ringier AG), am Rande auch Radio Top, dessen Verbreitungsgebiet sich aber nur teilweise mit demjenigen von Radio 24 deckt.

163. Nach Angabe der Parteien entfällt auf Radio 24 ein Marktanteil von 40-50% für das Jahr 2006. Gemäss Parteien ist der Marktanteil rückläufig, indem er 2004 noch bei 40-50% lag und 2005 40-50% betrug.

164. Nach Angabe der Parteien verfügt heute Radio Energy über einen Marktanteil von 23.8% und Radio Zürisee gemäss Meldung über einen Marktanteil von 16.6%.

165. Aufgrund dieser Marktanteile liegt ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Espace ist in diesem Markt nicht tätig, womit keine Marktanteilsadditionen vorliegen. Nach Auffassung der Weko erfährt die Wettbewerbssituation aufgrund des regulatorischen Umfeldes auch in Bezug auf die potentielle Konkurrenz keine Verschlechterung durch den Zusammenschluss. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zusammenschlussparteien im Bereich der lokalen/regionalen Radiowerbung im Konzessionsgebiet von Radio 24 vor.

Konzessionsgebiet von Radio Canal 3

166. Im Konzessionsgebiet von Radio Canal 3 im Raum Biel der einzige Lokalsender im Konzessionsgebiet, womit sein Marktanteil 100% beträgt. Die Zusammenschlussparteien machen in ihrer Meldung geltend, Canal 3 zu verkaufen, weshalb sich eine weitere Prüfung diesbezüglich erübrigt.

Konzessionsgebiet von Radio Basilisk

167. Im Konzessionsgebiet von Radio Basilisk (Tamedia) in Basel besteht als Konkurrent Radio Basel 1 (BAZ-Mediengruppe). Die Parteien geben für Basilisk einen Marktanteil von 40-50% an, während das Konkurrenzradio Basel 1 über 50-60% Marktanteil verfüge. Auf der Internetseite von Basilisk wird zu den Leistungsdaten auf die Seite www.medag.ch/leistungsdaten.cfm verwiesen, wonach Basilisk über höhere Zuhörerzahlen verfügt als Basel 1, weshalb die präsentierten Marktanteile der Parteien für Basilisk möglicherweise etwas zu tief liegen.

168. Eine weitere Prüfung erübrigt sich jedoch angesichts der Zusage der Parteien in der Meldung, Basilisk zu verkaufen.

B.4.2.i Markt für nationale Radiowerbung

169. Gemäss Angaben der Parteien liegen die Marktanteile von Espace und Tamedia für 2006 im Markt für nationale Radiowerbung kumuliert bei 10-20%, womit nach ihrer Auffassung kein betroffener Markt vorliegt. Die Marktanteile betragen für 2005 20-30% und für 2004 20-30%. Bei der Berechnung der Marktanteile wurden bereits die Marktanteile von Canal 3 und Basilisk abgezogen,

da die beiden Sender verkauft werden, wenn der Zusammenschluss genehmigt wird.

170. Die wichtigsten Wettbewerber sind die NZZ-Gruppe (Radio Aktuell, BE 1, Pilatus, Ri) mit gemäss Meldung 19.8% Marktanteil, die AZ Medien Gruppe (Radio Argovia) mit 10.4% und Ringier (Radio Energy) mit 8.4% für 2006.

171. Die Pool-Zugehörigkeit ist für die Akquisition von nationaler Werbung entscheidend (vgl. Tamedia AG –LH Holding AG/Radio Basilisk Betriebs AG, RPW 2002/3, S. 488 m.w.H.).

172. Die Zusammenschlussparteien sind mit Radio 24, Capital FM und gegenwärtig noch Canal 3 und Radio Basilisk im Swiss Radio Pool SRP. Der SRP ist der einzige Radiopool mit nationaler Abdeckung. Insgesamt gibt es in der Deutschschweiz 8 Radiopools, wobei die übrigen nur über eine regionale Abdeckung verfügen.

173. Mit Pilatus, Aktuell und BE 1 gehören drei wichtige Pool-Mitglieder (noch) zur NZZ-Gruppe, die im Bereich Privatradios gegenwärtig die grösste Macht ist. Allerdings gilt auch für die NZZ-Gruppe, dass sie wohl gestützt auf Art. 44 Abs. 3 RTVG Radios veräussern wird. In Art. 44 Abs. 3 RTVG ist vorgesehen, dass ein Veranstalter bzw. das Unternehmen, dem er gehört, maximal zwei Fernsehkonzessionen und zwei Radiokonzessionen erwerben kann. Nur konzessionierte Radios erhalten eine UKW-Frequenz, was für den rentablen Betrieb eines Radios in der nächsten Zukunft noch unentbehrlich ist. Sie hätte dann gleich wie Tamedia die Kontrolle über zwei (konzessionierte) Radios. Da noch nicht bekannt ist, wie sich die NZZ-Gruppe in dieser Hinsicht verhalten wird, kann noch nicht abgeschätzt werden, wie sich die Marktanteile in Zukunft verändern werden.

174. Gemäss aktuellen Hörerzahlen (1. Halbjahr 2007), die auf www.radiotele.ch publiziert sind, liegt bei den Privatradios der Zürcher Tamedia-Sender Radio 24 mit 2.8% Marktanteil vor Radio Pilatus (2.1%), Radio Argovia (AZ Medien Gruppe) mit 2%, Radio Zürisee (1.9%), Radio Top und Energy Zürich (Ringier) mit je 1.8%. Die Hörerzahlen sind ein wichtiges Indiz für die Marktanteile bei der Ermittlung der Marktstellung auf dem nationalen Markt für Radiowerbung.

175. Angesichts der oben stehenden Marktanteile auf dem Hörermarkt, der gegenwärtigen Position der NZZ-Gruppe auf dem Radiomarkt und der Tatsache, dass nur ein nationaler Pool besteht, dem wichtige Radios angehören, die nicht unter der Kontrolle der Zusammenschlussparteien stehen, sind gegenwärtig keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach im Markt für nationale Radiowerbung in der Deutschschweiz eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt würde.

B.4.2.j Markt für regionale Fernsehwerbung

176. Einleitend ist festzuhalten, dass wie die Radiomärkte die Fernsehmärkte in der Schweiz stark regulierte Märkte sind.

177. Die lokalen/regionalen Fernsehmärkte umfassen nach Praxis der Weko die Konzessions- bzw. Sendegebiete der betroffenen Fernsehsender. In den jeweiligen vom Zusammenschluss betroffenen Konzessionsgebiete

ten sehen sich die Radios der Zusammenschlussparteien folgender aktueller Konkurrenz ausgesetzt:

Konzessionsgebiet von TeleBärn

178. Im Markt für regionale Fernsehwerbung ist Espace im Raum Bern mit TeleBärn tätig. TeleBärn ist in seinem Konzessionsgebiet der einzige Lokalsender. Sein Marktanteil an lokaler bzw. regionaler Werbung betrug deshalb bereits vor dem Zusammenschluss 100%. In diesem Markt erfolgen durch den Zusammenschluss keine Marktanteilsadditionen. Nach Auffassung der Weko erfährt die Wettbewerbssituation aufgrund des regulatorischen Umfeldes auch in Bezug auf die potentielle Konkurrenz keine Verschlechterung durch den Zusammenschluss. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zusammenschlussparteien im Bereich der lokalen/regionalen Fernsehwerbung im Konzessionsgebiet von TeleBärn vor.

Konzessionsgebiet von Tele Züri

179. Im Markt für regionale Fernsehwerbung ist Tamedia im Raum Zürich mit Tele Züri tätig. Gemäss Angaben der Parteien beträgt der Marktanteil an lokaler bzw. regionaler Fernsehwerbung 90-100%. Espace ist in diesem Markt nicht tätig. Konkurrent zu Tele Züri ist Tele Top, dessen Sendegebiet im Osten gewisse Überschneidungen aufweist. Tele Top verfügt über einen Marktanteil von 0-10%. In diesem Markt erfolgen durch den Zusammenschluss keine Marktanteilsadditionen. Nach Auffassung der Weko erfährt die Wettbewerbssituation aufgrund des regulatorischen Umfeldes auch in Bezug auf die potentielle Konkurrenz keine Verschlechterung durch den Zusammenschluss. Aus diesen Gründen liegen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zusammenschlussparteien im Bereich der lokalen/regionalen Fernsehwerbung im Konzessionsgebiet von Tele Züri vor.

B.4.2.k Markt für nationale Fernsehwerbung

180. Für den Markt für nationale Fernsehwerbung entfällt angesichts der überragenden Stellung der SRG und der starken Stellung der ausländischen deutschsprachigen TV-Sender eine Prüfung. Gemäss Angaben der Parteien verfügen Tamedia und Espace kumuliert über einen Marktanteil von 0-10%. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Markt für nationale Fernsehwerbung eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

B.4.2.l Nuttermärkte im Online-Bereich

Nutzermarkt im Bereich News-Sites in der Deutschschweiz

181. Im Online-Bereich für News-Sites sind Tamedia und Espace mit verschiedenen Angeboten tätig. Tamedia tritt beispielsweise mit 20minuten.ch, radio24.ch oder tagesanzeiger.ch im Internet auf. Mit ihren Online-Auftritten erreichte Tamedia im Jahr 2006 ungefähr 10-20% Marktanteil bei den Nutzern, wenn man von einem sachlich relevanten Markt für News-Sites ausgehen würde.

182. Espace ist im Online-Bereich für News-Sites zunächst mit espace.ch aktiv. In espace.ch sind auch mehrere eigenständige Online-Angebote von Espace zusammengefasst. Diese eigenständigen Online-Angebote sind zum Beispiel bernerzeitung.ch, capitalfm.ch oder telebaern.ch. Bei einer hypothetischen Abgrenzung, die den Markt Nutzermarkt im Online-Bereich für News-Sites umfasste, würde der Marktanteil von Espace im Jahr 2006 gemäss Meldung bei ungefähr 0-10% liegen.

183. Folglich erreichten Tamedia und Espace zusammen ungefähr 10-20% des hypothetischen Marktes für News-Sites. Die drei wichtigsten Konkurrenten im nutzerseitigen Online-Bereich für News-Sites sind die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, Bluewin und die NZZ-Gruppe. SRG verfügt über einen Marktanteil von ungefähr 10-20%. Bluewin und die NZZ-Gruppe machen gemäss Meldung jeweils ungefähr 10% des Marktes aus. Daneben existieren weitere Konkurrenten wie beispielsweise blick.ch.

184. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Tamedia-Espace im Online-Bereich für News-Sites nutzerseitig eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Nutzermarkt im Bereich News-Sites im Grossraum Bern

185. Aufgrund der Angaben in der Meldung beträgt der Marktanteil von Espace im Grossraum Bern im Jahr 2006 10-20%. Tamedia verfügt im Grossraum Bern über einen Marktanteil von 0-10%. Als wichtigste Wettbewerber nennen Tamedia und Espace die SRG (18% Marktanteil), Ringier (9% Marktanteil) und Swisscom (Marktanteil 8%). Daneben besuchen die Nutzer eine Vielzahl weiterer Internetseiten.

186. Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Tamedia-Espace im Online-Bereich für News-Sites im Grossraum Bern nutzerseitig eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Nutzermarkt im Bereich News-Sites im Grossraum Zürich

187. Im Grossraum Zürich ist die Situation ähnlich wie im Grossraum Bern. Tamedia verfügt im Jahr 2006 über einen Marktanteil von 10-20%. Der Marktanteil von Espace beträgt 0-10%. Wiederum nennen Tamedia und Espace die SRG als wichtigste Konkurrenz. Die SRG verfügt über einen Marktanteil von 10-20%. Weitere wichtige Wettbewerber sind Ringier mit 0-10% Marktanteil und die NZZ-Gruppe mit ungefähr 0-10% Marktanteil. Daneben besuchen die Nutzer eine Vielzahl weiterer Internetseiten.

188. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss Tamedia-Espace im Online-Bereich für News-Sites im Grossraum Zürich nutzerseitig eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt.

Vorbemerkung zu den nachfolgend analysierten Märkten

189. Die Parteien stellen sich auf den Standpunkt, dass in den folgenden Märkten keine oder kaum Marktanteilsadditionen erfolgen und deshalb die Marktstellung nicht verändert wird. Dem ist zu entgegnen, dass nicht ausschliesslich Marktanteilsadditionen zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen können. Bei der Prüfung der Marktstellung spielen verschiedene Parameter neben der aktuellen Konkurrenz eine Rolle. Die Marktstellung ist namentlich auch abhängig von potentieller Konkurrenz (Marktzutrittschranken, Markteintritte und -austritte, Produktneueinführungen, vgl. PATRIK DUCREY in SIWR V/2, S. 278).

190. Potentielle Konkurrenz existiert nach der Praxis der Weko nur, wenn Marktzutritte wahrscheinlich sind, sofern sich die Zusammenschlussparteien missbräuchlich verhalten würden, solche Marktzutritte innerhalb von zwei bis drei Jahren erfolgen können, und die Zutritte in einem Ausmass bzw. durch Unternehmen erfolgen, welche die Stellung der im Markt bereits tätigen Unternehmen gefährden und damit zu einer tatsächlichen Veränderung der Marktverhältnisse führen können.

191. Der Zusammenschluss eines aktuellen mit einem potentiellen Wettbewerber begründet (oder verstärkt) namentlich dann eine marktbeherrschende Stellung, wenn sich ein im relevanten Markt etabliertes Unternehmen (aktueller Wettbewerber) mit einem starken potentiellen Konkurrenten zusammenschliesst und wenn es im relevanten Markt bereits vor dem Zusammenschluss wenig oder keinen Wettbewerb zwischen aktuellen Konkurrenten gab und die Handlungsspielräume dieses oder dieser Wettbewerber(s) vornehmlich durch den am Zusammenschluss beteiligten potentiellen Konkurrenten beschränkt waren.

192. Die nachfolgend analysierten Märkte sind Märkte, in denen vorwiegend oder ausschliesslich eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig ist. Die Analyse erfolgt im Interesse der Übersichtlichkeit in tabellarischer Form. Dabei werden die Marktanteile der Parteien bzw. die Marktanteilsadditionen dargestellt, die wichtigsten Konkurrenten genannt und die Bewertung der Veränderung in den Wettbewerbsverhältnissen, insbesondere in Bezug auf die potentielle Konkurrenz abgegeben. Dabei bedeutet "+" eine Verbesserung, "-" eine Verschlechterung und mit "0" wird dargestellt, dass keine Veränderung erwartet wird.

B.4.2.m Lesermärkte

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Lesermarkt für Tageszeitungen im Berner Oberland (WG 22)	E: 70-80% mit Thuner Tagblatt, Berner Oberländer, Berner Zeitung, Bund, Solothurner Tagblatt T: 0-10%	Ringier (Blick): 20-30% NZZ-Gruppe (NZZ): 0-10%	0
Lesermarkt für Tageszeitungen im Berner Mittelland (WG 34)	E: 60-70% mit Berner Zeitung, Bund, Solothurner Tagblatt, Berner Oberländer, Thuner Tagblatt T: 0-10%	Ringier (Blick): 20-30% Freiburger Nachrichten: 0-10% (redaktionelle Zusammenarbeit mit BZ) NZZ-Gruppe (NZZ): 0-10%	0
Lesermarkt für Tageszeitungen im Grossraum Zürich	T (Tagesanzeiger): 30-40% E: 0%	NZZ-Gruppe (NZZ, NLZ): 10-20% Ringier (Blick): 10-20% Zürich See Medien (Zürichsee-Zeitung und Kopfblätter) 10-20% Mittellandzeitung: 10-20%	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Lesermarkt für Lokalzeitungen im Berner Seeland (WG 33)	E (Anzeiger von Kerzers und Murtenbieter): 90-100% T: 0%		0
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Zürich von 20 Minuten	T: 70-80% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 20-30%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Bern von 20 Minuten	T: 70-80% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 20-30%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Basel von 20 Minuten	T: 70-80% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 20-30%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Luzern von 20 Minuten	T: 100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)		0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe St. Gallen von 20 Minuten	T: 100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)		0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Lausanne von 20 Minuten	T: 40-50% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 50-60%	0
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Genf von 20 Minuten	T: 40-50% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 50-60%	0
Markt für Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Romandie von 20 Minuten	T: 30-40% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 60-70%	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für Sonntagszeitungen	T: 30-40% E: 0%	Ringier (Sonntags Blick): 40-50% NZZ-Gruppe (NZZ am Sonntag): 10-20% (nur bedingt: Südostschweiz Verlag AG (Südostschweiz am Sonntag): 0-10%)	0
Markt für Programmpresse	T (Tvtäglich): 30-40% E: 0%	Axel Springer (Tele, TV Star, TV2, TV4): 40-50% Teleclub: 0-10% Radio Magazin: 0-10% Evt. als Substitut TV-Programme in den Tageszeitungen,	0, in Zukunft elektronische Programmführer
Markt für Motorradzeitschriften in der Romandie	E (Moto Sport Suisse): 100% T: 0%	In Meldung nicht bezeichnete französische Publikationen	0
Markt für jährlich erscheinende gratis Golfplatzführer (frz. Und dts.)	E (Golfplatzführer): je in Deutschschweiz und Romandie 100%	-	0

Die übrigen Lesermärkte sind gemäss Angaben der Parteien nicht betroffene Märkte. Es handelt sich dabei um folgende Märkte:

Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 32 (Solothurn): Die Parteien geben einen Marktanteil von 10-20% an. Gemäss WEMF-Media-Analyse verfügen die in diesem Gebiet wichtigsten Zeitungen und Kombinationen über folgende Reichweiten, in absteigender Reihenfolge nach Reichweite geordnet:

Mittelland Zeitung Gesamtausgabe: 57.6%

Jura Südfuss Kombi: (Solothurner Woche (E) und Anzeiger Thal Gäu) 38.2%

Solothurner Zeitung Gesamtausgabe: 32%
(Anzeiger Solothurn: 27.2)

Expo-Kombi: (3 der 5 beteiligten Zeitungen von Espace): 27%

Solothurner Woche (E): 25.7%

Kombination Olten/Zofingen: 23.5%

Blick: 21.6%

(Stadtanzeiger Olten: 18.9%)

20 Minuten: 18.5%

Oltner Tagblatt 16%

Berner Zeitung Gesamtausgabe (inkl. Solothurner Tagblatt): 14%

Tagesanzeiger: 9%

Aufgrund der überragenden Stellung der Mittellandzeitung erübrigt sich eine vertiefte Prüfung dieses Marktes. In Bezug auf den Bereich der Print-Firmenwerbung vgl. die nachstehenden Ausführungen unter Zwischenergebnis.

Lesermarkt für Tageszeitungen im WG 33 (Berner See-land)

Lesermarkt für Tageszeitungen im Grossraum Ostschweiz

Lesermarkt für lokale Gratiszeitungen und Anzeiger im Berner Oberland (WG 22)

Lesermarkt für lokale Gratiszeitungen und Anzeiger im WG 32 (Solothurn)

Lesermarkt für lokale Gratiszeitungen und Anzeiger im WG 34 (Berner Mittelland)

Lesermarkt für lokale Gratiszeitungen und Anzeiger im Grossraum Zürich

Lesermarkt für Modemagazine für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise

Lesermarkt für Finanz- und Wirtschaftspresse

Lesermarkt für illustrierte Zeitschriften mit allgemeinen Themen

Lesermarkt für Printmedien im Bereich Automobil

Lesermarkt für Printmedien im Bereich Motorrad

Lesermarkt für Fachmedien im Bereich Landwirtschaft

Lesermarkt für Fachzeitschriften im Nutzfahrzeugbereich

Lesermarkt für Printmedien im Bereich Eishockey

B.4.2.n Werbemärkte im Printbereich

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der Deutschschweiz	T: 90-100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 0-10%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für nationale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen in der Romandie	T: 60-70% E: 0%	Edipresse (matin bleu): 30-40%	0
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Bern von 20 Minuten	T: 90-100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 0-10%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Zürich von 20 Minuten	T: 90-100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 0-10%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Basel von 20 Minuten	T: 90-100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Ringier (heute): 0-10%	0; (demnächst Markteintritt von .ch)

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe St. Gallen von 20 Minuten	T: 100% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)		0; (demnächst Markteintritt von .ch)
Markt für für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Lausanne von 20 Minuten	T: 60-70% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 30-40%	0
Markt für für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Genf von 20 Minuten	T: 60-70% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 30-40%	0
Markt für für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Romandie von 20 Minuten	T: 30-40% E:0% (gemäss Meldung ist Espace noch nicht beteiligt an Express Zeitung AG)	Edipresse (matin bleu): 60-70%	0
Markt für Print-Firmenwerbung in Modemagazinen für ein weibliches Publikum mit vierzehntäglicher oder monatlicher Erscheinungsweise	T (Annabelle): 60-70% E:0%	Ringier (Bolero, SI Style): 30-40% Marquard Media (Cosmopolitan, Shape): 0-10% Burda (Freundin): 0-10%	0
Markt für Print-Firmenwerbung in der Finanz- und Wirtschaftspresse	T (Finanz und Wirtschaft): 30-40% E: 0%	Axel Springer (Bilanz, HandelsZeitung, Stocks): 50-60% Ringier (Cash daily): 0-10%	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Automobil in der Romandie	T: 0% E: 30-40%	Touring: 50-60% vétérans car club: 0-10%	0
Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Motorrad in der Deutschschweiz	E (Moto Sport Schweiz): 60-70% T: 0%	Motor Presse (Schweiz) AG (Motorrad, Töff): 30-40%	0
Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Motorrad in der Romandie	E (Moto Sport Suisse): 100% T: 0%	In Meldung nicht bezeichnete französische Publikationen	0
Markt für jährlich erscheinende gratis Golfplatzführer (frz. Und dts.)	E (Golfplatzführer) je in Deutschschweiz und Romandie 100% T: 0%	-	0, kein Einbezug von periodischen Golfzeitschriften
Markt für Print-Firmenwerbung in illustrierten Zeitschriften mit allgemeinen Themen	T (Magazin, Schweizer Familie): 30-40% E: 0%	Ringier (Schweizer Illustrierte): 40-50% Axel Springer (Beobachter): 10-20%	0
Markt für Print-Firmenwerbung in der Programmpresse	T (tv-täglich): 30-40% E: 0%	Axel Springer (Tele, TV2, TV Star): 60-70%	0
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im Berner Oberland (WG 22)	E (Berner Zeitung, Thuner Amtsanzeiger): 30-40% T 0-10%	Ringier (Blick, Sonntags Blick): 0-10% Weber Verlag (Bödeli und Spiez Info): 0-10% Schlaefli + Maurer AG (Anzeiger für das Amt Interlaken): 0-10%	0
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in Solothurn (WG 32)	E (Berner Zeitung, Solothurner Woche): 10-20% T (Sonntagszeitung, Tagesanzeiger): 0-10%	AZ Medien Gruppe (Mittellandzeitung): 20-30% Ringier (Blick, Sonntags Blick): 0-10% Stadtanzeiger Olten: 0-10%	- (vgl. Text nachstehend)

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im Berner Seeland (WG 33)	E (Anzeiger von Kerzers, Murtenbieter, Berner Zeitung Gesamtausgabe, Solothurner Woche): 10-20% T (Sonntagszeitung, Tagesanzeiger): 0-10%	Biel Bienne: 20-30% W. Gassmann AG (Bieler Tagblatt): 10-20% Ringier (Blick, Sonntags Blick): 0-10%	0
Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im Berner Mittelland (WG 34)	E (Berner Bär Stadt, Berner Zeitung Gesamtausgabe, Solothurner Woche): 30-40% T (Sonntagszeitung, Tagesanzeiger): 0-10%	Ringier (Blick, Sonntags Blick): 0-10% NZZ-Gruppe (:): 0-10% Freiburger Nachrichten 0-10%	0 (Tamedia hat zugesagt, sie werde sich selbst an die Auflage zu Lasten der Espace halten, sich nicht am Anzeiger Region Bern zu beteiligen.

193. Die übrigen Märkte für Firmenwerbung in Printmedien sind gemäss Angaben der Parteien nicht betroffene Märkte. Es handelt sich dabei um folgende Märkte:

- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im Grossraum Zürich,
- Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung im Grossraum Ostschweiz,

- Markt für Print-Firmenwerbung in Printmedien im Bereich Automobil in der Deutschschweiz,

- Markt für Print-Firmenwerbung in der Fachpresse im Bereich Landwirtschaft,

- Markt für Print-Firmenwerbung in der Fachpresse im Nutzfahrzeugbereich.

B.4.2.n.1 Märkte für Print-Online-Rubrikanzeigen und Print-Online-Ankündigungsanzeigen

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Nationaler Markt für Print-Online-Rubrikanzeigen	T: 0-10% E: 0-10%	QXLricardo plc: 30-40% Ebay Inc.: 20-30% Scout 24 Schweiz AG: 10-20%	0
Nationaler Markt für Print-Online-Ankündigungsanzeigen	T: 10-20% E: 0-10%	NZZ-Gruppe: 10-20% Cinergy: 10-20% Bluewin: 5%	0

Markt	Marktanteile bzw. Marktanteilsadditionen	Aktuelle Konkurrenz	Bewertung Veränderung Situation (Pot. Konkurrenz)
Markt für lokale/regionale Print-Online-Rubrikanzeigen in Pendlerzeitungen im Verteilgebiet der Ausgabe Bern von 20 Minuten	T: 0-10% E: 0-10%	QXLricardo plc: 30-40% Ebay Inc.: 10-20% Scout 24 Schweiz AG: 0-10%	0

B.4.3 Zwischenergebnis

194. Auf den nationalen Märkten begründet das Zusammenschlussvorhaben aufgrund der Marktanteile von Tamedia und Espace sowie ausreichenden aktuellen Wettbewerbs durch andere Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 KG.

195. In den regionalen Lesermärkten und Märkten für regionale Print-Firmenwerbung resultieren weitgehend geringe Marktanteilsadditionen. In den Märkten Bern, bzw. den Verbreitungsgebieten der Berner Zeitung, ist in Bezug auf die Anreizstruktur der potentiellen Konkurrenten zu beachten, dass Tamedia bereits bisher mit 49% an der Berner Zeitung AG beteiligt war, was ihren Anreiz für einen Markteintritt und damit eine Konkurrenzierung der BZ mindert (vgl. NZZ-Espace-Bund, RPW 2004/2, S. 499).

196. Die Analyse ergibt einzig für den Markt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in der Region Solothurn (WG 32) Anhaltspunkte einer Veränderung der Situation. Zudem stellt die Meldung das Solothurner Tagblatt der Espace nicht isoliert dar. Anstelle einer isolierten Darstellung für das Solothurner Tagblatt gibt die Meldung die Marktanteile der BZ Gesamtausgabe an. Dabei wurde die BZ Gesamtausgabe nur mit einem Faktor kleiner als 0.5 für die Region Solothurn gewichtet, während die Mittellandzeitung mit Faktor 1.0 gewichtet wurde. Damit dürfte der Marktanteil des Solothurner Tagblatts und damit der Espace höher ausfallen. Möglicherweise führte eine isolierte Darstellung des Solothurner Tagblatts sogar zu einem betroffenen Markt.

197. Es sind auch die Verlage mit Tätigkeitsgebiet Solothurn, welche in dieser Region im Bereich Zeitungen schwere Bedenken äussern. Diese Verlage äussern Bedenken vor allem aufgrund gebündelter Zeitungsangebote. Gemäss den Antworten einiger Verlagshäuser bieten Tamedia und Espace ein Kombiabonnement ihrer Zeitungen Solothurner Tagblatt und Sonntagszeitung an. Dieses Kombiabonnement ist an Leser im Raum Solothurn gerichtet. Gemäss einigen Verlagen soll das Kombiabonnement CHF 100.- kosten. Normalerweise kosten ein Abonnement für das Solothurner Tagblatt und ein Abonnement für die Sonntagszeitung zusammen zwischen CHF 370.- und 400.-, je nach Situation und Aktionsangeboten. Aufgrund des Bündelangebotes Solothurner Tagblatt-Sonntagszeitung befürchten einige Verlage leserseitig einen Verdrängungswettbewerb über den Preis.

198. Die Bedenken der betroffenen Verlage beinhalten die beiden Aspekten Finanzkraft und Bündelungs/Koppelungsgeschäfte. Deshalb folgt für lokale/regionale Print-Firmenwerbung in der Region Solothurn eine eingehendere Betrachtung dieser beiden Aspekte.

199. Der erste Aspekt der finanziellen Situation von Unternehmen spielt bei der Beurteilung von horizontalen Zusammenschlüssen grundsätzlich eine eher untergeordnete Rolle (NOTHHELPER, WOLFGANG, Wann behindern konglomerate Fusionen den Wettbewerb, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 18(2007) Heft 11, S. 332-336). Eine Gefahr für den Wettbewerb besteht vorwiegend, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens, es liegt ein konglomerate Fusion vor. Zweitens, der Zusammenschluss führt zu einer erheblichen Verbesserung der finanziellen Stärke der sich zusammenschliessenden Unternehmen. Zudem verfügen die Wettbewerber im relevanten Markt über eine wesentlich geringere finanzielle Stärke gegenüber der erheblich gestärkten Finanzkraft.

200. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission erachtet die Theorie der Finanzkraft nicht als bedeutsam. Denn die Leitlinien der Europäischen Kommission gehen nicht auf den Finanzkraft-Effekt ein. Hingegen diskutiert das Bundeskartellamt den Finanzkraft-Effekt bei konglomeraten Zusammenschlüssen (Bundeskartellamt, Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle, 2006, S. 13). NOTHHELPER folgert dann auch, dass die Bedeutung der Finanzkraft insgesamt zurückhaltend beurteilt werden soll.

201. Im vorliegenden Zusammenschluss zwischen Tamedia und Espace ist die erste Voraussetzung nicht erfüllt: Es liegt keine reine konglomerate Fusion vor. Tamedia und Espace sind zumindest auf den gleichen sachlich relevanten Märkten tätig. Allenfalls treten Tamedia und Espace auf lokaler/regionaler Ebene auf unterschiedlichen räumlichen Märkten auf. Ob der Zusammenschluss zwischen Tamedia und Espace die zweite Voraussetzung einer erheblich gestärkten Finanzkraft gegenüber allen Wettbewerbern erfüllt, ist zweifelhaft. Zwar nimmt die Finanzkraft durch den Zusammenschluss zu. Immerhin übernimmt die neue Tamedia-Espace nach dem Zusammenschluss den vierten Rang bei den umsatzstärksten Schweizer Medienhäuser. Aber als viertumsatzstärkstes Medienhaus verfügt die neue Tamedia-Espace über keine erheblich gestärkte Finanzkraft gegenüber allen anderen Medienhäusern. Zusätzlich relati-

viert die Berücksichtigung ausländischer Medienhäuser die Finanzkraft der neuen Tamedia-Espace. Beispielsweise tritt die Axel Springer AG seit Januar 2007 mit der Übernahme der Jean Frey AG auf dem Schweizer Markt auf.

202. Aus diesen Überlegungen folgen für den Aspekt der Finanzkraft keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

203. Der zweite Aspekt sind die Bündelungen und Koppelungsgeschäfte. Bündelungen und Koppelungsgeschäfte bedingen den Kauf eines Gutes auf den Kauf eines anderen Gutes.¹ Üblicherweise sind die gekoppelten Güter vom gleichen Anbieter. Ein bekanntes Beispiel ist die Bündelung von Microsoft. Microsoft verkaufte das Betriebssystem Windows nur als Bündel zusammen mit dem Internet Explorer. Der Einfachheit halber gelten Bündelung und Koppelung nachfolgend synonym.

204. Die Motive für Bündelung und Koppelung sind vielfältig. Für den vorliegenden Zusammenschluss zwischen Tamedia und Espace sind die Motive Markteintrittsbarriere und Verdrängung bestehender Wettbewerber von Bedeutung. Bündelung und Koppelung können Markteintrittsbarrieren für Konkurrenten errichten, die mit einem einzelnen Produkt in den Markt eintreten möchten. Bei Markteintrittsbarrieren sei die Ausgangslage ein Monopolist, der zwei Monopolgüter A und B anbietet. In den Markt B beispielsweise möchte ein Konkurrent eintreten. Durch Bündelung der Güter A und B kann der Monopolist die Nachfrage nach dem Gut B des neu eintretenden Wettbewerbers senken. Unter gewissen Situationen bei den Kosten, der Nachfrage und weiteren Parametern setzt der neu eintretende Wettbewerber zu wenig ab, so dass für ihn die Aktivität im Markt B unprofitabel ist. Weil eine Aktivität im Markt B unprofitabel ist, tritt der Wettbewerber nicht in den Markt B ein. Mit Bündelung errichtet der Monopolist gegenüber dem Wettbewerber eine Markteintrittsbarriere.

205. Beim zweiten Motiv der Verdrängung bestehender Wettbewerber sei die Ausgangslage analog: Ein Monopolist in einem Markt A sieht sich einem aktuellen Wettbewerber in einem anderen Markt B gegenüber. Unter dieser Ausgangslage ermöglicht eine Bündelung dem Monopolisten eine Preissenkung und die Ausdehnung seines Marktanteils. Wiederum können dadurch unter gewissen Umständen die Gewinneinbussen des Ein-Produkt-Wettbewerbers so hoch sein, dass seine Aktivität unprofitabel ist. Denn der Ein-Produkt-Wettbewerber vermag seine fixen Kosten nicht mehr zu decken. Der Ein-Produkt-Wettbewerber steigt aus dem Markt aus.

206. Die ökonomischen Erkenntnisse zeigen folglich, dass bei Bündelung die massgebende Voraussetzung für Eintrittsbarrieren und Verdrängung eine bedeutende Marktmacht in mindestens einem Markt ist. Zusätzlich gilt diese massgebende Voraussetzung vor allem für den sachlich relevanten Markt. Für eine Verdrängung mit Bündelung durch Espace in einem anderen geografischen Gebiet als dem Grossraum Bern genügt die starke Stellung im Raum Bern nicht. Wie die Reichweiten auf Seite 40 zeigen, scheint die Bedeutung der Angebote von Espace wegen der fehlenden Nähe in anderen Gebieten als Bern abzunehmen.

207. Espace versucht seit mehreren Jahren, sich mit dem Solothurner Tagblatt im Raum Solothurn zu etablieren. Der Erfolg dieser Etablierung ist aber nur mässig. Deshalb besteht im Raum Solothurn bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben Tamedia-Espace ein intensiver Wettbewerb um Leser und Werbeaufträge. Dieser Wettbewerb scheint sich durch die Bündelung von Solothurner Tagblatt und Sonntagszeitung der Medienhäuser Tamedia und Espace weiter zu intensivieren. Der Verbund der Mittelland Zeitung (Aargauer Zeitung, Solothurner Zeitung, Oltnen Tagblatt, Zofinger Tagblatt und Baselschaffhauser Zeitung) seinerseits kündigt denn auch für den 16. September 2007 die Herausgabe einer Sonntagszeitung an. Damit will der Verbund Mittelland Zeitung dem Trend des Leser- und des Anzeigenmarktes hin zum Sonntag vermehrt Rechnung tragen (Online-Medienmitteilung der Vogt-Schild Gruppe vom 27. April 2007 unter www.vsonline.ch).

208. Zu werbeseitiger Bündelung von Angeboten – sogenannte crossmediale Angebote – befragte die Weko Mediaagenturen und Werbetreibende. Gemäss den Antworten bieten Verlagshäuser crossmediale Angebote an. Mehrheitlich antworten die Mediaagenturen und Werbetreibenden, dass crossmediale Angebote bisher vereinzelt angeboten werden oder nur auf Anfrage hin. Den Erfolg der crossmedialen Angebote bewerten die Mediaagenturen und Werbetreibenden allerdings unterschiedlich. Die Mehrheit bewertet die crossmedialen Angebote als eher erfolglos. Einige Wenige sind der Ansicht, dass der Erfolg von crossmedialen Angeboten langsam zunimmt. Gesamthaft ergeben die Antworten eine eher geringfügig Bedeutung von crossmedialen Angeboten für den Erfolg eines Verlages. Der Grund für die eher geringfügige Bedeutung für den Erfolg ist möglicherweise die Verantwortlichkeit der Werbeauftraggeber oder Mediaagentur für ein crossmediales Konzept. Für einen Verlag ist es sehr schwierig bis unmöglich, im Alleingang ein crossmediales Konzept zu erstellen. Vielleicht führen die unterschiedlichen Zielgruppen, welche die verschiedenen Medien ansprechen, zu der eher geringfügigen Bedeutung crossmedialer Angebote. Weil die Zielgruppen der einzelnen Medien zu unterschiedlich sind, ergänzen sich die einzelnen Medien möglicherweise zu wenig für eine wirkungsvolle Bündelung.

209. Aus diesen Überlegungen folgen für den Aspekt der Bündelung/Koppelungsgeschäfte keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

C. ERGEBNIS

210. 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 Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹ Die ökonomische Literatur nennt Koppelungsgeschäft auch tie-in sales oder tying. Bei tie-in sales und Bündelung bestehen weitere Unterscheidungen. Eine Zusammenfassung bieten beispielsweise FUERDERER, HERRMANN, WUEBKER (Optimal Bundling: Marketing Strategies for Improving Economic Performance, 1999, Springer) an.

B 2.3

9. Kontrollerwerb über die Jet Aviation Handling AG durch Dnata

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 26. September 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. September 2007

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Kontrollerwerb über die Jet Aviation Handling AG durch Dnata auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A SACHVERHALT

1. Am 11. September 2007 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Dnata 100% der Aktien der Jet Aviation Handling AG zu erwerben. Dnata ist eine Publikumsgesellschaft nach dem Recht der Vereinigten Arabischen Emirate, die durch die Regierung von Dubai gegründet wurde und in deren Eigentum steht. Das Unternehmen ist Teil der Emirates-Gruppe, deren einzelne Gesellschaften ebenfalls im Eigentum der Regierung von Dubai stehen. Dnata bietet im mittleren Osten verschiedene Flugdienstleistungen an. Dnata Airport Services ist im Bereich der Bodenabfertigung am Flughafen von Dubai tätig. Deren Abteilung Dnata Cargo ist Betreiberin des Cargo Terminals am Flughafen von Dubai. In der Schweiz ist Dnata geschäftlich nicht tätig. Einzig die ebenfalls der Emirates-Gruppe zugehörige Fluggesellschaft Emirates ist in der Schweiz in den Bereichen Passagier- und Frachttransport, insbesondere jedoch nicht im Bereich der Bodenabfertigung von Flugzeugen tätig.

2. Die Jet Aviation Handling AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Kloten. Ihr statutarischer Zweck beinhaltet jede Tätigkeit im Zusammenhang mit der Abfertigung von Flugzeugen, Passagieren, Gepäck, Fracht und Post. Sie besteht aus je zwei Handling Abteilungen in Genf und Zürich. Die Jet Aviation-Gruppe besitzt ein Bewilligung zur Abfertigung von Charter- und Linienflüge der IATA-Fluggesellschaften an den internationalen Flughäfen Zürich und Genf. Die Jet Aviation Handling AG bietet über 60 Fluggesellschaften aus der ganzen Welt folgende Dienstleistungen an: Betrieb der Lounge, Dienstleistungen bei der Ankunft von Flugzeugen, Aussortieren von Gepäck, Bereitstellen der Rampe zum Besteigen von Flugzeugen, Aufladen und Entladen von Flugzeugen, Überwachen und Kommunizieren der Landung, Flugzeugreinigung, Standortkontrolle.

3. Dnata wird nicht die ganze Geschäftstätigkeit der Jet Aviation Handling AG übernehmen. Gemäss dem Share Purchase Agreement zwischen Dnata und der Jet Aviation Holding AG wird der Bereich "Bodenabfertigung von

Privat- und Geschäftsflugzeugen" (Private Handling) vor dem Vollzug des Zusammenschlusses im Sinne einer Vollzugsbedingung abgespalten und verbleibt bei der Jet Aviation Holding AG, d.h. bei der Verkäuferin. Die Dnata wird den Bereich "Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen" (Commercial Handling), der aus den Geschäftszweigen "Airline Handling" und "Cargo Handling" besteht, übernehmen. Die Jet Aviation Handling AG bietet nach Abspaltung des Private Handling auf den Flughäfen Zürich und Genf umfassende Bodenabfertigungsdienste für kommerzielle Fluggesellschaften, wie British Airways und Air France sowie Frachtflugzeuge an. Weitere Anbieter derselben Dienstleistungen sind in Genf Swissport und in Zürich Swissport und Hahn Air bzw. Cargologic. Verkäuferin der Jet Aviation Handling AG ist die Jet Aviation Holding AG (nachfolgend Jet Aviation) mit Sitz in Basel.

4. Die seit ihrer Gründung im Jahr 1967 im Familienbesitz stehende Jet Aviation-Gruppe wurde am 4. Oktober 2005 durch die Permira Gruppe, einer der grössten Private Equity Gesellschaften in Europa übernommen (vgl. Permira Holdings Ltd/limited/Hirschmann Holding Industrial Ltd. bzw. Jet Aviation; RPW 2005/4, S. 619 ff.). Jet Aviation ist gemäss Meldung mit 4'500 Mitarbeitern an über 20 Betriebsstandorten in Europa, dem Mittleren und Fernen Osten sowie in Nord- und Südamerika ein führendes Unternehmen im Markt der weltweiten Erbringung hochwertiger Aviatik-Dienstleistungen an vermögende Privat- und Geschäftskunden. Verwaltet wird Jet Aviation durch die Jet Aviation Management AG in Zürich bzw. für den amerikanischen Markt auch von der Jet Aviation Holdings, Inc. in New Jersey. Die Jet Aviation-Gruppe umfasst folgende Aktivitäten: Flugzeug-Management, Airtaxi-Flüge weltweit, Flugzeugverkauf und Brokerage, Flugzeugwartung, Abfertigung und Bodendienste Geschäftsfluffahrt/Fixed Base Operations (FBO), Flugzeuginnenausbau und -umbau, Flugzeug-Aussenbemalung, Entwicklung und Avionikmodifikationen, Bodendienste und Line Maintenance/Technische Betreuung von Fluggesellschaften, Vermittlung von Jet Professionals. Der Entscheid der Jet Aviation Holding AG, sich vom Geschäftsbereich der "Bodenabfertigung von Passagier- und Frachtflugzeugen", der durch die Jet Aviation Handling AG betrieben wird, zu trennen und diesen an einen Dritten zu verkaufen, ist auf deren Strategie, sich auf das Kerngeschäft zu konzentrieren, zurückzuführen.

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

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

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistun-

gen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG 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. Nach Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR. 251.4) erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mit dem Erwerb von 100% der Aktien an der Jet Aviation Handling AG erlangt Dnata die alleinige Kontrolle über das Unternehmen. Es handelt sich folglich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

9. Nach Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen 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 entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

10. Gemäss Meldung betrug der Umsatz der Emirates-Gruppe, zu der Dnata gehört, weltweit im letzten Geschäftsjahr AED [...]. (AED steht für Dirham der Vereinigten Arabischen Emirate). Dies entspricht gemäss Meldung bei einem AED/CHF-Wechselkurs von 0.3298 am 4. September 2007 CHF [...]. Damit ist die Umsatzschwelle von insgesamt CHF 2 Mia. weltweit überschritten.

11. Der Umsatz der Emirates-Gruppe in der Schweiz betrug im letzten Geschäftsjahr CHF [...]. Folglich überschreitet die Emirates-Gruppe auch die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. schweizweit.

12. Die zu übernehmende Jet Aviation Handling AG erzielte im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [...]. Von diesem Umsatz sind allerdings folgende Posten abziehbar:

- Franchisingerträge aus in Kuwait erbrachten Leistungen im Umfang von CHF [...], da im Rahmen der Beurteilung der Meldepflicht nach Art. 9 KG die Allokation der Umsätze zum In- oder Ausland nach dem

Standort der jeweiligen Kunden erfolgt (PHILIPPE M. REICH, Baker & McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 9 N 19).

- Der Umsatz von CHF [...], der auf den gemäss "Share Purchase Agreement" nicht zu übertragenden Geschäftsanteil "Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen" entfiel. Dies deshalb weil Art. 3 Abs. 2 VKU statuiert, dass falls Gegenstand eines Zusammenschlusses nur ein Teil eines Unternehmens ist, auch nur dieser Teil als beteiligtes Unternehmen gilt.

- Die als konzerninterne Umsätze ausgewiesenen CHF [...], da Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze vom für die Meldepflicht massgebenden Umsatz ausnimmt.

13. Der für die Beurteilung der Meldepflicht massgebende Umsatz der Jet Aviation Handling AG im Jahr 2006 beträgt nach Abzug vorgenannter Posten CHF [...]. Damit wird die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. schweizweit auch von einem zweiten beteiligten Unternehmen überschritten und der Zusammenschluss ist meldspflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

14. 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).

15. 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 relevanter Markt

16. 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). Die Jet Aviation Handling AG ist in der Bodenabfertigung von Flugzeugen tätig. Zu den Bodenabfertigungsdiensten gehören alle Tätigkeiten, die anlässlich der Landung bzw. des Abflugs eines Flugzeuges auf einem Flughafen in Bezug auf das Flugzeug selbst, die Passagiere und die Fracht erbracht werden ("IATA Standard Ground Handling Agreement").

17. Nachfrager dieser Dienstleistungen sind die Fluggesellschaften.

18. Anbieter von Bodenabfertigungsdiensten für Fluggesellschaften können die eigene oder eine andere Fluggesellschaft, der Flughafenbetreiber selbst oder ein unabhängiges Drittunternehmen sein.

19. Bei der Bodenabfertigung ist zu unterscheiden zwischen Leistungen die landseitig und solchen, die luftseitig erbracht werden. Zu jenen, die landseitig erbracht werden gehören insbesondere die Abfertigungsdienste in

der Abfertigungshalle und die Frachtabfertigung. Die luftseitig zu erbringenden Dienste umfassen sämtliche Tätigkeiten auf dem Vorfeld, insbesondere die Beförderung von Passagieren, Gepäck und Fracht, die Kabinenreinigung, die Betankung und das Catering. Üblicherweise fragen die Fluggesellschaften dem ganzen Paket von landseitig und luftseitig zu erbringenden Bodenabfertigungsdienstleistungen bei einem einzigen Anbieter nach, weil andernfalls zu hohe Transaktionskosten anfallen würden. Folglich ist von einem Markt für Bodenabfertigungsdienstleistungen auszugehen, der sowohl die landseitig als auch die luftseitig zu erbringenden Dienste umfasst.

20. Innerhalb der Bodenabfertigungsdienste muss allerdings unterschieden werden zwischen der "Bodenabfertigung kommerzieller Passagier- und Frachtflugzeuge" und der "Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen". Diese Abgrenzung drängt sich auf, weil zum einen die Marktgegenseite nicht dieselbe ist und sich zum anderen Art und Umfang der Dienstleistungen unterscheiden (vgl. Permira Holdings Limited/Hirschmann Industrial Holding Ltd. bzw. Jet Aviation, RPW 2005/4, S. 619 ff., Rz. 29).

21. Die Jet Aviation AG ist auf beiden vorgenannten Märkten tätig. Weil aber der Geschäftsbereich "Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen" - wie bereits erwähnt - gemäss "Share Purchase Agreement" vor dem Vollzug abgespalten wird, ist für vorliegende Beurteilung nur der Markt für die „Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen“ als sachlich relevanter Markt zu qualifizieren.

B.4.1.b Räumlich relevante Märkte

Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Die Fluggesellschaften fragen Bodenabfertigungsdiensten am Ankunfts- bzw. Abflugflughafen ihrer Flugzeuge nach. Der räumliche Markt für die "Bodenabfertigung kommerzieller Passagier- und Frachtflugzeuge" ist damit über den jeweiligen Flughafen zu definieren (vgl. Permira Holdings Limited/Hirschmann Industrial Holding Ltd. bzw. Jet Aviation, RPW 2005/4, S. 619 ff., Rz. 30).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

22. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Prüfung 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.

23. Gemäss Schätzungen des Managements der Jet Aviation Handling AG sind folgende Unternehmen mit den aufgeführten Marktanteilen am Markt für die „Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen“ beteiligt:

Bodenabfertigung von/in	Jet Aviation	Swissport	Hahn Air	Cargologic
Passagierflugbewegungen /Zürich	10-20%	80-90%	1-5%	-
Passagierflugbewegungen/ Genf	20-30%	70-80%	-	-
Abgefertigte Frachttonnen/ Zürich	10-20%	-	-	80-90%
Abgefertigte Frachttonnen / Genf	20-30%	70-80%	-	-

24. Weil das die Kontrolle über die Jet Aviation Handling AG übernehmende Unternehmen, Dnata, in der Schweiz im Bereich der Bodenabfertigung nicht tätig ist, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Folglich sind für die vorliegende Beurteilung einzig die Marktanteile der Jet Aviation Handling AG massgebend. Letztere liegen in allen Abfertigungsbereichen unterhalb von 30%. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Daher kann - gestützt auf oben dargestellte Angaben zu den Marktanteilen - von der Unbe-

denklichkeit der Übernahme der Kontrolle über die Jet Aviation Handling AG durch die Dnata ausgegangen werden. Folglich erübrigt sich eine nähere Prüfung der Wettbewerbssituation in den relevanten Märkten.

C. ERGEBNIS

25. Die Marktanteile der Jet Aviation Handling AG auf den vorliegend relevanten Märkten liegen allesamt unter 30%. Das die Kontrolle übernehmende Unternehmen Dnata ist selbst nicht auf den relevanten Märkten tätig,

weshalb es nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt. Damit liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

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 Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

10. Infineon Technologies AG-Siemens AG: Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens

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 2. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. November 2007

A SACHVERHALT

1. Am 26. Oktober 2007 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben der Infineon Technologies AG (Infineon) und der Siemens AG (Siemens) erhalten. Danach beabsichtigen die beiden Unternehmen, das Gemeinschaftsunternehmen Infineon Technologies Bipolar GmbH & Co. KG (Bipolar) zur Entwicklung und Herstellung von bipolaren Hochleistungshalbleitern zu gründen.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Die Infineon ist eine nach deutschem Recht konstituierte und börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland, welche in den Bereichen Entwicklung, Fertigung und Vertrieb von Halbleiter-Bauelementen für die Automobilindustrie, für Chipkarten und Sicherheitsanwendungen, für die Konsumelektronik, die Industrieelektronik, die drahtlose und drahtgebundene Kommunikation und Datenverarbeitung tätig ist.

3. Unter der Firma Siemens AG (Siemens) besteht eine unter deutschem Recht konstituierte und börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Berlin und München, Deutschland. Die Siemens ist die Konzernobergesellschaft der Siemens-Gruppe. Siemens ist als internationaler Konzern in zahlreichen Bereichen der Industrie- und Elektrotechnik tätig. Zu den Tätigkeitsbereichen der Siemens gehören u.a. Energieerzeugung, -übertragung und -verteilung, Automatisierung und Antriebstechnik, Anlagenbau und technische Dienstleistungen, Verkehrs-, Gebäude- und Medizintechnik sowie Informationstechnologie.

A.2 Aufgaben und Ziele von Bipolar

4. Die Zusammenschlussparteien haben am 27. September 2007 einen Jointventurevertrag bezüglich der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Infineon Technologies Bipolar GmbH & Co. KG (nachfolgend Jointventurevertrag) unterzeichnet, in welchem die Aufgaben der Bipolar präzisiert sind (Gründungsvertrag, Präambel Ziff. 5). Dazu gehören insbesondere die Entwicklung und Herstellung von bipolaren Hochleistungshalbleitern sowie deren weltweiter Vertrieb. Funktionen, welche Bipolar nicht von Beginn an in vollem Umfang selbst darstellt, werden zu Marktpreisen von Infineon Technologies AG (Infineon), Siemens oder Dritten zugekauft.

5. Der Bereich der bipolaren Leistungshalbleiter von Infineon war ursprünglich in einer eigenen, deutschen Gesellschaft (EUPEC GmbH, EUPEC) zusammengefasst, deren Anteile zu 100% Siemens gehörten. Bei der Ausgründung des unselbständigen Geschäftsbereiches Halbleiter mit gleichzeitigem Börsengang als Infineon Technologies AG 1999, wurde EUPEC auf die Infineon übertragen und später mit ihr verschmolzen. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist nun, den früheren Zustand in beiderseitigem Interesse teilweise wiederherzustellen.

6. Infineon profitiert von der Kostenbeteiligung von Siemens für die Weiterentwicklung der Leistungshalbleiter. Zudem ist es für Infineon als Hersteller von Vorteil, bei der Weiterentwicklung gemeinsam mit einem Anwender wie Siemens zusammenarbeiten zu können, weil damit anwenderspezifische Erfordernisse besser und effizienter berücksichtigt werden können.

7. Siemens dient der vorliegende Unternehmenszusammenschluss insofern, als er ihr zur mittel- und langfristigen Absicherung der Versorgung mit Hochleistungshalbleitern verhilft. [...]

A.3 Meldung des Zusammenschlussvorhabens bei der Europäischen Kommission

8. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Oktober 2007 ebenfalls bei der Europäische Kommission angemeldet (Fall COMP/M.4892).

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Gründen zwei oder mehrere Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4; RPW 2007/2, S. 305, Rz. 12).

12. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (RPW 2007/2, S. 305, Rz. 13):

- 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

13. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 VKU).

14. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen (DUCREY, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/ David (Hrsg.), Basel 2000, S. 239 f.). Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss (RPW 2007/2, S. 305, Rz. 15).

15. Die Beteiligungen der Zusammenschlussparteien am Aktienkapital von Bipolar betragen 40% für Siemens sowie 60% für Infineon.

16. Die Geschäftsführung der Bipolar setzt sich aus drei Mitgliedern zusammen. Infineon steht das Recht zu, [...] zu benennen, wohingegen Siemens [...] benennt (§ 4 Jointventurevertrag). Die Geschäftsführer tragen gemeinsam die Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung der Gesellschaft, wobei jeder Geschäftsführer seinen Bereich selbständig und unter eigener Verantwortung, jedoch in Abstimmung mit den übrigen Geschäftsführern leitet (§ 1 Abs. 2 und 3 Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Infineon Technologies Bipolar Verwaltungs-GmbH; GO für die Geschäftsführung). Diese GO für die Geschäftsführung kann nur einstimmig beschlossen und geändert werden (§ 4 Abs. 4 Jointventurevertrag).

17. Der Beirat besteht aus drei Mitgliedern, von denen [...] entsandt werden, wobei Infineon den Vorsitzenden des Beirats ernennt und Siemens den stellvertretenden Vorsitzenden (§ 5 Jointventurevertrag). Der Beirat hat die Aufgabe, die Wahrnehmung der Geschäftsführung zu überwachen sowie die Geschäftsführung zu beraten gemäss den Vorgaben der Geschäftsordnung des Beirats (GO für den Beirat), (§ 6 Abs. 1 und 2 Jointventurevertrag). Der Beirat entscheidet einstimmig über fundamentale Zweifelsfragen hinsichtlich der Geschäftsverteilung

der Geschäftsführer und ist berechtigt, ihnen Weisungen zu erteilen (§ 2 GO für den Beirat).

18. U.a. bedürfen folgende Massnahmen der Geschäftsführung der vorherigen einstimmigen Zustimmung des Beirats (§ 4 Abs. 3 GO für den Beirat i.V.m. § 6 Go für die Geschäftsführung): [...]

19. Weiter bedürfen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über [...] der Einstimmigkeit (§ 9 Jointventurevertrag).

20. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheidungen gemeinsam treffen und folglich Bipolar gemeinsam kontrollieren.

b) Vollfunktionsunternehmen

21. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor (DUCREY, a.a.O., S. 242; RPW 2007/2, S. 305, Rz. 19):

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.

- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.

- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. 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, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

22. Bipolar wird im Markt als Anbieterin von Hochleistungshalbleitern auftreten, wobei sie eine eigenständige Preispolitik zur Maximierung von Marktvolumen und Rentabilität betreiben soll. Gemäss dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz sollen alle Kunden von Bipolar grundsätzlich gleichermassen behandelt werden. Funktionen, die das Gemeinschaftsunternehmen nicht von Beginn an selbst übernehmen kann, werden zu Marktpreisen von Infineon, Siemens oder Dritten bezogen (Präambel Ziff. 5 Jointventurevertrag).

23. Ein Gemeinschaftsunternehmen muss zudem auf Dauer angelegt sein. Die Tatsache, dass die kontrollierenden Gesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, kann in der Regel als Nachweis dafür gelten (RPW 2007/2, S. 305, Rz. 21). Vorliegend überträgt die Mitgründerin Infineon den Geschäftsbereich bipolare Hochleistungshalbleiter mit Produktionsstätten in Warstein (Deutschland) und Cegléd (Ungarn) auf Bipolar. Dieser Geschäftsbereich stellt die Grundlage für die künftige zentrale Tätigkeit der Bipolar dar.

24. Bipolar wird zudem mit drei Geschäftsführern sowie mit 3 Beiräten ausgestattet werden (§ 4 und 5 Jointventurevertrag). Weiter werden seitens Infineon u.a. Know how und Schutzrechte, Lizenzverträge und Entwicklungsverträge, die sich ausschliesslich auf bipolare Leistungshalbleiter beziehen, unter Gewährung einer Rückli-

zenz an Infineon als Sacheinlage im Wert von [...] in Bipolar eingebracht (Ziff. 7 Annex 1 der Änderungsvereinbarung zur Absichtserklärung vom 16.03.2007; Absichtserklärung).

25. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass Bipolar die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

26. Infineon wird seinen Geschäftsbereich bipolare Hochleistungshalbleiter mit Produktionsstätten in Warstein (Deutschland) und Cegléd (Ungarn) in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Weiter werden seitens Infineon u.a. Know how und Schutzrechte, Lizenzverträge und Entwicklungsverträge, die sich ausschliesslich auf bipolare Leistungshalbleiter beziehen, unter Gewährung einer Rücklizenz an Infineon an Bipolar übertragen. In Bipolar fliessen demnach Geschäftstätigkeiten von mindestens einem kontrollierenden Unternehmen ein.

d) Ergebnis

27. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Bipolar stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF) ¹	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Infineon	12'300	[...]
Siemens	135'900	[...]
Kumuliert	148'200	[...]

31. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006 einen kumulierten weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und einen kumulierten Umsatz in der Schweiz von über CHF 500 Mio. Zudem erzielten alle Unternehmen einen Umsatz von über CHF 100 Mio. in der Schweiz. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

32. 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).

33. 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.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

29. 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 Mrd. 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).

30. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006 (1. Oktober 2005 bis 30. September 2006) sind in folgender Tabelle aufgeführt:

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevante Märkte

34. 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).

35. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es bei dem neu zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen zu keinen horizontalen Überschneidungen im Hinblick auf die Tätigkeit der Muttergesellschaften kommt. Siemens ist auf dem Gebiet der bipolaren Hochleistungshalbleiter seit der Ausgründung des Halbleitergeschäfts nicht mehr tätig, sondern bezieht diese von Infineon. Infineon wird ihrerseits die gesamten bipolaren Hochleistungshalbleiteraktivitäten in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.

36. Gemäss den Angaben der Parteien können als sach-

¹ Die angegebenen Beträge wurden in CHF umgerechnet auf Basis des Durchschnittskurses des Geschäftsjahres 2005/2006, errechnet gemäss Statistischem Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank (SNB), Ausgabe Januar 2006, S. 69 und Ausgabe Januar 2007, S. 71; EUR 1 = CHF 1.5616.

lich relevante Märkte die bipolaren Hochleistungshalbleiter, die Turnkey-Projekte im Bereich Energie-übertragung und – verteilung und die Frequenzumrichter jeweils mit Untergruppen abgegrenzt werden.

I. Bipolare Hochleistungshalbleiter

37. Als bipolare Hochleistungshalbleiter bezeichnet man Dioden und Thyristoren, die in Scheiben- oder Modulbauweise angeboten werden.

a) Hochleistungs-Gleichrichter-Dioden

38. Dioden sind Halbleiterbauelemente, welche den Stromfluss i.d.R. nur in eine Richtung gestatten und damit der Gleichrichtung von Wechselspannung dient bzw. die Gleichrichtung (Gleichstrom) von Wechselspannung aus öffentlichen Stromnetzen bewirkt. Da der Umschaltvorgang nur aufgrund der elektrischen Spannung ohne eine zusätzliche Steuerelektronik möglich ist, spricht man von Dioden als ungesteuerte Gleichrichter, die im Bereich von Netzteilen mit kleiner bis mittlerer Leistung zum Einsatz kommen. Als sachlich relevanter Markt werden Gleichrichterioden mit einem Dauerstrom von 1 Ampere (A) oder grösser in einem Scheibengehäuse definiert.

b) Hochleistungs-Thyristoren

39. Im Gegensatz zu den Hochleistungs-Dioden dienen Thyristoren hauptsächlich der Regelung von Strom. Ihre Verwendung für die blosser Gleichrichtung von Strom wäre zwar theoretisch möglich, jedoch wirtschaftlich unsinnig, da dies zu erhöhtem Materialaufwand führen würde und teurer wäre.

40. Ein Thyristor ist ein elektronisches Bauteil und ein Mehrschichtthalbleiter. Im Grundzustand wirkt er in beide Richtungen sperrend, praktisch wird er als steuerbare Diode eingesetzt. Mittels Zündung durch eine Strominjektion bzw. einen Lichtimpuls kann ein Thyristor leitfähig geschaltet und damit gesteuert werden. Damit kann durch Einsatz des Thyristors die Wechselspannung gleichgerichtet werden (wie bei Dioden) und umgekehrt die Gleichspannung in Wechselspannung umgeformt werden. Zusätzlich ist eine Veränderung der Höhe der Gleichspannung möglich. Thyristoren sind sog. steuerbare Gleichrichter und kommen v.a. im Bereich der Energie- und Arbeitstechnik [Drehzahlsteuerung von Gleichstrom- bzw. Universalmotoren in Industrieanlagen oder Haushaltsgeräten, aber auch bei modernen Elektrolokomotiven und Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragungs-Anlagen (HGÜ-Anlagen)] zum Einsatz. Als sachlich relevanter Märkte werden hier Thyristoren mit einem Dauerstrom von 1 A oder grösser in einem Scheibengehäuse definiert.

c) Dioden/Thyristor-Module

41. Auch Dioden/Thyristoren-Module stellen einen gesonderten Markt gegenüber den einzelnen Dioden und Thyristoren dar. Da sie eine Kombination von Dioden und Thyristoren in Form einer Baugruppe enthalten, erfüllen sie für den Abnehmer eine Mehrzahl von Aufgaben. Da die Module nur einen geringeren Leistungsbereich als Dioden und Thyristoren abdecken und unterschiedliche Bauformen aufweisen, sind sie nicht austauschbar, weshalb auch hier von einem separaten sachlich relevanten

Markt ausgegangen werden muss.

d) Zwischenergebnis

42. Im Bereich der bipolaren Hochleistungshalbleiter sind folgende sachlich relevanten Märkte abzugrenzen:

- a) Gleichrichterioden mit einem Dauerstrom von 1 Ampere (A) oder grösser in einem Scheibengehäuse;
- b) Thyristoren mit einem Dauerstrom von 1 A oder grösser in einem Scheibengehäuse und
- c) Dioden-/Thyristor-Module.

43. Ebenfalls als sachlich relevante Märkte werden im Folgenden die beiden nachgelagerten Märkte der Turnkey-Projekte im Bereich Energieübertragung und – verteilung und die Frequenzumrichter definiert.

II. Turnkey-Projekte im Bereich Energieübertragung und –verteilung

44. Im Bereich Energieübertragung und –verteilung (Power Transmission and Distribution; T&D) sind Turnkey-Projekte prinzipiell von den Märkten für die einzelnen Komponenten und Dienstleistungen zu trennen, weil der Kunde meist über die jeweils benötigten Produkte und Dienstleistungen hinaus die Ingenieurleistungen und die Systemkompetenz des jeweiligen Anbieters nachfragt. Alle grösseren Anbieter bieten Turnkey-Systeme für Hoch- und Mittelspannungsprojekte an, sodass von einem einheitlichen sachlichen Markt für Turnkey-Projekte ausgegangen werden kann.

45. Als Untersegmente von T&D-Gesamtlösungen lassen sich HGÜ-Anlagen und sowie sog. Netzkompensationsanlagen unterscheiden. Beide haben in Thyristor-Ventile integrierte bipolare Hochleistungsthyristoren und dienen als spezielle, schlüsselfertige Energieübertragungsanlagen im Hochspannungsbereich von ca 110 kV bis 800 kV.

a) HGÜ-Anlagen

46. HGÜ-Anlagen können Wechselstrom in Gleichstrom und diesen wieder zurück in Wechselstrom transformieren. Deren Einsatz ist v.a. sinnvoll, wenn Strom über grosse Distanzen möglichst verlustarm transportiert werden soll, da die Energieübertragung mittels Gleichstrom über grössere Distanzen zu weitaus weniger Leistungsverlusten führt als die mittels Wechselstrom. Aufgrund des dichten Stromnetzes in Europa und der kleinen Übertragungsentfernungen ist das Einsatzgebiet von HGÜ-Anlagen in Europa sehr begrenzt, sie kommen allenfalls bei Seekabelverbindungen von Inseln mit dem europäischen Festland zum Einsatz. Dementsprechend wurde gemäss Parteiangaben in der Schweiz in den letzten Jahren keine einzige HGÜ-Anlage gebaut, ebenso wurden in Europa in den letzten drei Jahren keinerlei Umsätze mit HGÜ-Anlagen erzielt.

b) Netzkompensationsanlagen

47. Netzkompensationsanlagen (auch Flexible Alternating Current Transmission Systems; FACTS-Anlagen) finden Anwendung zum einen zur Erhöhung der Übertragungsleistung von Freileitungen und zum anderen zur

Verbesserung der Spannungsstabilität in Hochspannungsnetzen. In zuletzt genannter Funktion sorgt die FACTS-Anlage dafür, dass die Spannung durch sog. Parallelkompensation immer konstant bleibt. Die Steuerung, mittels welcher die Regulierung bei Spannungsabfall oder –anstieg stattfindet, erfolgt über Thyristor-Ventile. Siemens erzielte in Europa bislang kaum Umsätze mit FACTS-Anlagen und auch in der Schweiz gab es in den letzten Jahren kein einziges FACTS-Projekt und es wird in absehbarer Zukunft auch keines geben.

c) Zwischenergebnis

48. Als sachlich relevanter Markt werden die Turnkey-Projekte im Bereich Energieübertragung und –verteilung definiert, wobei eine genaue Marktabgrenzung offengelassen werden kann, weil unabhängig von der Marktdefinition das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auf die Schweiz keine Auswirkung haben wird.

III. Frequenzumrichter

49. Frequenzumrichter sind Teil eines elektrischen Antriebs, welcher aus einem Motor und einem Schaltgerät besteht. Der Frequenzumrichter ist das Schaltgerät und dient der Regelung der Drehzahl des Motors. Hierzu wird die übliche Wechselstrom-Netzfrequenz von 50 Hertz in eine höhere oder niedrigere Frequenz umgewandelt.

50. Die EU-Kommission hat im Fall Siemens/VA Tech (Case No. COMP/M. 3653, Rz. 203-207) eine Unterteilung in einfache Umrichter bis einschliesslich 100kW und Umrichter über 100kW vorgenommen. Umrichter bis einschliesslich 100 kW stellen ein Massenmarkt dar, Umrichter über 100 kW dagegen in der Regel hochwertige, auf die Bedürfnisse der Kunden abgestimmte Produkte. Frequenzumrichter werden bis zu einer Leistung von 100'000 kW angeboten zur Anwendung in Branchen, in denen ein hoher Krafteinsatz erforderlich ist, wie z.B. beim Grossmaschinenbau und bei Industrieanlagen.

51. Ob eine weitergehende Unterteilung nach wassergekühlten Umrichtern oder 4-Quadrant-Umrichtern angebracht ist, wurde in vorgenannter Entscheidung offengelassen. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann gleich vorgegangen werden, da eine weitere Unterteilung auf die wettbewerbliche Beurteilung keine Auswirkungen hat.

52. Demnach gilt es im Bereich Frequenzumrichter die folgenden sachlich relevanten Märkte zu unterscheiden:

- a) Frequenzumrichter bis einschliesslich 100 kW und
- b) Frequenzumrichter über 100 kW.

B.4.1.b Räumlich relevante Märkte

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

I. Bipolare Hochleistungsleiter

54. Entsprechend den Angaben der Parteien wird der Markt für bipolare Hochleistungsleiter weltweit abgegrenzt, da Transportkosten keine wesentliche Rolle spielen und auch sonst keine nennenswerten Marktzutrittschranken bestehen. Um aber eine engstmögliche

Marktabgrenzung vorzunehmen, schlagen die Parteien die Abgrenzung auf den EWR-Markt vor. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung muss hier jedoch nicht erfolgen, da auch eine engere Abgrenzung keine Auswirkung auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hat.

II. T&D-Turnkey-Projekte

55. Beim Markt für T&D-Turnkey-Projekte handelt es sich gemäss Parteiangaben um einen Weltmarkt. Die grossen T&D-Turnkey-Projekte, insbesondere auch HGÜ- und FACTS-Anlagen, werden ausnahmslos weltweit ausgeschrieben und Anbieter aus allen Weltregionen beteiligen sich an den Ausschreibungen. Da im Turnkey-Geschäft der Fokus auf der Systemkompetenz und den Ingenieurleistungen liegt, spielen in diesem Bereich Transportkosten für die eingesetzten Produkte keine Rolle. Zudem können die technischen Standards in den verschiedenen Weltregionen von allen grösseren Anbietern erfüllt werden. Grundsätzlich kann somit von einem weltweiten räumlichen Markt ausgegangen werden. Um aber auch hier die engstmögliche Marktabgrenzung vorzunehmen, schlagen die Parteien eine Abgrenzung auf den EWR-Markt vor. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch hier offengelassen werden, da auch eine engere Abgrenzung keine Auswirkung auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz des Zusammenschlusses hat.

III. Frequenzumrichter

56. Die EU-Kommission ist im Fall Siemens/VA Tech (Case No. COMP/M.3653, Rz. 209) für Frequenzumrichter von einem EWR-weiten räumlichen Markt ausgegangen. Im Ergebnis ist für den Zweck des vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die EWR-Länder umfasst.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

57. 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.

58. Soweit ein schweizerischer Markt für die sachlich relevanten Märkte besteht, wird dieser beurteilt.

59. Für die nachstehenden Angaben der Marktanteile ist zu beachten, dass die Zahlen betreffend Gesamtmarkt und die Marktanteilsberechnungen auf Schätzungen der Infineon und Siemens beruhen und daher mit Ungenauigkeiten behaftet sein können.

I. Bipolare Hochleistungsleiter

60. Die schweizweiten Umsätze betreffend die verschiedenen sachlich relevanten Märkte im Bereich bipolare Hochleistungsleiter und insgesamt für das Jahr 2006 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	Gesamtmarkt Schweiz in Mio. Euro	Umsatz Schweiz in Mio. Euro	Marktanteil Siemens	Marktanteil Infineon
Hochleistungs-Gleichrichter-Dioden	[0-5]	[...]	0%	[20-30%]
Hochleistungsthyristoren	[0-5]	[...]	0%	[15-25%]
Thyristor-/Dioden-Module	[0-5]	[...]	0%	[10-20%]
Bipolare Hochleistungshalbleiter insgesamt	[5-10]	[...]	0%	[15-25%]

61. Wie oben aufgeführt, erreichen Infineon und Siemens in keinem dieser sachlich relevanten Märkte einen Marktanteil von gemeinsam 20% oder je allein einen Marktanteil von 30% oder mehr. Damit werden die Schwellenwerte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht, weshalb kein betroffener Markt i.S. des vorgenannten Artikels vorliegt.

II. T&D-Turnkey-Projekte

62. Gemäss Angaben der Parteien gab es in den letzten Jahren in der Schweiz weder HGÜ- noch FACTS-Projekte, so dass es in der Schweiz keine betroffenen Märkte gibt.

III. Frequenzumrichter

63. Für die Situation bei den Frequenzumrichtern werden die Marktanteilsberechnungen im EWR zugrunde gelegt, da den Angaben der Parteien zu Folge keine Detailangaben für die Schweiz beschafft werden konnten und die Situation im EWR vergleichbar sei mit jener in der Schweiz.

64. Gemäss diesen Angaben hat Siemens einen Marktanteil von [5-15%] für die Umrichter bis 100 kW inne, bei

den Umrichtern über 100 kW sind es [15-25%]. Bezüglich des Gesamtmarktes Frequenzumrichter beträgt der Marktanteil von Siemens [10-20%].

65. In Anbetracht vorgenannter Zahlen ist davon auszugehen, dass im Bereich Frequenzumrichter kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

IV. Zwischenergebnis

66. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind in keinem der sachlich relevanten Märkte erreicht, weshalb von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden kann.

B.4.3 Ergebnis

67. 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 Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

11. The Royal Bank of Scotland Group plc./Sempra Energy

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 19. November 2007

1. Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung von The Royal Bank of Scotland Group plc. ("RBS") betreffend den beabsichtigten Erwerb der Kontrolle einzelner Geschäftsbereiche von Sempra Energy Trading International B.V. und Sempra Global (zusammen "Sempra") mit Sitz in San Diego. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission auf eine Prüfung gem. Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

a) Beteiligte und Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens

2. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist der Erwerb des Rohstoffhandelsgeschäfts von Sempra durch RBS. Aus diesem Grund beabsichtigt die RBS, bestimmte Geschäftsbereiche der Sempra (zusammen als "SET" bezeichnet) über eine "Partnership" von RBS und Sempra, das von RBS allein kontrolliert wird, zu übernehmen.

3. RBS mit Hauptsitz in Edinburgh ist ein weltweit tätiger Anbieter von Bankdienstleistungen und integrierten Finanzlösungen. Die einzige nennenswerte Aktivität der schweizerischen RBS-Einheiten erfolgt durch die Coutts Bank von Ernst AG im Bereich Private Banking. Keine der schweizerischen Tochtergesellschaften der RBS ist auf den für die vorliegende Fusionskontrollmeldung relevanten Märkten tätig.

4. Die *Zielgesellschaften SET* sind weltweit tätig, in erster Linie im physischen Handel mit Rohstoffen und Energie und in damit verbundenen Bereichen (d.h. nicht physischer Handel mit Derivaten basierend auf Rohstoffen, hauptsächlich zur Kursabsicherung und auf eigenes Risiko). Die SET Gesellschaften in der Schweiz übernehmen hauptsächlich den Kauf, Verkauf und die Lagerung von Erdöl und Erdölprodukten für Kunden aus der ganzen Welt sowie das Chartering von Ozeanschiffen für den Rohstofftransport. Bezüglich Rohstoffhandel ist zu bemerken, dass die Rohstoffe – obwohl die geographische Umsatzzuordnung auf erheblichen Umsatz in der Schweiz hindeutet – weder in die Schweiz geliefert noch innerhalb der Schweiz gehandelt noch aus der Schweiz hinaus geliefert werden.

5. Die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen sind weitgehend komplementär, deren Aktivitäten überschneiden sich nur in sehr beschränktem Ausmass. Von der Übernahme sind nur der physische Rohstoffhandel (Bst. b) und der nicht physische Handel mit Rohstoffderivaten (Bst. c) betroffen.

b) Physischer Rohstoffhandel

6. Der *physische Rohstoffhandel* ist das Hauptbetätigungsfeld von SET: Mit Schweizer Geschäftspartnern arbeitet SET zusammen bezüglich Erdöl, Erdölprodukten, Elektrizität, Erdgas, Metallen, Kohle, Flüssiggas und Emissionsrechten. Lieferungen werden ausschliesslich in/aus Drittstaaten oder innerhalb von Drittstaaten erbracht, sie tangieren die Schweiz nicht.

7. RBS hingegen ist – mit Ausnahme des physischen Emissionsrechtehandels (CO₂-Zertifikate, carbon credits) der neu erworbenen ABN AMRO-Gesellschaften – in diesen Bereichen *nicht* aktiv.

8. Da für die von den Beteiligten gehandelten Rohstoffe Weltmarktpreise bestehen, dürfte der Markt als international bzw. sogar als Weltmarkt zu definieren sein (vgl. z.B. RPW 2002/1, 66 betr. Erdöl).

9. Das Zusammenschlussvorhaben führt nur im Emissionsrechtehandel zu einer Marktanteilsaddition, welche jedoch marginal ist: Auf den EWR-weiten Märkten verfügt RBS zukünftig über einen kumulierten Anteil von [0–10%] ([0–10%] von RBS/ABN AMRO + [0–10%] von SET). In den übrigen individuellen Rohstoffhandelssegmenten (unedle Metalle, Erdöl, Erdgas, Kohle etc.) verfügt SET EWR- bzw. weltweit jeweils unter 10% Marktanteil, RBS ist auf diesen Märkten überhaupt nicht aktiv. Entsprechend gibt es keine betroffenen Märkte in der Schweiz.

c) Nicht physischer Handel mit Rohstoffderivaten

10. Die RBS, deren Kerngeschäft das Bankengeschäft ist, ist nur sehr begrenzt im nicht physischen Handel mit Rohstoffderivaten (Financial Trading) tätig. Der Handel mit Derivaten insgesamt macht nur einen Teil der Geschäftstätigkeit von RBS aus, wobei Derivate basierend auf Rohstoffen wiederum nur eine kleine Untergruppe bilden. Die entsprechenden Geschäftstätigkeiten von RBS sind in erster Linie kundenbezogen: Bei den Nachfragern von Rohstoffderivaten handelt es sich i.d.R. um Kunden, die in irgendeiner Form eine Finanzierungsdienstleistung erhalten haben (z.B. Projektfinanzierung oder andere gesicherte und ungesicherte Kredite). Bezüglich Rohstoffderivaten geht RBS selber kein Marktrisiko ein (nur "Back-to-Back-Transaktionen"), das Risiko trägt der Kunde.

11. Die Aktivitäten von SET hingegen beschränken sich grundsätzlich auf den Handel mit Futures und Derivaten bezüglich derjenigen Rohstoffe, mit denen SET auch auf den Rohstoffmärkten physisch handelt: Zweck ist die Kursabsicherung. SET ist im nicht physischen Handel hauptsächlich in eigenem Namen und auf eigenes Risiko tätig, nicht im Auftrag und im Namen von Kunden.

12. Da die überwiegende Mehrheit der Kunden auf globaler Ebene agiert, ist davon auszugehen, dass der Markt für Derivative basierend auf Rohstoffen – sofern er überhaupt von den übrigen derivativen Finanzinstrumenten abzugrenzen ist – international zu definieren ist. Selbst wenn noch engere Märkte, basierend auf den einzelnen Rohstoffklassen, segmentiert würden, betra-

gen die weltweiten kombinierten Marktanteile auch nach der geplanten Übernahme stets weniger als 10%. Eine Ausnahme bildet einzig der nicht physische Handel mit Kohle, wo SET heute einen Marktanteil von [10–20%] hat. Der entsprechende Marktanteil von RBS ist jedoch mit [$< 1\%$] vernachlässigbar. Entsprechend gibt es keine betroffenen Märkte in der Schweiz.

d) Ergebnis

13. Da die beteiligten Unternehmen entweder nur über minimale (kombinierte) Markt- bzw. Segmentanteile verfügen oder das Zusammenschlussvorhaben nur zu geringen Markt- bzw. Segmentanteilsadditionen führen wird und zudem die Parteien weiterhin starker Konkurrenz in

den Märkten für den physischen wie den nicht physischen Handel mit Rohstoffen und Rohstoffderivaten ausgesetzt sind, wird das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Einschränkung des Wettbewerbs führen.

14. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der geplante Zusammenschluss – der Erwerb der alleinigen Kontrolle der RBS über die SET-Gesellschaften von Sempra – eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

12. BEKB/RBA

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 5. Dezember 2007

A SACHVERHALT

1. Am 26. Oktober 2007 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der RBA-Holding AG (RBA) und der Berner Kantonalbank (BEKB) erhalten (zusammen die Parteien).

2. Die RBA ist eine Gemeinschaftsorganisation von derzeit 51 Schweizer Regionalbanken, deren Ziel die nachhaltige Existenzsicherung von wettbewerbsfähigen RBA-Banken unter Wahrung ihrer rechtlichen Unabhängigkeit ist. Die RBA ist keine Bank und verfügt dementsprechend über keine Banklizenz. Ihr obliegt die strategische Führung und Koordination im Gesamtkonzern, die Bestimmung der konzernweit geltenden Grundsätze sowie das Finanzmanagement der RBA. Mit den operativen Tätigkeiten beauftragt die RBA zur Hauptsache ihre Tochtergesellschaften RBA-Finanz AG (Dienstleistungen im Bereich der internen Revision und revisionsnahen Beratung), RBA-Service AG (Verarbeitungsplattform bezüglich Kosten, Service und Prozesse) und RBA-Zentralbank AG (Dienstleistungen im Sinne einer Zentralbank und Bindeglied zu den Finanzplätzen). Die RBA-Banken sind über einen Aktionärsbindungsvertrag miteinander rechtlich verbunden.

3. Die BEKB ist eine privatrechtliche, börsennotierte Aktiengesellschaft mit beschränkter Staatsgarantie und als Universalbank im Kanton Bern sowie im angrenzenden Kanton Solothurn tätig. Grösster Hauptaktionär ist der Kanton Bern mit einem Aktienanteil von 51,5%.

4. Die RBA und die BEKB beabsichtigen, ausgewählte Verarbeitungsprozesse - d.h. bankenspezifische Back-Office Dienstleistungen - in eine gemeinsame Produktionsgesellschaft auszulagern.

5. Zu diesem Zweck haben die beiden Parteien im Mai 2007 die Entris AG (Entris) gegründet, welche in den Bereichen Zahlungsverkehrs- und Wertschriftenverarbeitung tätig sein soll und an welcher beide Parteien je zur Hälfte beteiligt sind. Operativ tätig wird die neue Gesellschaft erst ab dem 1. Januar 2008.

6. Die Parteien haben am 25. Juni 2007 einen entsprechenden Aktionärsbindungsvertrag (ABV) und einen Kooperationsvertrag (KV) abgeschlossen, welche die Erbringung von Dienstleistungen von Entris gegenüber RBA und BEKB konkretisieren.

7. Im Vorfeld der Einreichung der Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen RBA und BEKB haben die Parteien beim Sekretariat eine Beratung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 KG¹ beantragt. Gegenstand der Beratung bildete die Frage, ob Entris als Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU² zu qualifizieren sei und dementsprechend gemäss Art. 9 KG (bei gegebenen Voraussetzungen) meldepflichtig ist.

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

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

B.1.1 Unternehmen

9. Als *Unternehmen* gelten gem. Art. 2 Abs. 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

10. Die RBA und die BEKB haben Entris als Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) gegründet und beteiligen sich je zur Hälfte am Aktienkapital. Beide Parteien bringen ihr Geschäft der Wertschriften- und der Zahlungsverkehrsverarbeitung inklusive Personal und Infrastruktur, jedoch ohne Liegenschaften, in die neue Gesellschaft ein. Die Dienstleistungen von Entris sind spezifisch auf Banken zugeschnitten und können entsprechend nur von Banken (sowie allenfalls von Effektenhändlern) nachgefragt werden.

11. [...]. Es ist vorgesehen, dass Entris ihre Back-Office Dienstleistungen gegebenenfalls auch an Dritte erbringen kann.

12. Die Parteien beabsichtigen, durch das Poolen der jeweiligen Back-Offices im Bereich der Wertschriften- und Zahlungsverkehrsverarbeitung zu einem grossen Back-Office, die Verarbeitung effizienter und kostengünstiger durchzuführen. Das Pooling der Verarbeitungskapazitäten, d.h. der Back-Offices, soll beiden Parteien erlauben, sich künftig stärker auf die Kundenbetreuung und Produktentwicklung zu konzentrieren. Nach Ansicht von RBA und BEKB sind dabei aufgrund von Prozessvereinfachungen und -entwicklungen innerhalb von vier Jahren Effizienzgewinne und Kostenreduktionen im Umfang von 20% zu erwarten.

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

13. In Bezug auf die schweizerische Fusionskontrolle ergibt sich aus dem gewählten Vorgehen die Frage, ob Entris nach dem derzeitigen Stand des geplanten Zusammenschlussvorhabens als Gemeinschaftsunternehmen (GU) im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren ist und somit, ob das Vorhaben einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

14. Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt u.a. jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Art. 2 Abs. 2 VKU präzisiert den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses hinsichtlich der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch zwei oder mehrere Unternehmen. Danach liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das GU die Funktionen nach Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt und zusätzlich die Geschäftstätigkeiten mindestens eines der kontrollierenden Unternehmen in das GU einfließen. Die Gründung eines GU ist somit dann als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- gemeinsame Kontrolle der Muttergesellschaften über das zu gründende GU;
- in das GU fliessen Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen ein;
- das GU erfüllt auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit (Vollfunktionsunternehmen).³

15. Das Erfordernis der gemeinsamen Kontrolle der beiden Muttergesellschaften über das zu gründende GU ist hier gegeben. [...].

16. Durch die Einbringung der Geschäftsteile "Wertschriften- und Zahlungsverkehrsverarbeitung" in Entris wird das Tatbestandsmerkmal des Einfließens von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen ebenfalls erfüllt.

17. Näher zu prüfen ist, ob Entris die Eigenschaften eines Vollfunktionsunternehmens erfüllt. Ein GU ist ein Vollfunktionsunternehmen im Sinne von Art. 2 VKU, wenn es die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

- das GU muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten;
- das GU tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf;
- das GU ist auf Dauer angelegt.

18. Die Tatsache, dass ein GU in seiner Anlaufphase fast vollständig von der Belieferung an seine kontrollierenden Muttergesellschaften abhängig ist, braucht den Charakter eines Vollfunktionsunternehmens nicht zu beeinträchtigen. Eine solche Anlaufphase kann erforderlich sein, damit das GU überhaupt auf dem Markt Fuss fassen kann⁴. Im vorliegenden Fall bestehen keine Indizien, welche darauf schliessen lassen, dass Entris auf Dauer ausschliesslich zum Zwecke der Erbringung von Dienstleistungen an ihre beiden Mütter

RBA und BEKB gegründet wurde. Im Gegenteil haben die Parteien in der Meldung ausgeführt, dass die Erbringung von Dienstleistungen von Entris künftig auch gegenüber neuen Aktionären und sogar gegenüber Dritten möglich sei. Im Weiteren ist die Übertragung von notwendigem Know-how, so insbesondere von Spezialisten, aber auch die Übertragung von Lizenzen und anderen Rechten vorgesehen. Da die Verträge der Muttergesellschaften mit den bisherigen Lieferanten auf Entris übertragen werden, tritt das GU bereits ab Beginn der operativen Tätigkeit als Nachfrager dieser vertraglich zugesicherten Lieferungen auf dem Markt auf (vgl. Ziff. 2 KV).⁵

19. Entris tritt zudem als selbständige wirtschaftliche Einheit auf: Hierfür sprechen die Tatsachen, dass die Muttergesellschaften neben Kapital (50% des Aktienkapitals wurden liberiert) auch Personal, Know-How, Infrastruktur und die für den Geschäftsbetrieb notwendigen Rechte (Lizenzen und andere Rechte) in das GU einbringen. Für das Tagesgeschäft respektive die operative Führung wird sodann ein Management bestimmt (vgl. Ziff. 2 ABV).

20. Weiter ist der Bestand von Entris auf Dauer ausgelegt. [...].

21. Daraus folgt, dass Entris als GU im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren ist. Das Vorhaben stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

22. RBA und BEKB sind Erwerberinnen der Aktien von Entris und damit die kontrollierenden Unternehmen, welche die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU trifft.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

23. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

24. Sofern die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3–8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Da die BEKB eine Bank ist, werden für sie die Umsatzschwellen nach Art. 8 VKU berechnet, während für die RBA Art. 3–8 VKU massgebend sind⁶. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die im Jahr 2006 erwirtschafteten Umsätze/Bruttoerträge. Da die beteiligten Parteien nur in der Schweiz tätig sind, werden folgend nur die Umsätze/Bruttoerträge in der Schweiz angegeben:

³ RPW 2006/4, 677 ff. (GE/CSFBPE/GIMP), insbes. Rz. 7 ff. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Zürich 2005, S. 359 Rz. 739 ff.

⁴ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Abl. C 66 vom 2. März 1998, S. 3 Rn. 14).

⁵ PATRIK DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel 2000, S. 242.

⁶ [...].

Umsätze/Bruttoerträge 2006 (in Mio. CHF)	Schweiz
RBA	[...]
BEKB	[...]
Gemeinsam	[...]

25. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz/Bruttoertrag von mehr als CHF 500 Mio. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist somit erreicht. Beide beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 in der Schweiz einen Umsatz/Bruttoertrag von über CHF 100 Mio., womit auch der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten ist. Der geplante Unternehmenszusammenschluss ist somit meldepflichtig.

B.4 Keine Zuständigkeit der Bankenkommision

26. Mit Schreiben vom 2. November 2007 hat die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) erklärt, keine Gläubigerinteressen geltend zu machen. Somit ist die Wettbewerbskommision (Weko) für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig (Art. 10 Abs. 3 KG).

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

27. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Weko, 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.

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

29. 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).

30. Im vorliegenden Fall werden die RBA und die BEKB ihre bankenspezifischen Verarbeitungskapazitäten bzw. Back-Office Dienstleistungen (Beschaffungsmarkt) in ein neu gegründetes Gemeinschaftsunternehmen (GU) auslagern. Beim Vertrieb ihrer Finanzdienstleistungen an der Kundenfront (Absatzmarkt) hingegen, werden sie völlige unternehmerische

Freiheit behalten. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevant ist somit ausschliesslich der Markt für Back-Office Dienstleistungen⁷. Entris wird diese Dienstleistungen für die RBA und die BEKB erbringen, wobei eine Tätigkeit für Dritte nicht ausgeschlossen ist.

31. Der Markt für Back-Office Dienstleistungen kann weiter unterteilt werden in:

- (i) Back-Office Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung
- (ii) Back-Office Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung.

32. Entris wird im **Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung** v.a. Back-Office Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung und Abwicklung von Zahlungseingängen/-ausgängen sowie der Verwaltung von Zahlungsmitteln erbringen:

- *Verwaltung und Abwicklung von Zahlungsausgängen*: Schweizerfranken innerhalb der Schweiz, Fremdwährung innerhalb der Schweiz, Schweizerfranken ins Ausland, Fremdwährung ins Ausland – unabhängig der Auftragsart wie z.B. Papier, e-Banking, Dauerauftrag, LSV, Stammliste und Check- und Wechselinkasso;
- *Verwaltung und Abwicklung von Zahlungseingängen*: Schweizerfranken innerhalb der Schweiz, Fremdwährung innerhalb der Schweiz, Schweizerfranken aus dem Ausland und Fremdwährung aus dem Ausland;
- *Verwaltung von Zahlungsmitteln*: Formularwesen, e-Banking, Administration, Call-Center / Nachforschungen, Debit-Karten, Kreditkarten, übrige Zahlungsmittel, Geldausgabeautomat.

33. Entris wird im **Bereich Wertschriftenverarbeitung** folgende Back-Office Dienstleistungen erbringen:

- *Transaktionsabwicklungen* betreffend Wertschriften- und Fondsgeschäfte, Geldmarkt-, Edelmetall- und Devisengeschäfte sowie Derivatgeschäfte: Ausführung von Handelsaufträgen, Abrechnung und Abwicklung der Geschäfte;
- *Typische Wertschriftenverwaltungsdienstleistungen*: Titelein- und auslieferungen, Verarbeitung

⁷ Zur Marktabgrenzung zwischen Produktion und Vertrieb von Finanzdienstleistungen vgl. RPW 2003/3, S. 523 Rz. 46f. (Credit Suisse/Bank Linth).

von Coupons und Rückzahlungen, Verarbeitung von Corporate Actions;

- *Nebendienstleistungen* wie Steuern (Verzeichnisse, Belege, usw.), Portfolio-Management Support, Aktienregisterführung, Depotgebühren, Eintrittskarten für Generalversammlungen, Reconciliation (Depotstellenabstimmung für Banken mit eigenen Lagerstellen).

34. Wie die obigen Ausführungen zeigen, handelt es sich bei den Dienstleistungen von Entris in den beiden Bereichen Wertschriften- und Zahlungsverkehrsverarbeitung um unterschiedliche Tätigkeiten und es ist davon auszugehen, dass diese für die Marktgegenseite (Banken und Effektenhändler) nicht substituierbar sind. Folglich bilden sie zwei unterschiedliche sachlich relevante Märkte.

35. Es ist fraglich, ob sich die abgegrenzten Märkte für *Back-Office Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrs- und Wertschriftenverarbeitung* noch weiter in sachlich relevante Teilmärkte unterteilen lassen (z.B. ausgelagerte Back-Office Tätigkeiten im Zahlungsverkehrsverarbeitung mit Zahlkarten etc). Diese Frage kann hier letztendlich offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engeren Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

36. Im Zusammenhang mit der sachlichen Marktabgrenzung ist auch auf die IT-Dienstleistungen hinzuweisen.⁸ Fraglich ist dabei, inwiefern IT-Dienstleistungen von Back-Office Dienstleistungen abzugrenzen sind. In Folgendem braucht dies nicht näher betrachtet zu werden, da Entris keine IT-spezifischen Dienstleistungen anbietet. Unter Entris wird der Betrieb der IT, wie dies heute sowohl für die BEKB als auch für die RBA bereits der Fall ist, durch die RTC Real Time Center AG erfolgen.

37. Weiter ist Entris insbesondere von Unternehmen abzugrenzen, die dem Back-Office einer Bank nachgelagerten Dienstleistungen anbieten, wie beispielsweise die Swiss Interbank Clearing AG (SIC) oder die SegalInterSettle (SIS): Sowohl die SIC, welche Interbanken-Zahlungsverkehr anbietet, als auch die SIS, welche Custody-/Verwahrungsdienstleistungen sowie Clearing und Settlement anbietet, erbringen Dienstleistungen, die dem Back-Office einer Bank nachgelagert sind und somit aus Sicht des Nachfragers betreffend ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks nicht als substituierbar (sondern vielmehr als komplementär) angesehen werden. Entsprechend wird Entris die Dienstleistungen der SIS und der SIC nachfragen und nicht selber anbieten.

38. Letztendlich ist zu klären, ob jene Dienstleistungen im Bereich des Back-Office von Banken, welche nicht an eine Dritte Partei (wie Entris) ausgelagert wurden und somit selbständig und hausintern abgewickelt werden, ebenfalls zum relevanten Markt hinzuzählen sind. Diese Frage kann hier offen gelassen werden, da wie nachfolgend beschrieben wird (vgl. Rz. 51 ff.), auch bei einer engen Marktabgrenzung (d.h. ohne hausinterne Back-Office Dienstleistungen), die tiefen Markteintrittsbarrieren und damit eine genügend gros-

se potentielle Konkurrenz wettbewerbsrechtliche Bedenken ausräumen.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

39. 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).

40. Der räumlich relevante Markt für die Wertschriften- und Zahlungsverkehrsverarbeitung ist grundsätzlich *das Gebiet der Schweiz*. Die Auslagerung der Produktion ist in der Schweiz auch über die Sprachgrenze hinaus möglich, weshalb sich eine engere Marktabgrenzung nicht rechtfertigt. Der Markt für die beiden sachlich relevanten Märkte ist national abzugrenzen.⁹

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

42. Die Marktanteile der Parteien auf den beiden sachlich relevanten Märkten, d.h. Back-Office Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung und Wertschriftenverarbeitung, sind höchstens indirekt abschätzbar, da Zahlenmaterial zu Back-Office Dienstleistungen von Banken nicht vorliegt. Die entsprechenden Zahlen sind in der Regel Geschäftsgeheimnisse der Unternehmen. Die folgenden Angaben beruhen deshalb auf einer Plausibilitätsprüfung der Schätzungen der Parteien.

B.5.2.1. Back-Office Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung

43. Die Parteien gehen in ihren Schätzungen davon aus, dass der Anteil des Kommissionsertrages aus dem Wertschriften- und Anlagegeschäft ungefähr dem Anteil des Verarbeitungsvolumens entspricht.

⁸ Die Weko hat sich in mehreren Entscheiden mit dem IT-Markt auseinandergesetzt: RPW 2001/4, S. 754 Rz. 11 ff. (Swisscom AG und AGI IT Services AG), RPW 2002/4, S. 630 Rz. 8 ff. (IBM Deutschland GmbH und PwC Consulting AG), RPW 2003/2, S. 299 Rz. 17 ff. (Accenture AG/Systor AG), RPW 2003/3, S. 514 ff. (Credit Suisse/Bank Linth).

⁹ Vgl. auch die räumliche Marktabgrenzung bei der Auslagerung von IT-Dienstleistungen in RPW 2006/3, S. 505 Rz. 48ff. (Galénica/Unione).

Demnach beträgt der Anteil der Parteien am gesamten Verarbeitungsvolumen im Bereich Wertschriftenverarbeitung in der Schweiz in den vergangenen drei Jahren jeweils weniger als 1%:

Anteile an der Wertschriftenverarbeitung						
	Alle Banken		RBA-Banken		BEKB	
	Mio. CHF	%	Mio. CHF	%	Mio. CHF	%
2006	31'663	100	137	0.4	96	0.3
2005	26'969	100	119	0.4	83	0.3
2004	23'521	100	105	0.4	75	0.3

Quelle: Meldung

44. Der Anteil aller Kantonalbanken, Regionalbanken und Sparkassen sowie der Raiffeisenbanken am gesamten Verarbeitungsvolumen im Bereich Wertschriften-

tenverarbeitung betrug in der Schweiz in den letzten drei Jahren rund 7% des Gesamtmarktes:

Anteile an der Wertschriftenverarbeitung								
	Kantonalbanken		Regionalbanken und Sparkassen		Grossbanken		Raiffeisenbanken	
	Mio. CHF	%	Mio. CHF	%	Mio. CHF	%	Mio. CHF	%
2006	1'658	5.2	269	0.8	16'487	52.0	187	0.6
2005	1'497	5.6	232	0.8	13'603	50.4	158	0.6
2004	1'339	5.7	204	0.8	11'631	49.4	123	0.5

Quelle: Meldung

B.5.2.2. Back-Office Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung

45. Vorab ist der Klarheit wegen festzuhalten, dass die Banken, Entris und andere Anbieter von Back-Office Dienstleistungen sowie SIC grundsätzlich nicht auf derselben Marktstufe tätig sind. Folgende Marktstufen können im Bereich Zahlungsverkehr unterschieden werden: Kundenfront (PostFinance, Banken), Back-Office (PostFinance, gewisse Banken, Entris, etc.), Interbanken-Zahlungsverkehr (SIC, PostFinance¹⁰).

46. Da es im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung ebenfalls an einschlägigem Zahlenmaterial fehlt, werden für die folgenden Marktanteilsberechnungen die Transaktionsvolumen der PostFinance und der SIC gemeinsam herangezogen, um die Marktanteile der Parteien in der Schweiz approximativ zu ermitteln. Die Zahlen dienen jedoch lediglich zur Veranschaulichung von Grössenordnungen und Verhältnissen des gesamten Zahlungsverkehrs in der Schweiz. Sowohl SIC als auch PostFinance sind auf einem der Entris nach-

gelagerten Markt tätig, insofern als dass Zahlungen zwischen Banken respektive zwischen Banken und der Post über das SIC und PostFinance abgewickelt werden, nachdem die Transaktionen bankintern verarbeitet wurden.

47. Im Jahr 2006 wickelte die SIC über ihr Interbanken-Zahlungssystem 317 Mio. Transaktionen in Schweizer Franken ab. Über PostFinance wurden im gleichen Zeitraum 803 Mio. Zahlungen abgewickelt. Dabei handelt es sich um Zahlen zum Inland-Zahlungsverkehr. Da allerdings SIC Transaktionen zwischen den Banken und der Post an PostFinance weiterleitet, dürfte es sich bei einem Teil der vorgenannten Zahlungen von SIC und PostFinance teilweise um dieselben Zahlungen handeln. Im Jahre 2006 kann somit in der Schweiz approximativ von einem

¹⁰ PostFinance ist im Bereich Interbanken-Zahlungsverkehr zwar nicht auf dem gleichen Markt tätig wie die SIC. Es werden jedoch viele Zahlungen von den Banken an den Postzahlungsverkehr weitergeleitet und zwar an die Kunden mit Postkonto.

gesamten Transaktionsvolumen von etwas über 1'000 Mio. Zahlungen ausgegangen werden.¹¹

48. Die RBA tätigt im Bereich Inland-Zahlungsverkehr insgesamt ca. [...] Transaktionen pro Jahr, was einem ungefähren Anteil von [...] % am totalen approximativem Transaktionsvolumen (SIC und PostFinance) entspricht. Die BEKB tätigt ca. [...] Transaktionen pro Jahr. Der Marktanteil der BEKB dürfte bei ca. [...] % des totalen Transaktionsvolumens liegen. Die Anteile von RBA und BEKB zusammen am totalen approximativem Transaktionsvolumen liegen somit unter 5%.

B.5.2.3. Fazit

49. Die approximativen Berechnungen zeigen, dass die Parteien und dementsprechend auch Entris bei den erbrachten Back-Office Dienstleistungen Zahlungsverkehrs- und Wertschriftenverarbeitung in jedem Fall nur geringe Marktanteile haben.

50. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte

im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen, da der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf den relevanten Märkten in der Schweiz weniger als 20 Prozent beträgt, und keines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz einen Marktanteil von 30 Prozent oder mehr hat.

B.5.3. Markteintritte

51. Gemäss Kenntnis der Parteien sind in den letzten fünf Jahren die in der nachfolgenden Tabelle aufgeführten Unternehmen, welche Back-Office Dienstleistungen im Bereich Wertschriften- und Zahlungsverkehrsverarbeitung anbieten, in den Markt eingetreten. Wobei die Unternehmen oft aus anderen Unternehmen heraus entstanden sind.

52. Aus der Tabelle wird ersichtlich, in welchem Bereich bzw. in welchen Bereichen die Unternehmen tätig sind:

Zahlungsverkehrsverarbeitung	Wertschriftenverarbeitung	Zahlungsverkehr- und Wertschriftenverarbeitung
PostFinance	VONSYS	Sourcag
	InCore Bank AG	UBS Bank4Banks
	Finaclear (nur Fondsadministration)	Credit Suisse Expert2Experts

Quelle: Meldung

53. Nach Kenntnis der RBA und BEKB ist der Markteintritt des folgenden Unternehmens in den nächsten Jahren geplant:

- ZKB/BCV

54. Die Kosten für einen Marktzutritt sind relativ gering: Erfahrung und Know-how in Technologie sowie Projektführung und Implementierung sind vorliegend die wichtigsten Grundlagen für einen Markteintritt. Die für den Markteintritt notwendige Technologie (Hardware, Software) und Infrastruktur sind grundsätzlich problemlos erhältlich und bei jeder Bank vorhanden, die ihr Back-Office nicht ausgelagert hat. Know-how und Erfahrung kann gewonnen werden durch die Einstellung von qualifizierten Personen, die in der Schweiz in ausreichender Zahl vorhanden sind.

55. Es ist folglich für andere Banken ohne weiteres möglich, ebenfalls Partnerschaften und Allianzen einzugehen, um Verarbeitungskapazitäten zu vereinigen und sich auf die Kundenbetreuung zu konzentrieren. Die erfolgten Markteintritte in den letzten fünf Jahren bestätigen diese Aussage.

56. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass auch kleinere Banken, die nicht spezifisch Dienstleistungen für andere Banken anbieten, im Einzelfall bereit sind, anderen Banken auf Mandatsbasis im Rahmen eines Outsourcings gewisse Back-Office- bzw.

Verarbeitungsfunktionen auch kurzfristig abzunehmen. Grundsätzlich kann daher heute jede Bank mit eigenem Back-Office ohne Marktzutrittsschranken in den relevanten Beschaffungsmarkt eintreten.

B.5.4 Wettbewerbsrechtliche Würdigung und Schlussfolgerung

57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben aufgrund der sehr geringen Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den relevanten Märkten, des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs durch neu hinzutretende Unternehmen, sowie durch die tiefen Markteintrittsschranken, keine marktbeherrschende Stellung der beteiligten Parteien entstehen lässt bzw. eine solche nicht verstärkt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist deshalb wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

¹¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass das hier geschätzte gesamte Transaktionsvolumen (SIC und PostFinance zusammen) auch die Zahlungen mitumfasst, welche von den Finanzinstituten hausintern verarbeitet werden und somit nicht zur Verarbeitung ausgelagert werden. Nicht erfasst sind dagegen bankinterne Zahlungen, die nicht über SIC oder PostFinance abgewickelt werden ("on-us transactions").

C ERGEBNIS

58. Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der geplante Zusammenschluss – der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle der RBA / BEKB über Entris – eine marktbeherr-

schende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Wiederholung von Verfahrenshandlungen

Zwischenverfügung gemäss Art. 46 VwVG

Décision incidente selon l'art. 46 PA

Decisione incidente giusta l'art. 46 PA

Zwischenverfügung vom 5. November 2007 in Sachen Untersuchung "Telekurs/Terminals mit DCC" gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Wiederholung von Verfahrenshandlungen

A SACHVERHALT

1. Am 20. Juli 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige der CCV-Jeronimo (Suisse, Schweiz, Svizzera, Switzerland) SA (nachfolgend: Jeronimo) ein, in welcher der Telekurs Multipay AG (TKM) eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG vorgeworfen wurde und der Erlass vorsorglicher Massnahmen beantragt wurde.

2. Am 24. Juli 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung in Sachen "Telekurs/Terminals mit DCC" und führte folgende Untersuchungshandlungen durch:

- Schriftenwechsel zwischen den Parteien: Die Anzeige der Jeronimo wurde TKM zur Stellungnahme zugestellt. Auf die Stellungnahme der TKM vom 25. August 2006 replizierte Jeronimo mit Eingabe vom 25. September 2006. TKM verzichtete mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 auf eine Duplik.

- Treffen mit den Parteien: Vertreter des Sekretariates trafen sich am 31. Oktober 2006 mit Vertretern der Anzeigerin und am 7. November 2006 mit Vertretern der TKM und der Telekurs Card Solutions AG (nachfolgend: TKC).

- Einholen von Auskünften: Mit Schreiben vom 13. November 2006 verlangte das Sekretariat von TKM diverse Auskünfte. Mit Schreiben und E-Mails vom 13. November 2006 wurden auch Fragen an Aduno SA, Concardis (Schweiz) AG sowie B+S Card Service gestellt (nachfolgend Aduno, Concardis und B+S). Weitere Anfragen an die Parteien sowie an die erwähnten anderen Marktteilnehmer erfolgten per E-Mail und Telefon. Die Antworten gingen mit Schreiben vom 20., 23., 24. und 29. November sowie 1. Dezember 2006 beim Sekretariat ein.

3. Anlässlich eines Treffens zwischen den Parteien vom 8. Dezember 2006 erklärte sich TKM/TKC bereit, das allenfalls missbräuchliche Verhalten gegenüber Jeronimo aufzugeben. Damit wurde die Frage nach vorsorglichen Massnahmen obsolet.

4. Mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 stellte das Sekretariat fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt bzw. vorgelegen hat. Am 17. Januar 2007 wurde durch das Sekretariat im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission die vorliegende Untersuchung eröffnet.

5. Bis am 7. Februar 2007 gaben alle im Rahmen der Vorabklärung Beteiligten – d.h. Parteien und befragte Dritte – ihr Einverständnis zur Übernahme der Akten der Vorabklärung in die Untersuchung.

6. Das Sekretariat verschickte am 16. März 2007 Auskunftsbegehren an die Parteien und an diverse Acquirer. Die Auskunftsbegehren an diverse Terminalhersteller folgten am 2. April 2007.

7. Am 14. Mai 2007 teilten die SWX Group (nachfolgend SWX), die SIS Swiss Financial Services Group AG (nachfolgend SIS) und die Telekurs Holding AG (nachfolgend Telekurs) dem Sekretariat mittels ihres Rechtsvertreters telefonisch mit, dass sie eine Absichtserklärung zum Zusammenschluss der drei Unternehmen unterzeichnet hatten. Am 15. Mai 2007 erfolgte eine entsprechende Pressemitteilung der drei Unternehmen.

8. Am 30. Mai 2007 ging beim Sekretariat die Antwort der TKM/TKC auf das am 16. März 2007 gestellte Auskunftsbegehren ein.

9. Das erste Schreiben, welches detailliertere Angaben zum Zusammenschlussvorhaben SWX/SIS/Telekurs enthielt, ging beim Sekretariat am 5. Juni 2007 ein, und das Sekretariat eröffnete das Verfahren "41-0481: Zusammenschluss SWX/SIS/Telekurs".

10. Die letzten Antworten auf die Auskunftsbegehren vom 16. März 2007 gingen am 6. Juni 2007 beim Sekretariat ein.

11. Am 11. Juni 2007 fand zur Klärung der Frage der Meldefähigkeit des Zusammenschlussvorhabens SWX/SIS/Telekurs eine Sitzung zwischen Vertretern des Sekretariates und Vertretern der Zusammenschlussparteien statt. Anlässlich dieser Sitzung thematisierte der zuständige Vizedirektor auch den Fall Telekurs/Terminals mit DCC. Dies erweckte offenbar

bei den Parteien den Anschein, die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens stehe in einem Zusammenhang mit dem Verhalten der Telekurs in der vorliegenden Untersuchung. Mit Telefonaten vom 14. und 15. Juni 2007 beschwerten sich die Rechtsvertreter der Parteien bei der Wettbewerbskommission und beim Sekretariat über das Verhalten des betroffenen Vizedirektors.

12. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 trat der betroffene Vizedirektor unter folgender Begründung in den Ausstand: "Suite à une séance le 11 juin 2007 qui a, semble-t-il, donné l'impression qu'il y avait une relation entre les deux affaires citées sous rubrique [32-0205: Telekurs/Terminals mit DCC; 41-0481: Zusammenschluss SWX, SIS, Telekurs] – ce qui n'est pas le cas – et afin d'éviter toute ambiguïté quant à une éventuelle apparence d'opinion préconçue, je vous informe que j'ai décidé de me récuser dès aujourd'hui pour la suite desdites procédures". Mit Schreiben vom gleichen Tag informierte der Direktor des Sekretariates, dass er die beiden Geschäfte ab sofort mit den bisher zuständigen Dossierverantwortlichen betreuen werde.

13. Mit Schreiben vom 19. Juni 2007 führte der Rechtsvertreter der Parteien aus, aufgrund des Ausstandes sowie der Informationen seitens seiner Klientin bezüglich der Sitzung vom 11. Juni 2007 stehe fest, dass (1) der betroffene Vizedirektor tatsächlich einen Zusammenhang zwischen den beiden Verfahren erstellt habe, obwohl wie er selber zugebe, ein derartiger Zusammenhang nicht bestehe, und er deshalb (2) nicht nur den Anschein der Befangenheit erweckt habe, sondern effektiv gegenüber seiner Klientin befangen und deshalb zum Ausstand verpflichtet sei. Als verfahrensrechtliche Konsequenz dieses Ausstandes wurde die Nachholung derjenigen Verfahrenshandlungen des vorliegenden Verfahrens verlangt, an denen der betroffene Vizedirektor mitgewirkt habe. Weiter wurde ausgeführt, er müsse auch in allen zukünftigen Fällen, welche Telekurs betreffen, in den Ausstand treten.

14. Das Sekretariat antwortete am 12. Juli 2007 in der Form eines einfachen Verwaltungsschreibens und lehnte die Wiederholung von Verfahrenshandlungen ab.

15. Mit E-Mail vom 25. Juli 2007 stellte das Sekretariat TKM/TKC diverse Ergänzungsfragen zum Auskunftsbegleichen vom 16. Mai 2007. Eine Antwort blieb seither aus.

16. Mit Schreiben vom 21. August 2007 hielt TKM/TKC daran fest, dass sämtliche Handlungen an denen der betroffene Vizedirektor formell oder materiell mitgewirkt habe, zu wiederholen seien. Da gemäss der Organisationsstruktur des Sekretariates der zuständige Vizedirektor die Verantwortung für das gesamte Untersuchungsverfahren trage, seien sämtliche Verfahrenshandlungen in diesem Untersuchungsverfahren zu wiederholen. Für den Fall, dass das Sekretariat auf seinem im Schreiben vom 12. Juli 2007 formulierten Standpunkt beharren sollte, wurde der Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung verlangt.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Zuständigkeit

17. Mittels der vorliegenden Verfügung wird geklärt, ob aufgrund des Ausstandes des betroffenen Vizedirektors Verfahrenshandlungen zu wiederholen sind. Die Verfügung hat damit eine Verfahrensfrage zum Gegenstand. Zuständig für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen ist gemäss Art. 23 Abs. 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

B.2 Keine Wiederholung von Verfahrenshandlungen

B.2.1 Zeitliche Grenzen des Ausstandsgrunds

18. Am 15. Juni 2007 ist der betroffene Vizedirektor in den Ausstand getreten. Der Ausstand ist daher nicht streitig im Sinne von Art. 10 Abs. 2 VwVG. Hingegen sind die Folgen des Ausstandes umstritten. Für deren Beurteilung ist aber zunächst auf den Ausstandsgrund und seine zeitlichen Grenzen einzugehen.

19. Für den Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern ist Art. 10 VwVG massgebend (Art. 39 KG). Gemäss dieser Bestimmung haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder eine solche vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie:

- a. in der Sache ein *persönliches Interesse* haben;
- b. mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische *Lebensgemeinschaft* führen;
- b.^{bis} mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie *verwandt oder verschwägert* sind;
- c. *Vertreter einer Partei* sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren;
- d. *aus anderen Gründen* in der Sache befangen sein könnten.

20. Im vorliegenden Fall erfolgte der Ausstand aufgrund von Äusserungen, welche an der Sitzung vom 11. Juni 2007 gemacht wurden. Es liegen damit keine der in den Bst. a–c erwähnten Interessenkollisionen vor. Hingegen ist eine Ausstandsgrund gemäss dem Auffangtatbestand von Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG möglich.

21. Ein Ausstandsgrund gemäss Art. 10 Bst. d VwVG ist dann gegeben, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unbefangenheit eines Entscheidträgers zu wecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher nicht nachgewiesen zu werden, dass der Entscheidträger tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den *Anschein der Befangenheit* und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE

132 V 93 E. 7.1; 127 I 196 E. 2b; 119 V 456 E. 5b; 118 Ia 282 E. 3d; 115 V 257 E. 5a; 114 Ia 50 E. 3b).

22. Äusserungen von Behördenmitgliedern gegenüber Verfahrensbeteiligten oder Dritten können einen Befangenheitsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG darstellen (vgl. BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss., Zürich 2002, S. 129 ff.). Dabei können die Äusserungen von Behördenmitgliedern die Voreingenommenheit ursächlich bewirken, indem diese Äusserungen das Verfahren als vorausbestimmt und nicht mehr offen erscheinen lassen. Andererseits kann eine Äusserung auch Indiz für eine bereits bestehende Befangenheit sein. Dies ist dann der Fall, wenn eine Amtsperson durch positiv oder negativ gefärbte Bemerkungen Sympathien oder Antipathien gegenüber einer Verfahrenspartei zum Ausdruck bringt (SCHINDLER, a.a.O., S. 130 ff.; vgl. insbes. die Beispiele auf S. 134).

23. Im vorliegenden Fall hat der betroffene Vizedirektor anlässlich der Sitzung vom 11. Juni 2007 gegenüber einem Vertreter von TKM/TKC Äusserungen gemacht, welche bei der Verfügungsadressatin den Anschein erweckt haben, dass er einen Konnex zwischen dem Verfahren "41-0481: Zusammenschluss SWX/SIS/Telekurs" und dem Verfahren "32-0205: Telekurs/Terminals mit DCC" herstelle, so dass ihr der Ausgang der einzelnen Verfahren als verknüpft und nicht mehr offen erschien. Hingegen wurden keinerlei negativ gefärbte Äusserungen – weder über TKM/TKC noch über Telekurs als Ganzes – gemacht, welche etwa eine persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck bringen würden. Es ist daher davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall die Äusserungen des betroffenen Vizedirektors ursächlich für den Anschein der Befangenheit waren.

24. Allenfalls könnte argumentiert werden, die Idee der Koppelung der beiden Verfahren, die anlässlich der Sitzung vom 11. Juni 2007 zum Ausdruck gebracht wurde, sei beim betroffenen Vizedirektor bereits früher entstanden. In diesem Fall hätte die Befangenheit frühestens am 14. Mai 2007 eintreten können, da ihm zuvor das Zusammenschlussvorhaben gar noch nicht bekannt war und demzufolge selbst gedanklich keine Koppelung der beiden Verfahren möglich war.

25. Für eine Befangenheit vor diesem Zeitpunkt bestehen keinerlei objektive Anhaltspunkte. Auch die Verfügungsadressatin sieht in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2007 den Grund für den Ausstand im Umstand, dass der betroffene Vizedirektor "tatsächlich einen Zusammenhang zwischen den beiden oben erwähnten Verfahren erstellt hat, obwohl, wie er selber zugibt, ein derartiger Zusammenhang nicht besteht". Andere Befangenheitsgründe werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich.

26. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass (1) anlässlich der Sitzung vom 11. Juni 2007 bei der Verfügungsadressatin der Anschein der Befangenheit entstanden ist, was einen Ausstandsgrund gemäss Art. 10 Bst. d VwVG darstellt. (2) Der Ausstandsgrund liegt in der Herstellung des Anscheins, dass ein Konnex zwischen zwei Verfahren bestehe

und der Ausgang der Verfahren nicht mehr offen sei. (3) Falls beim betroffenen Vizedirektor tatsächlich eine diesem Anschein entsprechende Befangenheit vorhanden gewesen wäre, so hätte sie frühestens am 14. Mai 2007 eintreten können. (4) Für die Zeit vor dem 14. Mai 2007 begründen die Äusserungen des betroffenen Vizedirektors vom 11. Juni 2007 nicht den Anschein der Befangenheit, so dass die Äusserungen für diese Zeit keinen Ausstandsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG zu begründen vermögen. (5) Es liegen keine objektiven Anhaltspunkte vor, welche einen Anschein der Befangenheit für die Zeit vor dem 14. Mai 2007 aus anderen Gründen begründen könnten.

B.2.2 Verfahrensrechtliche Konsequenzen

27. Die Verfügungsadressatin verlangt die Wiederholung sämtlicher Verfahrenshandlungen des vorliegenden Untersuchungsverfahrens. Sie macht geltend, der Zeitpunkt, ab dem sich der Ausstandsgrund manifestiert habe, sei nicht ausschlaggebend. Entscheidend sei, dass eine Befangenheit vorgelegen habe, was dazu führe, dass sämtliche Handlungen, an denen die betroffene Person formell oder materiell mitgewirkt habe, zu wiederholen seien.

28. Tatsächlich sind grundsätzlich sämtliche Handlungen, an denen eine befangene Person mitwirkt, zu wiederholen (SCHINDLER, 216). Im vorliegenden Fall sind aber sämtliche Verfahrenshandlungen an denen der betroffene Vizedirektor formell oder materiell mitgewirkt hat – namentlich die Auskunftsbegehren vom 16. März 2007 – vor dem 14. Mai 2007 erfolgt, d.h. zu einem Zeitpunkt für den gemäss den obigen Schlussfolgerungen (Rz. 26) weder eine Befangenheit noch der Anschein einer Befangenheit vorhanden ist.

29. Es ist durchaus möglich, dass eine Befangenheit bzw. der Anschein einer Befangenheit nicht seit dem Beginn eines Verfahrens vorliegt, sondern erst ab einem spezifischen Zeitpunkt eintritt bzw. nur für eine bestimmte Zeitperiode begründet ist. Kann dieser Zeitpunkt wie im vorliegenden Fall bestimmt werden, so ist nicht einsichtig, weshalb die früheren Verfahrenshandlungen wiederholt werden sollten. Dass eine differenzierte Betrachtung der verfahrensrechtlichen Folgen des Ausstandes möglich ist, ergibt sich beispielsweise aus BGE 119 Ia 13. In diesem Fall wurde über das "Schicksal der von einem abgelehnten Magistraten erstellten Prozessakten" (vgl. Regeste) befunden. Das Bundesgericht hielt fest, dass im Falle eines fakultativen Ablehnungsgrundes alle *nach* Einreichen eines Ausstandsgesuchs von einem abgelehnten Magistraten oder mit seiner Mitwirkung erstellten Prozessakten aus dem Verfahren zu entfernen sind (Erwägung 3a).

30. Im Gegensatz zum Sachverhalt in diesem bundesgerichtlichen Fall unterscheidet das VwVG nicht zwischen zwingenden Ausschluss- und fakultativen Ablehnungsgründen. Dennoch geht aus dem Entscheid hervor, dass es mit dem Anspruch auf eine unabhängige und unbefangene Entscheidbehörde durchaus vereinbar ist, Akten, die durch den Entscheidträger zu einem Zeitpunkt erstellt wurden, als er noch nicht in den Ausstand zu treten hatte, im Verfah-

ren zu belassen. Eine entsprechende Regelung fand sich auch in Art. 28 Abs. 2 des alten Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG, im BGG wird hingegen nicht mehr zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen differenziert) sowie in gewissen kantonalen Gerichtsordnungen (vgl. etwa § 53 der Gerichtsordnung des Kantons Schwyz [GO SZ]). Zu beachten ist dabei, dass die "ex-nunc"-Wirkung der Ablehnungsgründe zulässig ist, obwohl die Ablehnungsgründe bereits von Beginn an bestanden haben können (z.B. Mitgliedschaft in einer juristischen Person, vgl. Art. 23 Bst. a OG; § 59 GO SZ). Umso mehr scheint im vorliegenden Fall eine differenzierte Betrachtung der Wirkungen des Ausstandes auf die Verfahrensakte angebracht, da im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Verfahrenshandlungen nicht einmal ein Ausstandsgrund bestanden hatte.

31. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der Ausstand des betroffenen Vizedirektors nicht zur Wiederholung von Verfahrenshandlungen führt, welche vor dem 14. Mai 2007 vorgenommen wurden. Im Ergebnis führt dies dazu, dass keine Verfahrenshandlungen zu wiederholen und keine Akten aus der Untersuchung zu entfernen sind.

C KOSTEN

32. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Dabei

bemisst sich die Gebühr nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Es gilt ein Stundenansatz von CHF 100–400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

33. Als Verursacherin gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin, welche ausdrücklich den Erlass einer anfechtbaren Zwischenverfügung beantragt hat.

34. Die für die vorliegende Zwischenverfügung aufgewendete Zeit beläuft sich auf [...] Stunden. Bei einem Stundenansatz von CHF 200.- (Art. 4 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung) ergeben sich somit Kosten von insgesamt CHF [...].

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Im vorliegenden Verfahren sind keine Verfahrenshandlungen zu wiederholen und keine Akten zu entfernen.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B.3	1. Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission

Urteil (B-2157/2006) der II. Abteilung vom 3. Oktober 2007 i.S. Flughafen Zürich AG (Unique) vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Marcel Dietrich und lic. Iur. Seraina Denoth Beschwerdeführerin gegen Wettbewerbskommission (WEKO) Vorinstanz – Sanktionsverfahren (Art. 50 KG).

Sachverhalt:

A.

A.a Die Flughafen Zürich AG (nachfolgend: Unique) betreibt den interkontinentalen Flughafen Zürich. Sie stellt Anbietern von Parking-Dienstleistungen Flughafeneinrichtungen zur Verfügung und erteilt zu diesem Zwecke Gewerbebewilligungen und schliesst Mietverträge über Umschlag- sowie Parkplätze ab, soweit Fahrzeuge kurz- oder langfristig auf dem Flughafenareal abgestellt werden sollen.

Die Sprenger Autobahnhof AG bietet Flugpassagieren seit den 1960er Jahren einen "Valet Parking-Service" an: Der Kunde stellt sein Auto im Flughafenparkhaus 2 auf einen Umschlagparkplatz und gibt am Schalter den Autoschlüssel ab. Danach wird das Auto auf einen Parkplatz ausserhalb des Flughafenareals geführt ("off airport") und zum gewünschten Zeitpunkt auf einen Umschlagparkplatz im Flughafenareal zurückgebracht. Daneben werden auch andere den Fahrzeugunterhalt betreffende Dienstleistungen angeboten, welche während der Kundenabwesenheit gegen Aufpreis ausgeführt werden. Die Alternative Parking AG bot seit den 1990er Jahren bis Mitte 2003 denselben Service wie die Sprenger Autobahnhof AG an mit dem Unterschied, dass sich die Umschlagparkplätze neben einem Schalterhäuschen auf der inneren Vorfahrt befanden.

A.b Am 30. August 2002 schrieb Unique das Valet Parking am Flughafen Zürich für die Zeit vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2008 neu aus. Während die Sprenger Autobahnhof AG am 9. Oktober 2002 eine Bewerbung einreichte, verzichtete die Alternative Parking AG angesichts des von Unique anvisierten "on airport-Hochpreis-Parking" darauf. Am 9. Dezember 2002 teilte Unique der Sprenger Autobahnhof AG mit, den Zuschlag für das "neue Valet-Parking" habe die Europcar AMAG Services AG (Europcar) erhalten, die ab 1. Juli 2003 alleine "on airport-Parking" anbieten werde (d.h. die Autos werden auf der Terminal-Vorfahrt abgegeben und in einem Parkhaus von Unique auf dem Flughafengelände geparkt).

A.c Am 20. Dezember 2002 kündigte Unique der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG die Mietverträge per 30. Juni 2003. Zudem erneuerte sie

die bis 30. Juni 2003 laufende Gewerbebewilligung der Alternative Parking AG nicht mehr, während sie gestützt auf eine Vereinbarung vom 30. Juni 2003 die gleichentags ablaufende Bewilligung der Sprenger Autobahnhof AG noch bis zum 31. Dezember 2003 verlängerte.

A.d Angesichts der Kündigung stellte die Alternative Parking AG per Mitte 2003 ihren Betrieb auf dem Flughafen ein und bot seither einen "Park-and-ride-Service" von ausserhalb des Flughafens an (d.h. die Kunden parken ihren Wagen ausserhalb des Flughafenareals auf einem von der Alternative Parking AG gemieteten Parkplatz und werden danach mit einem Shuttle-Bus zum Flughafen gefahren).

A.e Im August 2003 erfuhr das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) von diesen Vorkommnissen und eröffnete am 17. September 2003 eine Vorabklärung.

B.

B.a Gestützt darauf eröffnete die Wettbewerbskommission am 1. Dezember 2003 gegen Unique eine Untersuchung und ordnete gleichentags mit Verfügung Folgendes an:

"1. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking (Sprenger Autobahnhof AG und Alternative Parking AG) Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen.

2. Die Flughafen Zürich AG wird unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG verpflichtet, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten. Eine Kopie dieses Angebots ist gleichzeitig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zu übermitteln.

3. Anstelle eines Angebots gemäss Ziffer 2 kann dem Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb der gleichen Frist auch eine mit der Sprenger Autobahnhof AG bzw. der Alternative Parking AG abgeschlossene Vereinbarung unterbreitet werden.

4. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1, 2 und 3 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen (Art. 39 KG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG).

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

6. (...)”

B.b Am 12. Dezember 2003 machte Unique unter Hinweis auf Ziffer 2 dieser Verfügung beiden Unternehmen je ein Angebot, das sowohl die Sprenger Autobahn AG als auch die Alternative Parking AG mit Schreiben vom 16. Dezember 2003 als unannehmbar ablehnten. Am 17. Dezember 2003 wies das Sekretariat Unique darauf hin, dass die unterbreiteten Angebote den verfügbaren Anforderungen nicht entsprächen. Gleichzeitig ermahnte das Sekretariat Unique, die vorsorglich angeordneten Handlungen "bis spätestens 19. Dezember 2003, 12.00 Uhr mittags" vorzunehmen. Daraufhin unterbreitete Unique den Betroffenen am 19. Dezember 2003 je ein weiteres Angebot, dass diese in der Folge wiederum ablehnten.

B.c Am 15. Dezember 2003 erhob Unique, vertreten durch Dr. iur. Marcel Dietrich und Dr. iur. Rudolf Rentsch, gegen die angeordneten vorsorglichen Massnahmen Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: Rekurskommission). Darin beantragte sie im Wesentlichen, die Dispositiv Ziffern 1 - 4 seien aufzuheben, die aufschiebende Wirkung sei wiederherzustellen und die Vorinstanz sei anzuweisen, die gegen sie am 1. Dezember 2003 eröffnete Untersuchung einzustellen und als gegenstandslos abzuschreiben.

B.d Mit Schreiben vom 19. Dezember 2003 erklärte Unique dem Sekretariat die Ausgestaltung der abgelehnten Angebote und orientierte es über die gleichentags an beide Unternehmen verschickten neuen Angebote. Am 29. Dezember 2003 nahm Unique dem Sekretariat gegenüber Stellung zur Kritik an diesen Angeboten und verteidigte diese.

B.e Am 8. Januar 2004 wechselte die Sprenger Autobahn AG ins Parkhaus 3, nachdem Unique die Zufahrt zu deren bisherigen Standort im Parkhaus 2 blockiert hatte.

B.f Mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2004 lehnte die Rekurskommission die von Unique angebehrte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab und wies mit Entscheid vom 14. Juni 2004 deren Beschwerde vom 15. Dezember 2003 vollumfänglich ab (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004/1, S. 198 bzw. RPW 2004/3, S. 859). Diese Entscheide erwachsen mangels Anfechtung in Rechtskraft.

C.

Angesichts eines möglichen Verstosses gegen die Verfügung vom 1. Dezember 2003 eröffnete das Sekretariat am 11. November 2004 ein Sanktionsverfahren gegen Unique, das am 5. Dezember 2005 mit folgender Verfügung abgeschlossen wurde (veröffentlicht in RPW 2006/1, S. 141 ff.):

"1. Es wird festgestellt, dass die Flughafen Zürich AG (Unique) die ihr in den Ziffern 1-3 der Verfügung der

Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 auferlegten Pflichten nicht erfüllt und somit diese Verfügung verletzt und damit gegen Artikel 50 KG verstossen hat.

2. Die Flughafen Zürich AG (Unique) wird gestützt auf Artikel 50 KG zur Zahlung einer Verwaltungsstrafe von CHF 248'000.- verpflichtet. Dieser Betrag ist innerhalb einer Frist von 30 Tagen, gerechnet ab Eröffnung dieser Verfügung, mit dem beiliegenden Einzahlungsschein einzuzahlen.

3. Die Kosten des vorliegenden Sanktionsverfahrens von insgesamt CHF [...] werden der Flughafen Zürich AG (Unique) auferlegt.

4. (...)”

Zur Begründung führt die Vorinstanz an, im Sanktionsverfahren seien nicht die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen zu prüfen, sondern einzig die Frage, ob Unique zu ihrem Vorteil gegen eine "rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden" verstossen habe (und zwar unabhängig von einer allfälligen Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs).

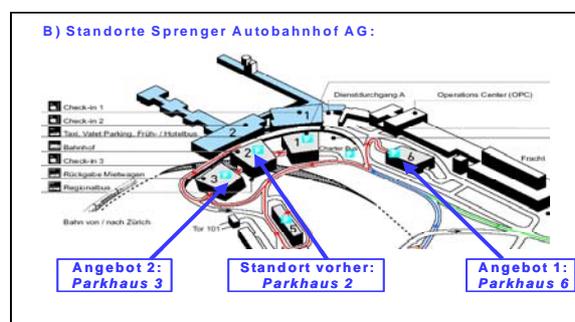
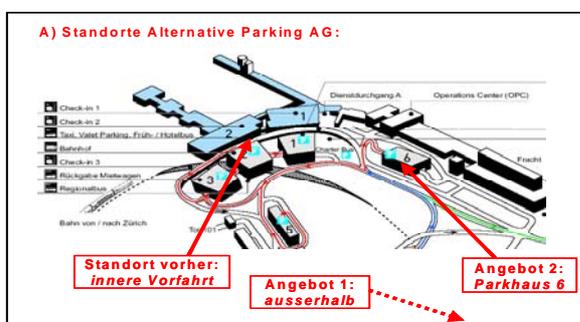
Verfehlt sei vorab das Argument von Unique, im Dezember 2003 – als die ersten, in der Folge umgehend abgelehnten Angebote unterbreitet wurden - habe gar nicht gegen die erst am 25. Juni 2004 rechtskräftig gewordene Verfügung verstossen werden können. Unique übersehe die von der Rechtsprechung anerkannte Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen, die aus Präventionsgründen mit Verwaltungssanktionen durchsetzbar gemacht werden, weshalb sie auch sogleich bei Vollstreckbarkeit sanktionierbar seien. Ansonsten würden vorsorgliche Massnahmen keinen Sinn machen. Jedenfalls könne ein Verstoss gegen vorsorgliche Massnahmen, die (wegen der entzogenen aufschiebenden Wirkung allfälliger Beschwerden) sofort vollstreckbar seien, nach Rechtskraft dieser Verfügung sanktioniert werden, unabhängig vom Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft. Diese beziehe sich nicht auf die Verletzungshandlung, sondern auf die Zulässigkeit der Sanktionierung. Deshalb trügen Unternehmen ein Sanktionsrisiko, wenn sofort vollziehbare Verfügungen rechtskräftig werden. Die Verfügung vom 1. Dezember 2003 sei eine "rechtskräftige Verfügung" im Sinne des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251). Denn sie sei spätestens seit Juni 2004 rechtskräftig und der Verstoss dagegen dauere seit ihrer Vollstreckbarkeit im Dezember 2003 bis jetzt an, weshalb es letztlich auch keine Rolle spiele, ob die Verfügung im Dezember 2003 "bloss" vollstreckbar oder bereits rechtskräftig gewesen sei. Abgesehen davon sei auf Grund der ratio legis der französische Wortlaut von Art. 50 KG massgebend, der bloss "Vollstreckbarkeit" verlange ("... à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ...").

In dieser Verfügung werde das verlangte Verhalten hinreichend klar umschrieben. Insofern habe Unique erkennen können, was zu tun oder zu unterlassen sei, beziehungsweise welches Verhalten oder Unterlassen eine Verwaltungssanktion nach sich ziehen könnte: Unique sei verpflichtet worden bezüglich der Alternative Parking AG den bis Mitte 2003 herrschenden und rechtlich weiterhin verbindlichen Zustand wiederherzustellen und

bezüglich der Sprenger Autobahn AG den Status quo vorübergehend zu garantieren. Demgegenüber sei von Unique nicht verlangt worden, den bisherigen Anbietern genau dieselben Lokalitäten zur Verfügung zu stellen. Zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs reiche es aus, wenn die neuen Lokalitäten mit den bisherigen insbesondere in Bezug auf Lage (Distanz zu den Terminals), Erreichbarkeit und Infrastruktur vergleichbar seien, wobei der bis Mitte 2003 herrschende Zustand der Infrastruktur massgebend sei und nicht etwa die seither eingetretenen Verschlechterungen. In den Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sei Unique verpflichtet worden, den beiden Unternehmen während der ganzen Verfahrensdauer die genannte Infrastruktur vom 12. bzw. am 19. Dezember 2003 an zur Verfügung zu stellen (bis zum rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache). Ziffer 2 konkretisiere die Ziffer 1, indem Unique unter Strafandrohung verpflichtet werde, den betroffenen Dienstleistern die genannte Infrastruktur während der hängigen Untersuchung

zur Verfügung zu stellen, damit diese die bisherigen Valet Parking-Dienstleistungen "in vergleichbarer Weise" anbieten können. Um dies beurteilen zu können, diene als wichtigstes Kriterium die Lage der Umschlagparkplätze und des Schalters, insbesondere deren Entfernung von den Check-ins. Ferner seien auch andere Kriterien bedeutsam, wie die Entfernung zwischen den Umschlagparkplätzen und dem Schalter, die Schalter- und Büroinfrastruktur (Grösse, Telefon, Internet), die Anzahl, Grösse und Ausrichtung der Parkplätze, die Beschilderung/Beschriftung der Zufahrt und des Zugangs (d.h. die Auffindbarkeit), der Komfort für die Kunden (wie Wartezimmer, Sitzgelegenheit, Heizung/Klimaanlage, Toiletten).

Am 12. Dezember 2003 habe Unique den besagten Unternehmen vollkommen ungenügende Angebote unterbreitet (vgl. untenstehende Grafiken aus Ziff. 11 der angefochtenen Verfügung):



Der Alternative Parking AG, welche Schalter und Umschlagparkplätze bis Mitte 2003 direkt auf der inneren Vorfahrt betrieben hatte, habe Unique gar keine Flughafeninfrastruktur mehr angeboten. Deshalb habe die Alternative Parking AG seit dem unfreiwilligen Verlassen des Flughafenareals (per Mitte 2003) die Hälfte des Umsatzes eingebüsst und fast alle Geschäftskunden verloren sowie ihr Geschäftsmodell der Valet Parking-Dienstleistungen (insbes. die Personalorganisation/Personalstruktur) ändern müssen unter Abbau von zwei Dritteln der Angestellten. Zudem sei sie in eine unklare Bewilligungssituation gedrängt worden. Das erste, von der Alternative Parking AG zu Recht abgelehnte Angebot von Unique habe das unvorteilhafte "Park-and-ride"-Konzept (ohne jegliche Flughafeninfrastruktur) während der Verfahrensdauer weitergeführt und lasse sich mit dem bis Mitte 2003 herrschenden Zustand nicht vergleichen.

Auch der Sprenger Autobahn AG habe Unique am 12. Dezember 2003 unzulässigerweise Umschlagparkplätze im Parkhaus 6 angeboten, welche mit denen im Parkhaus 2 nicht vergleichbar seien. Der vom Sekretariat durchgeführte Augenschein habe gezeigt, dass das Parkhaus 6 viel weniger zentral gelegen sei als der bisherige Standort im Parkhaus 2, was auch Unique anerkenne. Der Fussweg zu den Check-in (insbes. auch zum heute wichtigen Check-in 3) sei vom Parkhaus 6 aus erheblich weiter. Zudem könne der Kunde vom Parkhaus

2 aus alle Check-in "indoor" erreichen, während dem er sich vom Parkhaus 6 zu Fuss über eine gedeckte Passerelle im Freien bewegen müsse und Wind und Wetter ausgesetzt sei. Im Parkhaus 2 hätten die Kunden auf dem Weg zu den Check-in automatisch die Schalterhalle betreten, welche nur durch eine automatische Tür von den Umschlagparkplätzen getrennt gewesen sei. Demgegenüber befänden sich die Parkplätze und der Schalter im Parkhaus 6 auf zwei verschiedenen Etagen, was für die Kunden komplizierter und für die Sprenger Autobahn AG personalintensiver gewesen wäre. Allfällige Vorteile des vorgeschlagenen Standorts im Parkhaus 6, die diese Nachteile aufwögen, habe Unique nie geltend gemacht.

Zudem seien auch beide von Unique eine Woche nach Fristablauf, dass heisst am 19. Dezember 2003, neu unterbreiteten Angebote - als Gesamtpaket betrachtet - ungenügend gewesen:

Unique habe der Alternative Parking AG zwanzig Umschlagparkplätze im Parkhaus 6 (Geschoss 0) und ein Schalter/Büro im 2. Geschoss angeboten, indes eine Wiederbenützung der Umschlagparkplätze und des Schalters auf der inneren Vorfahrt ausgeschlossen. Zu Recht habe die Alternative Parking AG dieses Angebot ebenfalls unverzüglich abgelehnt, zumal die Lokalitäten in der Nähe der Fracht verglichen mit der Vorfahrt wesentlich schlechter seien. Wegen der weiteren Distanz zu

den Check-in-Schaltern wären die im Parkhaus 6 angebotenen Parking-Dienstleistungen für die Kundschaft deutlich weniger attraktiv gewesen als die an zentraler Stelle auf der Vorfahrt erbrachten Dienstleistungen. Vor allem die zahlreichen anspruchsvolleren Geschäftskunden legten neben den attraktiven Preisen des Valet Parking auch besonderen Wert auf eine unkomplizierte, Zeit sparende und an bester Lage auf der Vorfahrt erbrachte Abfertigung. Die Geschäftskunden wie auch die "gewöhnlichen" Ferienkunden hätten sich kaum mit dem "Umzug" der Alternative Parking AG ins entfernte Parkhaus 6 abgefunden. Als grosser Nachteil wäre auch der unterschiedliche Standort der Umschlagparkplätze (Geschoss 0) und des Büroschalters (Geschoss 2) empfunden worden. Die Kunden hätten nach dem Parken des Autos zunächst Lift fahren müssen, um zur Erledigung der Formalitäten (Abgabe des Autoschlüssels etc.) zum Schalter gelangen zu können. Demgegenüber habe sich das Schalterhäuschen auf der Vorfahrt unmittelbar neben den Umschlagparkplätzen befunden. Zudem sei die Vorfahrt übersichtlich gestaltet, gut beleuchtet und auch zu später Stunde gut frequentiert gewesen (Taxis, "Kiss-and-ride" etc.). Das Parken im weit weniger belebten Geschoss 0 des relativ düsteren Parkhauses 6 hingegen dürfte wohl zusätzlich Kundschaft abgeschreckt haben. Unbehelflich sei sodann das Argument von Unique, mangels verfügbarer Schalterhäuschen habe der Alternative Parking AG kein Standort auf der Vorfahrt gewährt werden können. Vielmehr sei anlässlich des Augenscheines ein unbenutztes Häuschen der Europcar aufgefallen, das nach dem Abriss des Häuschens der Alternative Parking AG errichtet worden war. Unique hätte dieses neue, nicht genutzte Häuschen der Alternative Parking AG zur Verfügung stellen können oder ein neues Häuschen errichten können. Hätte Unique die bisherigen Lokalitäten auf der Vorfahrt oder dort angesiedelte vergleichbare Lokalitäten angeboten, so hätte die Alternative Parking AG das unbefriedigende Shuttlebus-Konzept, das ihr wegen der Kündigung aufgezwungen worden war, aufgegeben und einen Wechsel zurück an den Flughafen auf sich genommen. Nicht die angebliche Angst vor einem erneuten Konzeptwechsel, sondern die Unzulänglichkeiten des neuen Angebots habe sie zur Ablehnung veranlasst.

Ferner habe Unique der Sprenger Autobahnhof AG "längstens bis zum Abschluss des vorsorglichen Massnahmeverfahrens" Umschlagparkplätze im Parkhaus 3 (Geschoss 2) angeboten, mit dem Hinweis, dass dort zurzeit keine Schalterräume vorhanden seien. Auch dieses Angebot sei zu Recht umgehend abgelehnt worden, obschon der vorgeschlagene Standort mit dem bisherigen im Parkhaus 2 vergleichbar gewesen sei. Ins Gewicht falle, dass Unique bis heute keine eigene Büro- und Schalterinfrastruktur angeboten habe und nach dem Parkhauswechsel schwerwiegende Probleme bezüglich Beschilderung und Information der Kundschaft zu vertreten habe. Diese Umstände hätten der Sprenger Autobahnhof AG einen signifikanten Umsatzrückgang verursacht, der sich nicht nur auf die Umstellung des Geschäftsbetriebs zurückführen lasse. Vielmehr habe sich Unique unkooperativ, teilweise sogar destruktiv verhalten und, wenn nicht beabsichtigt, so doch zumindest in Kauf genommen, dass die Sprenger Autobahnhof AG wegen des Umsatz- und Kundenverlusts infolge Standortwechsels

nach über vierzigjähriger Firmengeschichte ihr Geschäft hätte aufgeben müssen, wobei Europcar und Unique dann einen Teil der Kunden hätten übernehmen können.

Als weiteres gesetzliches Tatbestandselement sei erforderlich, dass das Unternehmen, welches eine behördliche Anordnung verletzte, einen objektiv messbaren Vorteil erziele, was geldwerte, technische, rechtliche oder kaufmännische Vorteile einschliesse. Als Folge der ungenügenden Angebote an die betroffenen Valet-Parking-Anbieter habe Unique im Ergebnis direkt wie auch indirekt (über die Europcar) zusätzliche Kunden gewonnen und einen Mehrumsatz erzielt, was für Unique einen finanziellen Vorteil bedeutete. Selbst Unique räume ein, die veränderte Situation der Valet-Parking-Anbieter habe die Parkhauserträge erhöht.

Weil im Unterschied zum Strafrecht kartellgesetzliche Verwaltungssanktionen nicht an den Nachweis eines Vorsatzes der verantwortlichen natürlichen Personen geknüpft seien, habe die Wettbewerbskommission bisher grundsätzlich auf einen solchen Nachweis verzichtet. Indessen lege die Rechtsprechung der Rekurskommission den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden dürfe, sondern dass auch "das subjektive Element des Verschuldens mitberücksichtigt" werden müsse. Danach liege ein Verschulden vor, wenn ein Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, über die notwendigen Fachkenntnisse verfügenden Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten dürfen. Daher hätte Unique alles Notwendige vorkehren müssen, um sicherzustellen, dass ihre verantwortlichen Angestellten die ihr verfügungsweise auferlegten Pflichten korrekt umsetzen und den Betroffenen ein genügendes Angebot unterbreiten oder eine entsprechende Vereinbarung aushandeln.

Vorliegend habe Unique zumindest einen "objektiven Sorgfaltsmangel", eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens zu verantworten, welche die kritisierten Verhaltensweisen als "vorwerfbar" erscheinen lasse. Nicht massgebend sei, "was sich Unique subjektiv vorgestellt beziehungsweise gewünscht" und als machbar erachtet habe. Entscheidend sei nur, was Unique in guten Treuen unter den ihr obliegenden Pflichten verstehen durfte und musste. Die Alternative Parking AG habe bis Mitte 2003 auf der inneren Vorfahrt den besseren Standort als die Sprenger Autobahnhof AG im Parkhaus 2 gehabt. Unique habe der Alternative Parking AG zuerst überhaupt keine Flughafeninfrastruktur, danach das abseits gelegene Parkhaus 6 angeboten, obschon sie es zuvor erfolglos der Sprenger Autobahnhof AG offeriert hatte und die entsprechenden Vorbehalte des Sekretariats kannte. Damit habe Unique zumindest eine Verletzung der Verfügung in Kauf genommen. Dass die früher von der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG gemieteten Lokalitäten inzwischen an die Europcar weitervermietet worden sind, stelle keine "objektive und von Unique nicht zu vertretende Unmöglichkeit" dar. Ebenso müsse Unique auch ihr Verhalten der Sprenger Autobahnhof AG gegenüber als "objektiver Sorgfaltsmangel" vorgeworfen werden.

Angesichts der Pflicht von Unique, die erwähnten Angebote bis spätestens am 12. bzw. am 19. Dezember 2003 zu unterbreiten, sei nur zu beurteilen, ob damals die verfügten vorsorglichen Massnahmen von Unique korrekt umgesetzt worden seien. Unique habe am 12. bzw. am 19. Dezember 2003 keine genügenden Angebote unterbreitet und damit gegen die Verfügung verstossen, das heisst diese zumindest während einer "logischen Sekunde" verletzt und so den kartellgesetzlichen Tatbestand erfüllt. Die danach vorgefallenen Ereignisse seien belanglos, weshalb der Vorwurf, das Sekretariat habe sich im Nachgang zu den Angeboten treuwidrig verhalten, nicht zu hören sei. Im Gegenteil: die Wettbewerbsbehörden seien gesetzlich nicht verpflichtet gewesen, Unique von sich aus informell mit Verdächtigungen zu konfrontieren oder auf eine mögliche Nichterfüllung von Pflichten aufmerksam zu machen. Unique sei allein dafür verantwortlich, ihr gesetzlich obliegende oder behördlich auferlegte Pflichten zu erfüllen, das Risiko möglicher Verstösse abzuschätzen und das Verhalten dementsprechend anzupassen. Es sei weder gesetzlich vorgesehen noch sachlich notwendig, dass das Sekretariat Unique die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens in Aussicht stelle, sollte ein Verstoss gegen eine Verfügung fortdauern. Die Missachtung einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung werde ex lege sanktioniert. Nach Ablauf der festgesetzten Frist habe Unique das Risiko zu tragen, dass das betreffende Angebot von den Wettbewerbsbehörden für ungenügend qualifiziert werden könnte. Verfehlt sei daher der Standpunkt von Unique, das Sekretariat hätte bereits im Januar 2004 ein Sanktionsverfahren einleiten oder Unique "zumindest mit seinem Verdacht des Verstosses konfrontieren müssen". Im vorliegenden Verfahren sei vor der Eröffnung des Sanktionsverfahrens die Entscheidung der Rekurskommission über die vorsorglichen Massnahmen abzuwarten gewesen. Zu Recht mache Unique nicht geltend, dass sie im Falle einer erneuten Reaktion des Sekretariats einen Anspruch auf eine weitere Nachfrist zum Einreichen von verbesserten Angeboten gehabt hätte. So oder anders sei der kartellgesetzliche Tatbestand erfüllt gewesen. Das Schweigen des Sekretariats auf die ihm nach Ablauf der Frist übermittelten Kopien der Angebote sei damit nicht als "Auskunft" zu qualifizieren, welche geeignet wäre, bei Unique ein sanktionshemmendes Vertrauen zu begründen.

Zur Bemessung des Sanktionsbetrages hält die Wettbewerbskommission im Wesentlichen fest, Unique habe den Verstoss gegen die Verfügung vom 1. Dezember 2003 noch unter der alten Fassung von Art. 50 KG begonnen. Der ihr unter Strafandrohung auferlegten Verpflichtung, "für die Dauer des Verfahrens" der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG "Flughafeneinrichtungen [...] zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen", sei Unique bis heute nicht (vollständig) nachgekommen. Unique habe den Verstoss gegen die rechtskräftige Verfügung über den 1. April 2004 hinaus bis in die Gegenwart weitergeführt und somit den - durch die Revision unveränderten - Tatbestand von Art. 50 KG vor und nach dem 1. April 2004 erfüllt. Somit seien ein Sanktionsbetrag für das Verhalten von Unique vor dem 1. April 2004 und zusätzlich einer für das

Verhalten nach diesem Datum auszuschneiden. Bis heute dauere das pflichtwidrige Verhalten an, weshalb für das nach dem 1. April 2004 erfolgte Verhalten von Unique ausschliesslich die Rechtsfolge des revidierten Art. 50 KG massgebend sei, und zwar unabhängig davon, ob das neue Recht strenger oder milder sei als das alte. Fraglich sei hingegen, nach welchem Recht das Verhalten von Unique vor dem 1. April 2004 zu beurteilen sei. Die Zeitspanne vom 1. Dezember 2003 bis zum 1. April 2004 unterliege dem Rückwirkungsverbot: Der damals noch nicht in Kraft gewesene, revidierte Art. 50 KG dürfe somit auf diese Zeitspanne nicht angewendet werden, es sei denn, das neue Recht sei milder (lex mitior). Das mildere Recht ergebe sich aus dem Vergleich der Sanktionen gemäss neuem bzw. altem Recht.

Zur Bestimmung des Sanktionsbetrages verweist die Vorinstanz auf ihr pflichtgemässes Ermessen zur Festsetzung, das durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung eingeschränkt werde. Im Interesse der General- und Spezialprävention müsse die Sanktionshöhe für gleiche oder ähnliche Fälle abschreckend wirken. Obschon die einschlägige KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) an sich nur die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG regle, sei es aus sachlichen Gründen angezeigt, auch hier die in der SVKG vorgesehenen Bemessungsgrundsätze per analogiam heranzuziehen. Demnach sei für die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag auszugehen, der aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen sei, bevor danach erschwerende und mildernde Umstände zu berücksichtigen seien.

Auch nach der analog anwendbaren Rechtsprechung der Rekurskommission sei die Bemessung von Verwaltungssanktionen der Gesamtheit der Umstände anzupassen, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten sei. Zudem können die Grösse und die wirtschaftliche Macht des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden. Daher sei zunächst der maximale Sanktionsbetrag zu bestimmen, der Unique auferlegt werden könnte. Innerhalb des Sanktionsrahmens sei dann ein Basisbetrag festzusetzen und dann der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt habe, die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien nach der SVKG angemessen zu berücksichtigen. Trotz dieser gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien sei die Sanktionsbemessung nicht ein rein mathematisch-naturwissenschaftlich exakter Vorgang, sondern beinhalte eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

Aufgrund der Änderungen von Art. 50 KG ab 1. April 2004 sei die Sanktion für den Zeitraum vor und nach dem 1. April 2004 gesondert zu berechnen, wobei für die Zeit nach dem 1. April 2004 zwingend das neue Recht massgebend sei. Für die Zeit zuvor wäre aufgrund des Rückwirkungsverbots das alte Recht anwendbar. Die Anwendung des neuen Rechts auf diese Zeitspanne führe aber zu keiner zusätzlichen Erhöhung der Sanktion, weshalb das neue Recht als lex mitior zu betrachten sei. Somit sei die Sanktion gestützt auf die revidierte Fassung von Art. 50 KG (i.V.m. der SVKG) einheitlich zu beurteilen und wie folgt zu berechnen (Beträge in Fr.):

Maximalhöhe der Sanktion (Art. 50 KG)		169'986'800.-
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG): Berücksichtigung der Schwere (Art. 3 SVKG): Basisbetrag (Art. 3 SVKG):	- 33.33%	338'400.- - 112'800.- = 225'600.-
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 10%	+ 22'560.-
mutmasslicher Gewinn (Art. 50 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 Bst. B SVKG):	+/- 0%	
erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	+/- 0%	
Total (gerundet):		248'000.-

D.

Gegen diese Verfügung reichte Unique (Beschwerdeführerin), vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Marcel Dietrich und lic. iur. Seraina Denoth, am 3. Februar 2006 eine 92-Seiten lange Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission ein und beantragte:

"Die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 3 der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005 in Sachen 330-0002 (Sanktionsverfahren Unique-Valet- Parking) seien aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

Ferner stellt die Beschwerdeführerin folgende "Verfahrensanträge":

"1. Die Akten der Vorinstanz seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

2. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Falle einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen.

3. Für den Fall einer Entscheidpublikation sei den Beklagten der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen."

Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin vorab fest, eine Sanktionierung sei mangels gesetzlicher Grundlage nicht zulässig. Sie sei am 1. Dezember 2003 vorsorglich verpflichtet worden, der Alternative Parking AG sowie der Sprenger Autobahn AG je ein Angebot zur Benützung von Flughafeninfrastruktur zu unterbreiten, damit diese ihre Dienstleistungen weiterführen konnten. Sie habe beide Unternehmen in die Lage versetzen müssen, während der Dauer des Untersuchungsverfahrens ihre Parkingdienstleistungen am Flughafen weiter anzubieten. Ausser der Rechtskraft der Verfügung sei vom Zeitpunkt der Unterbreitung der beiden Angebote an bis heute keine der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Sanktionierung erfüllt:

Art. 50 KG ziele darauf, die Wiederholung eines behördlich rechtskräftig festgestellten, wettbewerbswidrigen Verhaltens zu sanktionieren. Insofern gehe dieser Gesetzesartikel zwangsläufig von einer Zuwiderhandlung gegen eine rechtskräftige Endverfügung voraus, weshalb

er nicht auf vorsorgliche Massnahmen anwendbar sei, welche lediglich als Zwischenverfügungen (und nicht als Endverfügungen) ergehen. Dementsprechend sei ein Verstoss dagegen und damit eine Sanktionierung nur denkbar, wenn eine solche Endverfügung materiell rechtskräftig, nicht bloss vollstreckbar sei. Im Kartellverwaltungsverfahren werde die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen in Schliessung einer gesetzlichen Lücke bejaht. Da eine auf Art. 50 KG gestützte Strafbewehrung das Bestimmtheitsgebot ("nulla poena sine lege certa") verletzen würde, könnten vorsorgliche Massnahmen nur gestützt auf Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) "strafbewehrt" werden. Diese strafgesetzliche Beugestrafe sei darauf gerichtet, die Erfüllung einer vorsorglichen Massnahme durch Strafandrohung im Wiederholungsfall zu erzwingen bzw. einen Verstoss dagegen unmittelbar zu sanktionieren. Abgesehen von dieser Rechtslage, welche einer Sanktionierung a priori entgegenstehe, habe sie bei der Unterbreitung der Angebote an die Sprenger Autobahn AG sowie an die Alternative Parking AG im Dezember 2003 noch gar nicht gegen die Massnahmeverfügung verstossen können. Denn die gegen die Massnahmeverfügung vom 1. Dezember 2003 erhobene Verwaltungsbeschwerde sei erst am 14. Juni 2004 von der Rekurskommission abgewiesen worden, weshalb die Massnahmeverfügung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist am 25. Juni 2004 rechtskräftig geworden sei. Deshalb habe vor Rechtskraft der angeblich missachteten Verfügung auch kein nach Art. 50 KG sanktionierbarer Verstoss erfolgen können.

Auch die weitere Voraussetzung nach Art. 50 KG, wonach eine hinreichend bestimmte Verfügung vorliegen müsse, sei nicht erfüllt, nachdem die ihr obliegenden, verfügten Pflichten inhaltlich nicht klar genug umrissen gewesen seien. Deshalb habe im Lichte des Legalitätsprinzips auch nicht in strafbarer Weise gegen die Verfügung verstossen werden können. Dieser lasse sich einzig entnehmen, die beiden Unternehmen müssten in die Lage versetzt werden, die ehemaligen Parking-Dienstleistungen weiterhin in vergleichbarer Weise anzubieten. Trotzdem werde nicht definiert, wie sich die Vergleichbarkeit der Angebote bestimmen lasse. Die erst gegen Ende des Sanktionsverfahrens aufgezeigte Forderung, wonach die Angebote dem Status quo ante entsprechen oder mindestens gleichwertig sein müssten, widerspreche der im Dispositiv gewählten Formulierung.

Hätte die Vorinstanz "identisch oder zumindest gleichwertig" gemeint, hätte sie das auch so formuliert und ihr nicht mit dem Begriff "vergleichbar" einen gewissen Spielraum belassen.

In diesem Sinne habe sie den betroffenen Unternehmen je zwei Angebote zur Nutzung der Flughafeninfrastruktur unterbreitet, welche den verfügbaren Kriterien der Vergleichbarkeit entsprächen. Im ersten Angebot sei der Sprenger Autobahnhof AG die Miete eines Büros mit Schalter sowie die Miete von Umschlagparkplätzen im Parkhaus 6 offeriert worden. Der Alternative Parking AG sei angeboten worden, die innere Vorfahrt auf der Abflugsebene zu benützen, um den seit Juni 2003 von ausserhalb des Flughafens aus betriebenen "Park-and-ride"-Service weiterführen zu können. Sie sei davon ausgegangen, dass die Alternative Parking AG dieses Konzept weiterbetreiben wollte. Nach der umgehend negativen Reaktion der beiden Unternehmen habe sie der Sprenger Autobahnhof AG das Parkhaus 3 und der Alternative Parking AG das Parkhaus 6 zur Miete von Umschlag- und Parkplätzen angeboten. Der Alternative Parking AG habe sie zusätzlich auch die Miete eines Schalters angeboten. In diesem Zusammenhang betont die Beschwerdeführerin, die ihr gegenüber auferlegte Verpflichtung bestehe in einem Handeln und nicht in der Gewährleistung eines bestimmten Zustandes. Die Verpflichtung, die Gewerbe-Bewilligung zu erteilen, habe sie erfüllt. Die Verpflichtung, Lokalitäten zu vermieten, habe sie durch die Unterbreitung entsprechender Miet-Angebote ebenfalls erfüllt. Vor allem sei sie nicht verpflichtet gewesen, immer neue Angebote zu unterbreiten, um sämtliche Wünsche der Parteien zu deren vollsten Zufriedenheit zu erfüllen.

Die Beschwerdeführerin betont, bei der Interpretation der unbestimmt formulierten Massnahmeverfügung habe sie sich von deren Zweck leiten lassen, für die Dauer des Hauptverfahrens den wirksamen Wettbewerb aufrecht zu erhalten, und daher den beiden besagten Unternehmen ermöglicht, als Anbieter von Parking-Dienstleistungen im Wettbewerb zu bleiben. Dies belegten die Umsatzentwicklungen bei der Sprenger Autobahnhof AG wie auch bei der Alternative Parking AG.

Trotz der wenigen Handlungsoptionen, welche ihr offenstanden haben, habe sie alles Notwendige und Mögliche zur Umsetzung der auferlegten Pflichten vorgekehrt, um beiden Unternehmen ein dem Dispositiv entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Daher könne ihr kein objektiver Sorgfaltsmangel vorgeworfen werden. Dies umso weniger, als sie nicht verpflichtet worden sei, den beiden besagten Unternehmen "zufriedenstellende" Angebote zu machen, welche "unrealistisch hohe Anforderungen" zu befriedigen hätten. Zudem habe ihr ein Vize-direktor des Sekretariats in Aussicht gestellt, dass das Sekretariat am 31. Dezember 2003 überprüfen werde, ob die überarbeiteten Angebote genügend seien. Angesichts der fehlenden Rückmeldung des Sekretariats habe sie nach ihrem zweiten Angebot davon ausgehen dürfen, sie habe die Massnahmeverfügung korrekt umgesetzt. Deshalb sei ihr Vertrauen zu schützen.

Des Weiteren habe die Vorinstanz nicht nachgewiesen, inwiefern sie durch ihr angeblich verfassungswidriges Verhalten einen Vorteil erzielt habe. Zu Unrecht sei die

Vorinstanz davon ausgegangen, dieses Tatbestandselement sei offensichtlich erfüllt. Die unbewiesene Aussage, wonach die veränderte Situation der Valet-Parking-Anbieter zur Zunahme der Parkhauserträge geführt habe, erlaube nicht den Schluss, sie hätte dadurch einen Vorteil erzielt.

Schliesslich verbiete das Prinzip der Verhältnismässigkeit eine Sanktionierung, zumal sie nach bestem Wissen und Gewissen den Erfordernissen der Massnahmeverfügung entsprochen habe und ihr auch kein objektiver Sorgfaltsmangel anzulasten sei. Da sich zudem ihr Verhalten nicht auf die Wettbewerbssituation ausgewirkt habe, müsste hier ausgehend von einem geringfügigen Fall jedenfalls auf eine Sanktion verzichtet werden. Falls überhaupt eine solche auszusprechen wäre, müsste sie anders berechnet werden, als dies die Vorinstanz getan habe. Deren Berechnungsgrundlagen seien falsch.

E.

Mit Vernehmlassung vom 3. April 2006 beantragt die Wettbewerbskommission Abweisung der Beschwerde und hält vorab fest, die Beschwerdeführerin versuche mit einer umfangreichen Beschwerde den falschen Eindruck zu erwecken, die Angelegenheit sei dermassen komplex und schwer überblickbar, dass "ihr gewisse fragwürdig erscheinende Verhaltensweisen nachzusehen seien". Indessen enthalte die Beschwerde kaum neue Sachverhaltselemente oder rechtliche Erwägungen, welche nicht bereits in der Sanktionsverfügung berücksichtigt worden wären.

In materieller Hinsicht hält die Vorinstanz fest, die Verletzung vorsorglicher Massnahmen könne für den Wettbewerb ebenso schädlich sein, wie die Verletzung einer Endverfügung, insbesondere wenn wie hier der glaubhafte Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung irreversible Veränderungen der Marktstruktur zur Folge haben könne. Im vorliegenden Fall sei in Anbetracht aller Umstände, eine Sanktion gegen Unique verhängt worden, welche weniger als 0.15 Prozent des Maximalbetrages entspreche, mit dem Unique hätte belastet werden dürfen. Insofern werde durch diesen tiefen Betrag auch die faktische Forderung der Beschwerdeführerin nach einem "symbolischen Betrag" erfüllt.

Irreführend sei die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach die Alternative Parking AG ihr erstes Angebot "angenommen" und damit ein neues Business-Modell gewählt habe. Richtig sei vielmehr, dass die Beschwerdeführerin der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG per 30. Juni 2003 die Mietverträge gekündigt und zudem der Alternative Parking AG die Bewilligung für den Parkingservice auf der inneren Vorfahrt entzogen habe, was diese vor die Wahl gestellt habe, den Betrieb einzustellen oder auf ein "off-Airport-park-and-ride-Konzept" zu wechseln. In Missachtung der verfügbaren vorsorglichen Massnahmen habe die Beschwerdeführerin der Alternative Parking AG zuerst keine Infrastruktur am Flughafen angeboten, sondern nur die Weiterführung des bisherigen, als Notlösung angenommenen "Park-and-ride"-Konzeptes. Da auch das zweite Angebot der Beschwerdeführerin (Parkhaus 6) für die Alternative Parking AG unannehmbar gewesen sei, sei dieser nichts anderes übrig geblieben, als vorläufig weiterhin das "Park-and-ride"-Konzept weiterzuführen,

ohne Flughafeninfrastruktur von Unique in Anspruch nehmen zu können.

Selbst wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zur Rechtskraft der Massnahmeverfügung zuträfe, wäre eine Sanktionierung gerechtfertigt, zumal sie auch nach Eintritt der Rechtskraft am 25. Juni 2004 gegen die Verfügung verstossen habe, indem sie auch zu diesem Zeitpunkt weder der Sprenger Autobahnhof AG noch der Alternative Parking AG verfügungskonforme Angebote unterbreitet hatte.

Auch gehe der Vorwurf der Beschwerdeführerin fehl, das Sekretariat hätte mit ihr in einen Dialog über die Umsetzung der Massnahmeverfügung treten müssen. Ferner treffe es nicht zu, dass das Sekretariat nicht gewusst habe, was ein "vergleichbares" Angebot sei. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass es den Anforderungen an ein unparteiisches Sanktionsverfahren entspreche, wenn Behörden den Parteien gegenüber während laufendem Verfahren keine Beurteilung bezüglich der einzelnen Angebote abgeben.

Des Weiteren hält die Vorinstanz die Aussage der Beschwerdeführerin für irreführend, das Sekretariat habe sie erst zehn Monate nach Erlass der Massnahmeverfügung wissen lassen, welche Angebote sie den beiden Unternehmen hätte unterbreiten müssen. Die Beschwerdeführerin habe ihr Interesse an einer einvernehmlichen Regelung erst signalisiert, nachdem die Rekurskommission die Rechtmässigkeit der Massnahmeverfügung bestätigt hatte. In diesen Verhandlungen habe sich das Sekretariat nie einzig auf den Status quo ante festgelegt. Die Beschwerdeführerin hätte - abgesehen von den konkreten Vorschlägen des Sekretariats - auch eigene, vergleichbare (d.h. ähnliche, gleichwertige) Lösungen anbieten können, was aber nie geschehen sei.

In diesem Zusammenhang verliere sich die Beschwerdeführerin in "unhaltbare Rabulistik", wenn sie erkläre, ihre Angebote seien im Sinne der Massnahmeverfügung "vergleichbar" gewesen, und hätten nicht "gleichwertig" sein müssen. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass sich dem Dispositiv (mit dem Wortlaut: "an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen") klar entnehmen lasse, dass nicht irgendwelche Lokalitäten oder - wie gegenüber der Alternative Parking AG geschehen - gar keine Lokalitäten gemeint waren. Die Beschwerdeführerin habe unbestrittenermassen den Zweck der Massnahmeverfügung gekannt, eine kartellgesetzkonforme Wettbewerbssituation beizubehalten (bezüglich der Sprenger Autobahnhof AG) bzw. wiederherzustellen (bezüglich der Alternative Parking AG). Vor diesem Hintergrund und im Kontext der Erwägungen habe der Beschwerdeführerin klar sein müssen, dass "vergleichbar" Gleichartigkeit und nicht eine theoretisch-abstrakte Vergleichbarkeit meinte, zumal ja die bisherigen Konditionen zur Anwendung kommen mussten. Unhaltbar sei daher die Sicht der Beschwerdeführerin, sie habe sowohl der Sprenger Autobahnhof AG wie auch der Alternative Parking AG zwei verschiedene Angebote unterbreitet, "die ihrer Ansicht nach mit dem vorherigen Zustand vergleichbar" gewesen seien:

Während die Beschwerdeführerin der Alternative Parking AG bis Mitte 2003 Parkplätze und einen Schalter auf der

inneren Terminalvorfahrt vermietet hatte, habe das erste Angebot der Beschwerdeführerin weder die Miete eines Parkplatzes noch eines Schalters oder Büros vorgesehen. Die Beschwerdeführerin habe nicht in guten Treuen annehmen dürfen, die Wettbewerbsbehörden wollten betreffend die Alternative Parking AG den glaubhaft gemachten kartellgesetzwidrigen Zustand, welcher Mitte 2003 durch die Verdrängung vom Flughafen eingetreten war, weiterführen. Vielmehr war die Massnahmeverfügung darauf gerichtet, den beiden Unternehmen vorläufig die Weiterführung der bisherigen geschäftlichen Tätigkeiten zu ermöglichen (wenn auch an einem anderen, aber dennoch gleichwertigen Standort).

Nicht Thema des Sanktionsverfahrens und damit ohne Belang seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum angeblich "funktionierenden Wettbewerb" sowie zu den Umsatzentwicklungen bei den fraglichen Unternehmen. Ferner vermöge die Beschwerdeführerin den Vorwurf des Sorgfaltsmangels nicht überzeugend zu entkräften. Der geltend gemachte Vertrauensschutz komme schon deswegen nicht in Frage, weil die Massnahmeverfügung selbsterklärend sei und den Wettbewerbsbehörden keine Pflicht oblag, die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin in verbindlicher (bzw. die Wettbewerbskommissionbindender) Form zu definieren und zu qualifizieren.

Hinsichtlich der Vorteilserzielung sei zu beachten, dass bereits ein geringer Vorteil zur Erfüllung des Tatbestandes genüge. Unique habe zweifellos einen Vorteil aus ihrem Verhalten erzielt, wie ihr Umsatzgewinn sowie der Rückgang der Umsätze bei der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG klar zeige.

Unzutreffend sei schliesslich die Behauptung, ein Vizedirektor habe der Beschwerdeführerin telefonisch zugesichert, die Angebote würden am 31. Dezember 2003 überprüft und auf eine Sanktion würde verzichtet, wenn anfangs Januar 2004 kein entsprechendes Verfahren eröffnet sei. Abgesehen davon hätte die Beschwerdeführerin diesfalls nie in guten Treuen von einer Sanktionsbefreiung ausgehen dürfen.

Abschliessend hält die Vorinstanz an der vorgenommenen Berechnungsweise der Sanktion fest und betont, bei der Berechnung der Umsätze sei nicht ausschliesslich auf die "Selbstdeklaration" der Beschwerdeführerin abzustellen gewesen, sondern auch auf die einschlägigen Buchhaltungsbelege der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG.

F.

F.a Mit Stellungnahme vom 5. April 2006 beantragt die Sprenger Autobahnhof AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Rolf Haltner, die Sanktion der Wettbewerbskommission gemäss ihrer Verfügung vom 5. Dezember 2005 sei zu bestätigen (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin).

Zur Begründung verweist sie auf ihre einlässlichen Eingaben im rechtskräftig abgeschlossenen Beschwerdeverfahren zu den vorsorglichen Massnahmen. Sie betont, es gehe ihr nicht darum, "eine Bestrafung der Beschwerdeführerin zu fördern", sondern festzuhalten, was sich wirklich zugetragen habe.

Es gäbe sie heute nicht mehr, wenn das Sekretariat ab Herbst 2003 nicht von sich aus die Verhältnisse am Flughafen Zürich untersucht hätte. Hätte sie den zuerst vorgeschlagenen neuen Standort im Parkhaus 6 angenommen, wäre ihr Geschäft bestimmt untergegangen. Der mit diesem Standort verbundene, bedeutend längere Anlaufweg für die Kunden, die schwierige Auffindbarkeit, die etagenmässige Trennung von Büro und Parkplätzen hätten es der im Parkhaus 2 neu angesiedelten Europcar leicht gemacht, ihre bisherigen Kunden "wegzuzschnappen". Mit dem Parkhaus 6 hätte Unique genau das erreicht, was die Wettbewerbskommission mit ihrer Anordnung habe verhindern wollen. Der erzwungene Standortwechsel ins Parkhaus 3 habe in den Monaten Januar und Februar 2004 zu einem verheerenden Umsatzeinbruch zwischen [...] und [...] Prozent geführt, der in den Folgemonaten nur durch den ausserordentlichen Einsatz der Mitarbeiter habe wettgemacht werden können. Die dafür verantwortlichen Mängel ("schlechte Beschilderung, mangelnde Auffindbarkeit, obstruktive Kommunikation seitens der Beschwerdeführerin etc.") wären vermeidbar gewesen, wenn die Beschwerdeführerin die vorsorglichen Massnahmen befolgt und ein vergleichbares Angebot unterbreitet hätte. Vergleichbar sei das Angebot solange nicht gewesen, als überhaupt kein Büro mehr zur Verfügung gestellt worden sei.

F.b Am 13. April 2006 teilte die Beschwerdeführerin der Rekurskommission mit, sie habe sich am 17. März 2006 mit der Alternative Parking AG auf eine einvernehmliche Regelung geeinigt, welche von der Vorinstanz noch zu genehmigen sei. Beachtlich sei, dass die Alternative Parking AG von sich aus einen Valet-Betrieb im Parkhaus 6 vorgeschlagen habe. Somit habe ihr zweites Angebot den Anforderungen an die Verfügung vom 1. Dezember 2003 genügt. Zurzeit sei auch eine einvernehmliche Regelung mit der Sprenger Autobahnhof AG vorgezogen.

F.c Mit Eingabe vom 1. Mai 2006 beantragt die Alternative Parking AG, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Stark, die Abweisung der Beschwerde (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin).

Entgegen den irreführenden Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach sie ihr "Park-and-ride"-Konzept freiwillig gewählt habe, sei sie durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin dazu genötigt worden. Daher sei die Beschwerdeführerin am 1. Dezember 2003 verpflichtet worden, ihr 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". Das Angebot der Beschwerdeführerin vom 12. Dezember 2003 habe lediglich die Erlaubnis vorgesehen, während des Verfahrens für den "off-airport"-Parkingservice mit dem Kleinbus die innere Vorfahrt auf der Abflugebene zu benutzen. Da sie bis Mitte 2003 Umschlagparkplätze an zentraler Lage direkt auf der Vorfahrt gemietet hatte, erfülle die zuerst angebotene reine Vorfahrtbewilligung ganz offensichtlich nicht die Anforderungen der Verfügung vom 1. Dezember 2003. Auch der danach angebotene Standort im Parkhaus 6 könne nicht mit dem früheren Standort auf der inneren

Vorfahrt direkt vor dem Gebäude mit dem Chek-in-2 verglichen werden.

F.d Am 9. Mai 2006 reichte die Wettbewerbskommission zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 13. April 2006 unaufgefordert eine kurze Stellungnahme ein und betonte darin, die Alternative Parking AG habe im Untersuchungs- wie auch im Sanktionsverfahren die Variante "Parkhaus 6" stets unmissverständlich abgelehnt, weil sie sich nicht mit dem früheren Standort auf der inneren Vorfahrt vergleichen liess. Daher könne sie nicht beurteilen, von wem die von der Beschwerdeführerin erwähnten vier Lösungsvarianten stammten. Aber selbst wenn sie von der Alternative Parking AG stammten, würde dies an der Beurteilung nichts ändern, zumal nicht die subjektive Ansicht der Parteien, sondern nur die objektivierte Beurteilung der Behörden massgeblich sei. Nebenbei sei beachtenswert, dass sich die Beschwerdeführerin auf eine Diskussion betreffend die innere Vorfahrt eingelassen habe, obschon sie im Sanktionsverfahren eine solche Lösung noch für unmöglich gehalten habe. Dieses Indiz belege, dass die Beschwerdeführerin den ehemaligen Standort auf der Vorfahrt entgegen ihren Ausführungen der Alternative Parking AG hätte zur Verfügung stellen können, dies aber nicht gewollt habe.

F.e Am 16. Mai 2006 nahm auch die Alternative Parking AG zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 13. April 2006 unaufgefordert Stellung und erklärte, Tatsache sei, dass die Beschwerdeführerin ihr nie ein genügendes Angebot gemäss Ziffer 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung vom 1. Dezember 2003 unterbreitet habe. Da die von ihr gemieteten off-airport-Parkplätze per Ende 2004 gekündigt waren, wobei der entsprechende Mietvertrag bis Ende März 2006 kurzfristig verlängert worden sei, erweise sich das angebotene Parkhaus 6 (je nach Modalitäten) immer noch als die bessere Lösung.

F.f Mit Schreiben vom 6. Juni 2006 teilte die Beschwerdeführerin der Rekurskommission mit, die Verhandlungen betreffend eine einvernehmliche Regelung seien nun auch mit der Sprenger Autobahnhof AG erfolgreich abgeschlossen worden. Eine entsprechende Vereinbarung sei am 15. Mai 2006 unterzeichnet worden.

G.

G.a Nachdem sich das Sekretariat mit der Beschwerdeführerin im Untersuchungsverfahren auf eine umfassende einvernehmliche Regelung geeinigt hatte, genehmigte die Wettbewerbskommission diese am 18. September 2006 und schloss das hängige Untersuchungsverfahren mit folgender Verfügung ab (veröffentlicht in RPW 2006/4, S. 625 ff.):

"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 Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a bzw. b KG darstellt.

3. Die Kommission genehmigt die nachfolgende einvernehmliche Regelung (vgl. den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen oben in Rn 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 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. März 2006) und Sprenger (Vertrag von Unique und Sprenger vom 15. Mai 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."

4. Die Flughafen Zürich AG (Unique) wird für das unter Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 101'000.- 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 32-0169 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 Art. 50 und 54 KG belegt werden.

8. Die Verfahrenskosten für die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 betreffend vorsorgliche Massnahmen von insgesamt CHF [...] sowie für das vorliegende Verfahren in der Hauptsache von CHF [...], d.h. insgesamt CHF [...],

werden der Flughafen Zürich AG (Unique) auferlegt. (...)"

G.b Die Beschwerdeführerin legte gegen diese Verfügung kein Rechtsmittel ein.

G.c Gegenüber der Rekurskommission nahm die Beschwerdeführerin zu diesem Verfahrensabschluss am 18. Oktober 2006 unaufgefordert kurz Stellung und erklärte, der enge Sachzusammenhang zwischen dem Sanktionsverfahren und der abgeschlossenen Untersuchung sei nicht in Frage zu stellen. Dennoch sei klarzustellen, dass sie sich "aus pragmatischen Gründen" entschieden habe, "einer das Untersuchungsverfahren abschliessenden, einvernehmlichen Regelung als Kompromisslösung zuzustimmen", obschon sie die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz wie auch deren rechtliche Würdigung für falsch halte. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung sei daher nicht als Schuldeingeständnis zu deuten, denn sie habe sich gegenüber beiden fraglichen Unternehmen korrekt verhalten und insbesondere die angeordneten vorsorglichen Massnahmen richtig umgesetzt.

H.

H.a Mit verfahrensleitender Anordnung vom 27. November 2006 wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben, eine öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention zu verlangen. Mit Schreiben vom 29. November 2006 verzichtete diese auf eine Verhandlung.

H.b Am 6. Dezember 2006 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Stark der Rekurskommission die Beendigung seines Mandates mit der Alternative Parking AG mit.

H.c Im Dezember 2006 wurde diese Streitsache an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.

H.d Dieses teilte den Parteien mit Zwischenverfügung vom 9. Januar 2007 die Übernahme des Beschwerdeverfahrens sowie die Zusammensetzung des Spruchkörpers mit und setzte ihnen Frist für allfällige Ausstandsbegehren. Solche wurden in der Folge nicht eingereicht.

H.e Mit Schreiben vom 21. August 2007 teilte das Bundesverwaltungsgericht der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG (in liq.) mit, dass ihre Stellung als Parteien fraglich sei und daher ihre bisher eingereichten Eingaben als Auskünfte von Drittpersonen behandelt würden.

H.f Am 4. September 2007 unterbreitete das Sekretariat dem Bundesverwaltungsgericht eine ausführliche Problemskizze zur Frage der verfahrensrechtlichen Stellung betroffener Dritter in erstinstanzlichen Untersuchungs- und Sanktionsverfahren mit der Empfehlung, bei der Beurteilung der aufgeworfenen Fragen zur verfahrensrechtlichen Stellung der Sprenger Autobahnhof AG bzw. der Alternative Parking AG (in liq.) auch die möglichen Auswirkungen auf die einzelnen kartellgesetzlichen Sanktionsverfahren im Auge zu halten.

H.g Mit Schreiben vom 5. September 2007 erklärte sich die Sprenger Autobahnhof AG mit dem Vorgehen des Bundesverwaltungsgerichts einverstanden. Die Alternative Parking AG (in liq.) liess sich nicht vernehmen.

I.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 S. 45 mit Hinweisen).

1.1 Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 5. Dezember 2005, in welchem die Beschwerdeführerin zur Bezahlung einer Verwaltungssanktion von Fr. 248'000.- und zu Verfahrenskosten von Fr. [...] verpflichtet wird, ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Diese Verfügung wurde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten, welche vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) am 1. Januar 2007 (vgl. AS 2006 1069) zur Beurteilung der Streitsache sachlich und funktionell zuständig war (vgl. Art. 53 Abs. 2 KG, AS 1996 1805; aufgehoben gemäss Ziff. 27 des Anhangs zum VGG, AS 2006 2240).

Das Bundesverwaltungsgericht, welches gemäss Art. 31 VGG als Beschwerdeinstanz Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG beurteilt, ist nach Art. 53 Abs. 2 VGG (i.V.m. Art. 33 Bst. f VGG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG greift.

1.2 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Wettbewerbskommission teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie hat zudem ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Ihre Vertreter haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

1.3 Des Weiteren stellt die Beschwerdeführerin drei "Verfahrensanträge", mit denen sie den Beizug der vorinstanzlichen Akten sowie die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen erreichen will:

1.3.1 Beim ersten Antrag handelt es sich nicht um einen Verfahrens-, sondern um einen Beweisantrag. Im Rahmen des vom Untersuchungsprinzips (Art. 12 VwVG) beherrschten Beschwerdeverfahrens ist über Beweisanträge nicht im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen und in allgemeiner, von konkreten Fragen losgelöster Weise zu befinden, sondern bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen, wenn die Erwägungen zur Sache anzustellen sind. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht

die Akten der Vorinstanz im Sinne des Beweisantrags der Beschwerdeführerin tatsächlich beigezogen.

1.3.2 Die beiden weiteren Anträge, mit denen die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, sind im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4), und es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

1.4 Betreffend die Sprenger Autobahnhof AG bzw. die Alternative Parking AG (in liq.), welche bisher von der Vorinstanz wie auch von der Rekurskommission formell als Beschwerdegegnerinnen bezeichnet und auch dementsprechend behandelt wurden, stellt sich vorab die Frage, ob ihnen im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens eine solche Parteistellung weiterhin zuzuerkennen ist.

1.4.1 Mangels einer spezialgesetzlichen Umschreibung der Parteistellung im Zusammenhang mit kartellgesetzlichen Sanktionsverfahren beurteilt sich diese gemäss Art. 39 KG nach dem Parteibegriff von Art. 6 VwVG in Verbindung mit Art. 48 VwVG.

Art. 6 VwVG bezeichnet als Parteien einerseits Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andererseits Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Parteistellung bestimmt sich mit anderen Worten nach der Beschwerdebefugnis (vgl. den Entscheid der REKO/EVD 96/FB-001 vom 25. April 1997 E. 1.7.2, veröffentlicht in RPW 1997/2, S. 243 ff.; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 262 ff. bzw. Rz. 280).

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer (a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, (b) durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und (c) ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Darüber hinaus sind zur Beschwerde berechtigt alle Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt (Art. 48 Abs. 2 VwVG).

1.4.2 Im Zusammenhang mit kartellgesetzlichen Sanktionsverfahren räumt weder das KG noch ein anderes Bundesgesetz Dritten, welche - wie hier - nicht unmittelbar durch eine Sanktionsverfügung belastet werden, ein Beschwerderecht gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG ein. Insofern ist eine allfällige Parteistellung der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG (in liq.) an den in Art. 48 Abs. 1 VwVG umschriebenen Voraussetzungen zu messen.

Im vorliegenden Fall wird durch die angefochtene Sanktionsverfügung einzig die Beschwerdeführerin finanziell belastet, weshalb sie ohne weiteres durch diese Verfügung besonders berührt wird und zudem auch ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung

hat, indem sie dadurch (einzig ihr gegenüber drohende) finanzielle Nachteile beseitigen lassen möchte (vgl. E. 1.2). Demgegenüber vermögen weder die Sprenger Autobahnhof AG noch die Alternative Parking AG (in liq.) sich durch ihr persönliches Betroffensein über ein persönliches Interesse auszuweisen, das sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bürger klar abheben würde (vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, insbes. S. 4409 und S. 4329). Zudem ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Ausgang dieses Verfahrens geeignet sein könnte, ihnen gegenüber Nachteile zu verursachen oder sie eines Vorteils zu berauben (vgl. Botschaft Totalrevision der Bundesrechtspflege, a.a.O., S. 4329).

Sind die für eine Parteistellung konstitutiven Merkmale hier nicht gegeben, sind weder die Sprenger Autobahnhof AG noch die Alternative Parking AG (in liq.) im Rahmen dieses Verfahrens als Beschwerdegegnerinnen aufzufassen. Sie sind als "Dritte" oder "andere Beteiligte" im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG zu behandeln (vgl. HÄNER, a.a.O., Rz. 251 bzw. Rz. 293; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S.178 f.), wobei ihre Eingaben als Auskünfte von Drittpersonen (vgl. Art. 12 Bst. c VwVG) zu berücksichtigen sind. In dieser Eigenschaft treffen sie auch keine allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss den Art. 63 Abs. 1 VwVG oder Art. 64 Abs. 3 VwVG (vgl. E. 6).

Die vom Sekretariat im Schreiben vom 4. September 2007 aufgeworfenen Fragen (vgl. unter Sachverhalt H.f) zur verfahrensrechtlichen Stellung betroffener Dritter in *erstinstanzlichen* Untersuchungs- beziehungsweise Sanktionsverfahren tragen der in casu besonderen Situation zu wenig Rechnung, zumal das Hauptverfahren, in welchem die Parteistellung der Sprenger Autobahnhof AG beziehungsweise der Alternative Parking AG (in liq.) durchaus abweichend beurteilt werden durfte, mittels einer Vereinbarung abgeschlossen werden konnte. Im Übrigen sprengen diese Fragen den hier interessierenden Streitgegenstand beziehungsweise gehen über die hier massgebliche Frage hinaus, inwiefern der Ausgang dieses Beschwerdeverfahrens geeignet sein könnte, der Sprenger Autobahnhof AG oder der Alternative Parking AG (in liq.) gegenüber Nachteile zu verursachen oder sie eines Vorteils zu berauben. Diese Sicht ist im Übrigen insbesondere bei der Sprenger Autobahnhof AG auf Zustimmung gestossen (vgl. unter Sachverhalt H.g).

2.

Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (vgl. Art. 2 KG).

2.1 Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder

Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen (vgl. Art. 23 Abs. 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

2.2 Verstösse gegen wettbewerbsbehördliche Anordnungen werden vom Sekretariat (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) untersucht und von der Wettbewerbskommission beurteilt (vgl. Art. 53 Abs. 1 KG).

2.2.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Art. 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

2.2.2 Demgegenüber regelt Art. 50 KG im selben Abschnitt "Verwaltungssanktionen"/"Sanctions administratives" (in der bis zum 31. März 2004 gültigen Fassung, AS/RO 1996 546) "Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen"/"Inobservation d'accords amiables et de décisions administratives" wie folgt:

"Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoß erzielten Gewinns belastet. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes in der Schweiz. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar."

"L'entreprise qui aura contrevenu à son profit à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, sera tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'au triple du gain réalisé du fait de l'inobservation."

Lorsque le profit ne peut être calculé ou estimé, le montant pourra aller jusqu'à 10 pour cent du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse par l'entreprise. L'article 9, 3e alinéa, est applicable par analogie. "

2.2.3 Im Unterschied dazu lautet die ab 1. April 2004 gültige Fassung von Art. 50 KG (vgl. AS/RO 2004 1385, 1390):

"Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Bei der Bemessung des Betrages ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. "

"L'entreprise qui contrevient à son profit à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'art. 9, al. 3, est applicable par analogie. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant."

Welche der letztgenannten Gesetzesfassungen hier anwendbar ist, wird in der folgenden Erwägung 4.2.3 erörtert.

3.

Zum Streitgegenstand dieses Verfahrens hält die Beschwerdeführerin fest, in dem am 14. Juni 2004 abgeschlossenen Rechtsmittelverfahren vor der Rekurskommission (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2003-18, veröffentlicht in RPW 2004/3, S. 859) sei nicht der Inhalt der am 1. Dezember 2003 verfügten vorsorglichen Massnahmen geprüft worden, sondern nur die Frage, ob diese gerechtfertigt gewesen seien. Deshalb müsse im vorliegenden Verfahren auch die inhaltliche Zulässigkeit der verfügten vorsorglichen Massnahmen umfassend überprüft werden.

Dieser Auffassung widerspricht die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, weshalb vorab der Streitgegenstand dieses Verfahrens zu klären ist:

3.1 In der angefochtenen Verfügung vom 5. Dezember 2005 schloss die Vorinstanz das gegen die Beschwerdeführerin am 11. November 2004 gestützt auf Art. 50 KG eröffnete Sanktionsverfahren (330-0002) ab und erkannte im Dispositiv, die Beschwerdeführerin habe gegen die ihr am 1. Dezember 2003 vorsorglich (für die Dauer der Untersuchung) auferlegten Pflichten verstossen. Dementsprechend verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Bezahlung der hier strittigen Verwaltungssanktion von Fr. 248'000.- (sowie der damit zusammenhängenden Verfahrenskosten von Fr. [...]).

Die der Sanktionsverfügung zu Grunde liegende - und als verletzt beanstandete - Verfügung vom 1. Dezember

2003 ist von der Rekurskommission mit Beschwerdeentscheid vom 14. Juni 2004 (a.a.O.) inhaltlich bestätigt worden. Mit einlässlicher Begründung erachtete die Rekurskommission die vorsorglichen Massnahmen der Vorinstanz als dringlich notwendig und verhältnismässig, um den durch das Verhalten der Beschwerdeführerin gefährdeten Wettbewerb im "off-airport-parking" zu sichern, zumal die Beschwerdeführerin nie geltend machte, sie verfüge nicht über genügend Infrastruktureinrichtungen (Park- und Umschlagsplätze, Büroeinrichtungen) zur Erfüllung der ihr auferlegten Pflichten. Mangels Anfechtung dieses Entscheides erwachsen diese vorsorglichen Massnahmen spätestens seit Ende Juni 2004 in Rechtskraft, weshalb die darin ausgesprochene wettbewerbsrechtliche Festlegung der Sach- und Rechtslage wie auch die der Beschwerdeführerin gegenüber festgelegte Erfüllungsfrist für die Beurteilung hier massgebend sind.

3.2 Deshalb umfasst der Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren - wie die Vorinstanz zu Recht festhält (und auch die Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Abrede zu stellen scheint) - einzig die folgenden Fragen:

1. *Vermag Art. 50 KG als gesetzliche Grundlage für die strittige Sanktion zu genügen? (vgl. E. 4.1),*
2. *Falls dies der Fall sein sollte: Hat die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten die Verfügung vom 1. Dezember 2003 zu ihrem Vorteil missachtet und damit Art. 50 KG verletzt? (vgl. E. 4.2),*
3. *Wenn auch dies zutreffen sollte: Hält sich die ausgefallte Sanktion in betraglicher Hinsicht an den gesetzlichen Rahmen? (vgl. E. 4.3).*

Dementsprechend brauchen die dieser Verfügung zu Grunde liegenden wettbewerbsrechtlichen Verhältnisse nachfolgend nicht mehr im Lichte der Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG untersucht zu werden.

Daher ist vorliegend nicht mehr zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt, als die vorsorglichen Massnahmen angeordnet wurden, gegenüber der Sprenger Autobahnhof AG bzw. gegenüber der Alternative Parking AG wettbewerbswidrig verhalten hat. Davon ist vielmehr auszugehen, nachdem die Rekurskommission es nach einer prima facie Beurteilung für glaubhaft erachtete, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen missbräuchlich ausnutzte, als sie weitere Geschäftsbeziehungen mit der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG verweigerte und diesen keine Gewerbebewilligung mehr erteilen wollte bzw. keine Einrichtungen mehr zur Erbringung von "off airport" Dienstleistungen zur Verfügung stellen wollte (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.5.5 ff., a.a.O.). Somit sind hier die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz ihr angeblich unzulässigerweise unterstellt habe, durch missbräuchliches Verhalten die Alternative Parking AG vom Flughafen verdrängt zu haben, nicht zu hören. Diese Rügen sind aktenwidrig. Vielmehr ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin die Sprenger Autobahnhof AG und die Alternative Parking AG in der Ausübung des Wettbewerbs - prima vista beurteilt - unzulässig behinderte, als sie mit ihrer vor Erlass der Verfügung vom 1. Dezember

2003 eingeschlagenen Geschäftspolitik den Abbruch von Geschäftsbeziehungen verfolgte, um die eigenen Kapazitäten zwecks Effizienzsteigerung optimal auszulasten (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.5.1, a.a.O.).

In diesem Zusammenhang hielt die Rekurskommission fest, die vorsorglich zu unterbindende Verdrängungspolitik der Beschwerdeführerin hätte ohne behördliches Einschreiten zur Folge, dass die Kunden inskünftig nur noch die Wahl hätten, entweder selber in den Parkhäusern der Beschwerdeführerin zu parken oder aber das von ihr definierte Konzept von Europcar im Hochpreissegment zu nutzen, was hinsichtlich der Parkhausbelegung auf dasselbe hinaus liefe. Wirksamer Wettbewerb unter Valet-Anbietern würde dadurch, wenn nicht ausgeschlossen, so doch stark beschränkt, und zwar nicht nur im Marktsegment des "off-airport-Parking", sondern auch "on airport" (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.6.2, am angegebenen Ort). Präzisierend wurde festgehalten, dass das von der Alternative Parking AG nach Abbruch der Geschäftsbeziehungen nur als Notlösung konzipierte Alternativangebot nicht als Beleg für das Gegenteil herangezogen werden könne, zumal dieses Angebot angesichts der Umtriebe für die Kundschaft (Umsteigevorgänge, Zeitverlust) wenig erfolgversprechend sei (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.6.2, a.a.O.). In diesem Sinne stufte die Rekurskommission die ohne vorsorglichen Massnahmen drohenden, glaubhaft gemachten wettbewerbswidrigen Strukturveränderungen als irreversibel ein und erkannte weiter, die Beschwerdeführerin würde ohne behördliches Einschreiten eine Monopolstellung erhalten, die es ihr erlauben würde, die auf den Flughafenbetrieb ausgerichtete Parkplatzbewirtschaftung exklusiv alleine auszuüben und so auch alleine den Kunden sowie der Europcar Parkplätze zu vermieten. Ohne vorsorgliche Massnahmen würde wirksamer Wettbewerb im "off airport" Bereich (insbesondere die Konkurrenzierung des "neuen Valet-Parkings" und des Parkplatzangebots der Beschwerdeführerin) dahinfallen, was gravierende Strukturveränderungen zur Folge hätte (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18 E. 4.6.2, am angegebenen Ort).

Hinzu kommt, dass sich die Rekurskommission bereits in ihrer (unangefochten gebliebenen) Zwischenverfügung vom 21. Januar 2004 (veröffentlicht in RPW 2004/1, S. 198) in diesem Sinne der Auffassung der Vorinstanz angeschlossen hatte, dass mit der angeordneten sofortigen Wirksamkeit der vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die Sprenger Autobahnhof AG der jahrzehntelang bestehende Status quo (zumindest vorübergehend) sichergestellt werden sollte und betreffend die seit Juli 2003 vom Flughafen verdrängte Alternative Parking AG der seit Jahren bis Ende Juni 2003 herrschende Zustand (zumindest vorübergehend) wiederherzustellen war. Bereits damals war das öffentliche Interesse an der strukturerhaltenden Sicherung des wirksamen Wettbewerbs betont worden, zumal die Massnahmeverfügung einzig darauf gerichtet war, der Sprenger Autobahnhof AG den Verbleib und der Alternative Parking AG (nach kurzfristiger Verdrängung) den Wiedereintritt auf dem von diesen bisher bearbeiteten Markt für "off-airport valet parking" zu ermöglichen.

Insofern kann entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin keine Rede davon sein, die Rekurskommission habe sich in dem mit Beschwerdeentscheid vom 14. Juni 2004 abgeschlossenen Rechtsmittelverfahren (vgl. den Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18, a.a.O.) inhaltlich nicht näher mit den am 1. Dezember 2003 verfügten Verpflichtungen auseinandergesetzt. Zudem ist - entgegen der Annahmen der Beschwerdeführerin - die sachliche Richtigkeit der als verletzt gerügten Entscheidung hier nicht mehr zu prüfen (vgl. LAURENT MOREILLON in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002 [nachfolgend: CR Concurrence], Art. 50 KG, Rz. 2 im Zusammenhang mit verfahrensabschliessenden Verfügungen).

3.3 Indessen ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass die Rekurskommission damals die Frage, ob die Beschwerdeführerin die auf Strukturhaltung gerichteten vorsorglichen Massnahmen rechtsgenügend umgesetzt hatte, nicht als eigentlichen Streitgegenstand auffasste und daher diese Fragestellung nicht vertieft zu prüfen hatte.

Dies ist Thema des vorliegenden Verfahrens, wobei bei der hier vorzunehmenden Beurteilung als wesentlicher Aspekt zu beachten ist, dass die damals getroffene prima facie Beurteilung der Rekurskommission durch den am 18. September 2006 erfolgten einvernehmlichen Abschluss des Untersuchungsverfahrens bestätigt wird:

3.3.1 Nachdem sich die Beschwerdeführerin mit dem Beschwerdeentscheid der Rekurskommission vom 14. Juni 2004 (am angegebenen Ort) abgefunden (und auf eine Anfechtung verzichtet) hatte (vgl. oben Sachverhalt unter B.f), begann sie zunehmend mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren und unterzog sich schliesslich der Beurteilung der Vorinstanz, wonach sie ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich Flughafen-Parking missbraucht hatte (und daher auch verpflichtet war, den vorsorglichen Massnahmen Folge zu leisten). Deshalb unterzeichnete sie am 26./27. Juni 2006 eine einvernehmliche Regelung und akzeptierte die ihr gegenüber am 18. September 2006 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG verfügte, zweite Verwaltungssanktion von Fr. 101'000.- (vgl. oben Sachverhalt unter G.a/G.b). Diese Sanktionsverfügung focht sie in der Folge konsequenterweise auch nicht an, weshalb dieses Rechtsverhältnis nunmehr rechtskräftig ist.

3.3.2 Der im Rahmen des Abschlusses der Untersuchung erklärte Vorbehalt der Beschwerdeführerin, wonach sie die sachverhaltliche wie auch die rechtliche Beurteilung des Sekretariats für unzutreffend erachte und nur aus "pragmatischen Gründen" einer einvernehmlichen Beendigung der Untersuchung zustimme (vgl. Verfügung vom 18. September 2006, Ziff. 30, am angegebenen Ort), vermag den wesentlichen Umstand nicht zu relativieren, dass sich die Beschwerdeführerin jedenfalls im Ergebnis den kartellgesetzlichen Einschätzungen und Forderungen der Vorinstanz unterzogen hat. Ihr Vorgehen, einen einvernehmlichen Abschluss der Untersuchung sowie (zumindest) eine Sanktion hinzunehmen, lässt sich kaum anders als ein Eingeständnis deuten, dass sie sich während der gesamten Dauer der Untersuchung sowohl gegenüber der Sprenger Autobahnhof AG wie auch gegenüber der Alternative Parking AG wettbe-

werbswidrig verhalten hatte. Auf diesen Punkt ist nachfolgend zurückzukommen.

4.

Ausgehend vom soeben abgesteckten Streitgegenstand bleibt zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 50 KG die Beschwerdeführerin mit einer Verwaltungsanktion von Fr. 248'000.- belasten durfte mit der Begründung, sie habe gegen die am 1. Dezember 2003 verfügte, sofort vollstreckbare Verpflichtung verstossen, der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG wettbewerbssichernde Angebote zur Weiterführung ihrer bisherigen "off-airport-parking"-Dienstleistungen zu unterbreiten.

4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet vorab prinzipiell die Anwendbarkeit von Art. 50 KG. Sie macht geltend, vorsorgliche Massnahmen liessen sich nicht gestützt auf Art. 50 KG durchsetzen, zumal diese Norm den Verstoss gegen eine rechtskräftige Verfügung voraussetze, weshalb nur ein solcher Verstoss als sanktionierbare Verletzungshandlung gelten könne.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ziele Art. 50 KG darauf ab, die Wiederholung eines behördlich rechtskräftig festgestellten, wettbewerbswidrigen Verhaltens zu sanktionieren. Insofern gehe dieser Artikel zwangsläufig von einem Verstoss gegen eine rechtskräftige Endverfügung voraus, weshalb Art. 50 KG nicht auf vorsorgliche Massnahmen anwendbar sei, welche lediglich als Zwischenverfügungen (und nicht als Endverfügungen) ergingen. Dementsprechend wäre ein Verstoss dagegen (und damit eine Sanktionierung) erst denkbar, wenn eine solche Endverfügung zuvor materiell rechtskräftig, nicht bloss vollstreckbar würde. Im Kartellverwaltungsverfahren werde die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen in Schliessung einer gesetzlichen Lücke bejaht. Da eine auf Art. 50 KG gestützte "Strafbewehrung" das Bestimmtheitsgebot ("nulla poena sine lege certa") verletzen würde, könnten vorsorgliche Massnahmen nur gestützt auf Art. 292 StGB "strafbewehrt" werden. Diese strafgesetzliche Beugestrafe sei darauf gerichtet, die Erfüllung einer vorsorglichen Massnahme durch Strafandrohung im Wiederholungsfall zu erzwingen bzw. einen Verstoss dagegen unmittelbar zu sanktionieren. Abgesehen von dieser Rechtslage, welche einer Sanktionierung a priori entgegenstehe, habe sie bei der Unterbreitung der Angebote an die Sprenger Autobahnhof AG sowie Alternative Parking AG im Dezember 2003 noch gar nicht gegen die Massnahmeverfügung verstossen können. Denn die gegen die Massnahmeverfügung vom 1. Dezember 2003 erhobene Verwaltungsbeschwerde sei erst am 14. Juni 2004 von der Rekurskommission abgewiesen worden, weshalb die Massnahmeverfügung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist am 25. Juni 2004 rechtskräftig geworden sei. Deshalb habe vor Rechtskraft der angeblich missachteten Verfügung auch kein nach Art. 50 KG sanktionierbarer Verstoss erfolgen können.

Die Vorinstanz hält dem entgegen, die ratio legis der in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungsanktionen ziele auf eine wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften. Deshalb müssten Sanktionen, um präventiv wirksam zu sein, bei Wettbewerbsverstössen auch ausgesprochen werden können. Zwar treffe es zu, dass im Unterschied zu den auf den 1. April 2004 neu in Kraft

getretenen direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG diejenigen nach Art. 50 KG gemäss dem Missbrauchsprinzip auf Sachverhalte zielen, welche als unzulässig festgestellt worden sind und deren weitere Praktizierung unter Sanktionsandrohung untersagt worden ist. Nach der Formulierung von Art. 50 KG lasse sich das sanktionsbedrohte Verhalten als Missachtung einer behördlichen Anordnung charakterisieren, wobei kein kausaler wettbewerbswirksamer "Erfolg" vorausgesetzt werde. In diesem Zusammenhang übersehe die Beschwerdeführerin die von der Rechtsprechung anerkannte Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen, welche aus Präventionsgründen mit Verwaltungsanktionen durchsetzbar gemacht werden und deshalb auch sogleich bei Vollstreckbarkeit sanktioniert werden können. Ansonsten würden vorsorgliche Massnahmen keinen Sinn machen. Jedenfalls könne ein Verstoss gegen vorsorgliche Massnahmen, die (wegen der entzogenen aufschiebenden Wirkung allfälliger Beschwerden) sofort vollstreckbar seien, nach Rechtskraft dieser Verfügung sanktioniert werden, unabhängig vom Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft. Diese beziehe sich nicht auf die Verletzungshandlung, sondern auf die Zulässigkeit der Sanktionierung. Deshalb trügen Unternehmen ein Sanktionsrisiko, wenn sofort vollziehbare Verfügungen rechtskräftig werden. Die Verfügung vom 1. Dezember 2003 sei eine "rechtskräftige Verfügung" im Sinne von Art. 50 KG. Denn sie sei spätestens seit Juni 2004 rechtskräftig und der Verstoss dagegen habe seit ihrer Vollstreckbarkeit im Dezember 2003 bis in den Herbst 2006 angedauert, weshalb es letztlich auch keine Rolle spiele, ob die Verfügung im Dezember 2003 "bloss" vollstreckbar oder bereits rechtskräftig gewesen sei. Abgesehen davon sei auf Grund der ratio legis der französische Wortlaut von Art. 50 KG massgebend, der bloss "Vollstreckbarkeit" verlange ("... à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ...").

4.1.1 Vorab ist der Wettbewerbskommission prinzipiell zuzustimmen, dass der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission vom 14. Juni 2004 (a.a.O.) die vorinstanzliche Verfügung vom 1. Dezember 2003 inhaltlich vollumfänglich bestätigt hat. Diese wurde durch den bestätigenden Beschwerdeentscheid lediglich prozessual ersetzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.82/2005 vom 23. August 2005 E. 1 mit Verweis auf BGE 129 II 438 E. 1; GYGI, a.a.O., S. 190).

Insofern erwuchs mit Ablauf der Rechtsmittelfrist am 25. Juni 2004 der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission in Rechtskraft und damit gleichzeitig auch die von der Wettbewerbskommission formulierten vorsorglichen Massnahmen, welche die Rechtsmittelinstanz für gerechtfertigt erachtete.

In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin zu Recht, dass Art. 50 KG im Lichte einer grammatikalischen, historischen und teleologischen Auslegung einzig darauf abzielt, die Wiederholung eines zuvor behördlich rechtskräftig festgestellten, wettbewerbswidrigen Verhaltens zu sanktionieren. Diese Sicht entspricht auch der herrschenden Meinung (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, insbes. Ziff. 27, Ziff. 271.1; PATRIK DUCREY in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zü-

rich 1997, Art. 50 KG, Rz. 3 und 6; LAURENT MOREILLON, CR Concurrence, a.a.O., Art. 50 KG, Rz. 2; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, 50 KG, Rz. 5; PETER ZURKINDEN, Sanktionen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 519; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 36 und S. 92).

In diesem Sinne ist Art. 50 KG konzeptionell auf den Abschluss von kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahren zugeschnitten und erlaubt in diesem Kontext eine Sanktionierung nur, wenn Unternehmen Verhaltensweisen aufrecht erhalten, die von der Wettbewerbskommission (bzw. von allenfalls angerufenen Rechtsmittelinstanzen) zuvor rechtskräftig für unzulässig erklärt worden sind. Dies war ja auch das Hauptmotiv um vor der jüngst erfolgten Revision des KG – zwecks Effizienzsteigerung – einen *Paradigmenwechsel* im Sanktionswesen zu fordern und diesen dann umzusetzen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des KG, BBl 2002 2022, insbes. Ziff. 1.1.5, S. 2027, Ziff. 1.3.1, S. 2028; sowie dazu: Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 E. 4.4.2, veröffentlicht in RPW 2005/2, S. 418).

Dies räumt auch die Vorinstanz ein, wenn sie hervorhebt, dass im Unterschied zu den auf den 1. April 2004 neu in Kraft getretenen direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG diejenigen nach Art. 50 KG gemäss dem Missbrauchsprinzip auf Sachverhalte zielten, die als unzulässig festgestellt worden sind und deren weitere Praktizierung unter Sanktionsandrohung untersagt worden ist, wobei kein kausaler wettbewerbswirksamer "Erfolg" vorausgesetzt werde. In einem gewissen Widerspruch zu diesen treffenden Ausführungen hält die Vorinstanz aber gleichzeitig auch den französischsprachigen Wortlaut von Art. 50 KG für massgebend, wonach bloss Vollstreckbarkeit der behördlichen Anordnung gemeint sei ("... à une décision exécutoire ..."). Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen, geht er doch am Kern des Problems vorbei:

Entgegen der Meinung der Vorinstanz kann die französische Fassung, welche bereits die Sanktionierbarkeit "vollstreckbarer" Endverfügungen nahe legen würde (vgl. Art. 39 VwVG), nicht als massgeblich gelten. Diese auf "Vollstreckbarkeit" fokussierende Formulierung steht weder in der deutschen (AS 2004 1385) noch in der italienischen (RU 2004 1385) Fassung des revidierten Art. 50 KG. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen ist diese Fassung erst im Zuge der jüngst erfolgten Kartellgesetzrevision (vgl. E. 2.2.3) eingeführt worden, ohne dass sich dazu den Materialien etwas entnehmen liesse (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2002 N 1457, AB 2003 S 336; AS 2004 1385, RO 2004 1385). Dies spricht für die Massgeblichkeit der deutschen Fassung von Art. 50 KG, welche "Rechtskraft" (und nicht bloss "Vollstreckbarkeit") meint.

Diese Sicht wird auch durch den Umstand erhärtet, dass sich die Frage der Notwendigkeit allenfalls sofort vollstreckbarer wettbewerbslicher Interventionsmassnahmen primär im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen stellt, die sich während Untersuchungsverfahren zur

Sicherung des Wettbewerbs aufdrängen können und von der Rechtsprechung nur unter äusserst *restriktiven* Voraussetzungen zugelassen werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3, veröffentlicht in RPW 2003/4, S. 912). Hinzu kommt, dass seit der Schaffung von Art. 49a KG kein Anlass bestünde, auf das Konstrukt "vollstreckbarer" Endverfügungen zu greifen, um in den von Art. 49a KG abgedeckten Fällen *unmittelbare* Sanktionierbarkeit zu gewährleisten.

Ist – wie in Erwägung 4.1.1 gezeigt – nach Art. 50 KG im Lichte der Auslegungselemente einzig der Verstoss gegen *rechtskräftige, verfahrensabschliessende* Verfügungen mit Sanktionen bedroht, könnte sanktionierbares Verhalten grundsätzlich erst im Anschluss an ein rechtskräftig abgeschlossenes Untersuchungsverfahren (ev. auch nach Abschluss eines anschliessenden Rechtsmittelverfahrens) auftreten. In diesem Sinne bezieht sich die Rechtskraft in Art. 50 KG, um es in den Worten der Vorinstanz auszudrücken, vorab auf die Verletzungshandlung und nicht bloss auf die Zulässigkeit der Sanktionierung (vgl. E. 4.1).

4.1.2 Ein solches auf eine "Gesetzeslücke" hinweisendes Auslegungsergebnis, das freilich zu Gunsten der Beschwerdeführerin spricht, vermag nicht zu befriedigen, wenn man veranschlagt, dass die Verletzung vorsorglicher Massnahmen für den Wettbewerb ebenso schädlich sein kann, wie die Verletzung einer Endverfügung, insbesondere wenn vorsorgliche Massnahmen primär darauf gerichtet sind, während einer laufenden Untersuchung wettbewerbswidrige Strukturveränderungen, die sich später nicht oder kaum mehr durch behördliche Anordnungen rückgängig machen lassen, umgehend zu verhindern.

Soweit daher ein allfälliger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung irreversible, wettbewerbschädigende Veränderungen der Marktstruktur zur Folge haben kann, wäre es stossend im Ergebnis zuzulassen, dass dagegen eingeleitete, sofort vollstreckbare vorsorgliche Massnahmen von Unternehmen ohne Risiko, erhebliche Sanktionsbeträge gewärtigen zu müssen, missachtet werden dürften, nur weil die in Art. 50 KG vorgesehene Rechtskraft einzig eine Wiederholung wettbewerbswidrigen Verhaltens mit Sanktion bedroht.

Nicht überzeugend ist bei dieser Ausgangslage die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die in Art. 292 StGB vorgesehene Beugestrafe das einzige Mittel sei, um die Erfüllung einer vorsorglichen Massnahme durch Strafanordnung im Wiederholungsfall zu erzwingen (bzw. einen Verstoss dagegen unmittelbar zu sanktionieren). Die Beschwerdeführerin übersieht, dass Art. 292 StGB als subsidiäres Übertretungsstrafrecht ausgestaltet ist, das in Form einer strafgesetzlichen "Ungehorsamsstrafe" nur auf *natürliche* Personen als Adressaten zielt (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1181 ff.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl. 2005, § 13, Rz. 181, S. 412; CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, StGB II, Basel 2003, Art. 292 StGB, N 44) und insofern der Absicht des Kartellgesetzgebers entgegenlaufen würde, bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen spürbaren Druck auf die *Unternehmen* auszuüben mit

betragsmässig an den Umsatz beziehungsweise den Gewinn gekoppelten Verwaltungssanktionen (im Sinne der Art. 49a - Art. 52 KG; vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 102 StGB [mit der Marginale "Strafbarkeit" {des Unternehmens}] einzig auf Vergehen und Verbrechen: GÜNTER STRATENWERT/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Handkommentar, Bern 2007, Art. 102 StGB, N. 3). In diesem Sinne war im Gesetzgebungsprozess unbestritten, dass die Sanktions- und Präventivwirkung entfielen, wenn nur natürliche Personen Sanktionen unterworfen würden, wobei diesfalls für die Bussenbemessung lediglich deren wirtschaftliche Verhältnisse massgeblich wäre und nicht der mit der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung erzielte Gewinn (vgl. *Botenschaft* vom 23. November 1994, Ziff. 271, a.a.O.).

Da die Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts entscheidend von der Präventivwirkung der Sanktionsordnung abhängt und die Verletzung vorsorglicher Massnahmen ebenso wettbewerbsschädigend sein kann, wie die Verletzung verfahrensabschliessender Verfügungen, ist im Kontext der in Art. 50 KG aufgezählten behördlichen Anordnungen, gegen die sanktionsbedroht verstossen werden kann, von einer *planwidrigen Unvollständigkeit* auszugehen, zumal ohne eine Art. 50 KG entsprechende Sanktionsbewehrung vorsorgliche Massnahmen - jedenfalls in den von Art. 49a KG nicht abgedeckten Konstellationen - nicht nachhaltig genug repressiv gesichert werden könnten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 246 mit Verweis auf BGE 129 II 438 E. 4.1.2 und BGE 131 V 233 E. 4.1; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 25 Rz. 13 mit Verweis auf BGE 128 I 34 E. 3b und VPB 63.11 E. 5b). Dies widerspräche dem Sinn und dem Zweck des Kartellgesetzes:

4.1.2.1 Wird in der Rechtsprechung auf dem Weg der Lückenfüllung die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen zur dringlich durchzusetzenden Wahrung und Sicherung gefährdeter Wettbewerbsverhältnisse anerkannt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.198/1997 vom 3. November 1997 E. 2b, veröffentlicht in RPW 1997/4, S. 618 ff. sowie Entscheid der REKO/WEF 96/FB-001 E. 3.2, a.a.O.), dann liegt es auf der Hand, die Durchsetzbarkeit solcher vorsorglich verfügbarer Massnahmen mittels Verwaltungssanktionen zu sichern, soll die Wirksamkeit der Kartellgesetzordnung nicht unnötig gefährdet werden. Die Möglichkeit vorsorgliche Massnahmen unter Sanktionsfolgen gemäss Art. 50 KG zu stellen, drängt sich angesichts der Zielsetzungen des KG umso mehr auf, als vorsorgliche Massnahmen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur ausnahmsweise und unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 3, a.a.O.).

Somit ist hier in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Schliessung planwidrig unvollständiger Normenkomplexe eine Gesetzeslücke anzunehmen, welche das Bundesverwaltungsgericht hier schliessen darf (vergleichbar mit der vorliegenden Situation: insbes. BGE 129 II 438 E. 4.1.2 sowie BGE 131 V 233 E. 4.1). Angesichts der Ziel- und Wertvorstellungen, welche der kartellgesetzlichen Sanktionsordnung zu Grunde liegen, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wäre er sich der vorliegenden Lücke hinsichtlich

vorsorglicher Massnahmen bewusst gewesen, solche auch mit Verwaltungssanktionen repressiv gesichert hätte (für den Fall ihrer Vollstreckbarkeit bzw. Rechtskraft).

4.1.2.2 Im Lichte dieser Überlegungen sind die in Art. 50 KG aufgezählten behördlichen Anordnungen, gegen die mit Sanktionsfolgen verstossen werden kann, insofern als lückenhaft anzusehen, als vollstreckbare vorsorgliche Massnahmen nicht ebenfalls explizit erwähnt sind. Einschränkung ist jedoch festzuhalten, dass diesfalls eine Sanktionierung nur insofern in Frage kommen kann, als vorsorgliche Massnahmen in der Folge auch in Rechtskraft erwachsen, weil sie von den Betroffenen akzeptiert oder von den Rechtsmittelinstanzen als rechtmässig bestätigt werden.

4.1.3 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass im Ergebnis die Sichtweise der Vorinstanz zutrifft, dass (wegen der entzogenen aufschiebenden Wirkung allfälliger Beschwerden) sofort vollstreckbare vorsorgliche Massnahmen nach Art. 50 KG sanktionsbedroht sind und die Unternehmen dementsprechend ein Sanktionsrisiko tragen, wenn sie sofort vollziehbare vorsorgliche Massnahmen nicht befolgen und diese in der Folge rechtskräftig werden.

4.2 Ist Art. 50 KG grundsätzlich anwendbar, ist als Nächstes zu klären, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten die Verfügung vom 1. Dezember 2003 zu ihrem Vorteil missachtet hat und insofern den Tatbestand dieses Artikels grundsätzlich erfüllt.

4.2.1 Vorab macht die Beschwerdeführerin geltend, Art. 50 KG setze eine hinreichend bestimmte Verfügung voraus, was hier aber nicht der Fall sei. Denn die ihr gegenüber verfügten Pflichten seien inhaltlich nicht klar genug umrissen gewesen, weshalb sie im Lichte des Legalitätsprinzips auch nicht in "strafbarer Weise" gegen die Verfügung habe verstossen können. Dieser lasse sich einzig entnehmen, die beiden Unternehmen müssten in die Lage versetzt werden, die ehemaligen Parking-Dienstleistungen weiterhin in vergleichbarer Weise anzubieten. Trotzdem werde nicht definiert, wie sich die Vergleichbarkeit der Angebote bestimmen lasse. Die erst gegen Ende des Sanktionsverfahrens aufgezeigte Forderung, wonach die Angebote dem Status quo ante entsprechen oder mindestens gleichwertig sein müssten, widerspreche der im Dispositiv gewählten Formulierung. Hätte die Vorinstanz "identisch oder zumindest gleichwertig" gemeint, hätte sie das auch so formuliert und ihr nicht mit dem Begriff "vergleichbar" einen gewissen Spielraum belassen.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, mit Verfügung vom 1. Dezember 2003 sei das verlangte Verhalten hinreichend klar umschrieben worden, weshalb die Beschwerdeführerin habe erkennen können, was zu tun oder zu unterlassen sei, bzw. welches Verhalten oder Unterlassen eine Verwaltungssanktion nach sich ziehen könnte: Die Beschwerdeführerin sei verpflichtet worden, bezüglich der Alternative Parking AG den bis Mitte 2003 herrschenden und rechtlich weiterhin verbindlichen Zustand wiederherzustellen und bezüglich der Sprenger Autobahnhof AG den Status quo vorübergehend zu garantieren. Indes sei von der Beschwerdeführerin nicht verlangt worden, den bisherigen Anbietern genau dieselben Lokalitäten zur

Verfügung zu stellen. Vielmehr reiche es zur Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs aus, wenn die neuen Lokalitäten mit den bisherigen insbesondere in Bezug auf Lage (Distanz zu den Terminals), Erreichbarkeit und Infrastruktur vergleichbar seien, wobei der bis Mitte 2003 herrschende Zustand der Infrastruktur massgebend sei und nicht etwa die seither eingetretenen Verschlechterungen. In den Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sei die Beschwerdeführerin verpflichtet worden, den beiden Unternehmen während der ganzen Verfahrensdauer die genannte Infrastruktur vom 12. bzw. 19. Dezember 2003 an zur Verfügung zu stellen (bis zum rechtskräftigen Entschcheid in der Hauptsache). Ziffer 2 konkretisiere die Ziffer 1, indem die Beschwerdeführerin unter Strafandrohung verpflichtet werde, den betroffenen Dienstleistern die genannte Infrastruktur während der hängigen Untersuchung zur Verfügung zu stellen, damit diese die bisherigen Valet Parking-Dienstleistungen "in vergleichbarer Weise" anbieten können. Um dies beurteilen zu können, diene als wichtigstes Kriterium die Lage der Umschlagparkplätze und des Schalters, insbesondere deren Entfernung von den Check-ins. Ferner seien auch andere Kriterien bedeutsam, wie die Entfernung zwischen den Umschlagparkplätzen und dem Schalter, die Schalter- und Büroinfrastruktur (Grösse, Telefon, Internet), die Anzahl, Grösse und Ausrichtung der Parkplätze, die Beschilderung/Beschriftung der Zufahrt und des Zugangs (d.h. die Auffindbarkeit), der Komfort für die Kunden (wie Warteraum, Sitzgelegenheit, Heizung/Klimaanlage, Toiletten).

4.2.2 Der Auffassung der Vorinstanz ist beizupflichten, dass vorsorgliche Massnahmen, deren Nichtbefolgung nach Art. 50 KG sanktionsbedroht sind, dem Adressaten erlauben müssen, die von ihm geforderte Verhaltensweise zu erkennen, um so die ansonsten greifende Sanktionierung abwenden zu können, welche einschneidende Beträge vorsieht. Insofern muss das dem Verfügungsadressaten auferlegte, verbotene oder gebotene Handeln hinreichend klar umschrieben sein.

Es fällt auf, dass die Beschwerdeführerin - wie die Vorinstanz zu Recht hervorhebt - im Rahmen des Beschwerdeverfahrens FB/2003-18 die Klarheit der vorsorglichen Massnahmen nie in Zweifel gezogen hat. In diesem Sinne räumt sie in ihrer Beschwerde auch freimütig ein, sie sei vorsorglich verpflichtet worden, der Alternative Parking AG sowie der Sprenger Autobahnhof AG je ein Angebot zur Benützung von Infrastruktur zur Weiterführung ihrer Dienstleistungen zu unterbreiten, damit diese während der Dauer des Untersuchungsverfahrens ihre Parkingdienstleistungen am Flughafen weiter anbieten könnten.

Insofern sind die Zweifel der Beschwerdeführerin an der Klarheit der Verfügung vom 1. Dezember 2003 (vgl. oben Sachverhalt unter B.) nicht nachvollziehbar. Deren Dispositiv-Ziffer 1 hält unmissverständlich fest, dass den beiden bisherigen Anbietern von "off Airport"-Parking für die Dauer des Verfahrens Flughafeneinrichtungen (insbesondere Umschlag-Parkplätze, Büros und Schalter) zu vermieten und die Gewerbe-Bewilligung für die damit zusammenhängenden Tätigkeiten zu erteilen sind. Diese Ziffer lässt unschwer die Zielrichtung der vorsorglichen Massnahmen erkennen, dass die bisherigen Anbieter von "off Airport"-Parking (!) in die Lage versetzt werden

müssen, ihre bisherigen Dienstleistungen mittels der dafür notwendigen Flughafeninfrastruktur zu erbringen. Aus dieser generellen Zielrichtung fliesst auch implizit die weitere Verpflichtung der Beschwerdeführerin alles Notwendige zu unternehmen, damit die bisher eingeleitete, auf Verdrängung der Anbieter von "off Airport"-Parking hinauslaufende Geschäftspolitik - jedenfalls für die Dauer der kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchung - aufgegeben wird. Dies führt auch zur impliziten Pflicht, bei allfällig notwendigen Umstellungen, die notwendige Hilfe zu bieten.

Indessen ist zu beachten, dass die Dispositiv-Ziffer 1 keinen selbständigen Stellenwert hat, und insofern auch als zu wenig konkret betrachtet werden kann, um eine sanktionierbare Pflicht zu begründen. Diese Ziffer dient denn auch nur der kontextualen Einbettung der in Ziffer 2 des Dispositivs nunmehr konkret umschriebenen Pflicht der Beschwerdeführerin, der Sprenger Autobahnhof AG bzw. der Alternative Parking AG bis spätestens am 12. Dezember 2003 wettbewerbssichernde Angebote zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters "an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten" (oder im Sinne der Dispositiv-Ziffer 3 dem Sekretariat eine entsprechende Vereinbarung mit diesen Unternehmen zu unterbreiten). Die entsprechende Sanktionsdrohung in Ziffer 1, welche lediglich deklaratorisch (und nicht konstitutiv) ist, lässt sich nicht selbstständig durchsetzen oder isoliert "sanktionsbewehren", wie die Vorinstanz zu Unrecht anzunehmen scheint und ihren intertemporalrechtlichen Differenzierungen zu Grunde legt.

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erklärt, ihre Angebote seien im Sinne der Massnahmeverfügung "vergleichbar" gewesen, und hätten nicht "gleichwertig" sein müssen, verliert sie sich in Haarspaltereien, welche am Hauptstreitpunkt vorbeiziehlen:

Dem Dispositiv (mit dem Wortlaut: "an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen") lässt sich unverkennbar entnehmen, dass *nicht irgendwelche* Lokalitäten oder - wie gegenüber der Alternative Parking AG geschehen - gar *keine* Lokalitäten gemeint sein konnten. Im Lichte des Zwecks der Massnahmeverfügung musste der Beschwerdeführerin unmissverständlich erkennbar sein, dass hinsichtlich der Sprenger Autobahnhof AG eine kartellgesetzkonforme Wettbewerbssituation beizubehalten war und diese in Bezug auf die Alternative Parking AG wiederherzustellen war.

Diese Dispositiv-Ziffer 2 erweist sich im vorliegenden Kontext als genügend konkret, um gemäss Art. 50 KG eine Pflicht zu begründen, die im Verletzungsfalle Sanktionen nach sich zieht. Soweit in diesem Zusammenhang die verfügte Verpflichtung, den besagten Unternehmen gleichwertige Angebote zur Miete wettbewerbstauglicher Infrastruktur zu unterbreiten, an einen Termin gekoppelt ist, stellt eine allfällige Verletzung ein abgeschlossener Sachverhalt dar und nicht ein offener Dauersachverhalt, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint. Eine nach Fristsetzung erfolgte Erfüllung verfügter Pflichten könnte daher die abgeschlossene Verletzungshandlung nicht un-

geschehen werden lassen, sondern hätte lediglich im Rahmen der vorzunehmenden Sanktionsbemessung Bedeutung. Insofern vermag auch die vom Sekretariat im Schreiben vom 17. Dezember 2003 gesetzte "Nachfrist" bis zum 19. Dezember 2003 höchstens Einfluss auf die Sanktionsbemessung auszuüben, nicht aber auf die zuvor am 12. Dezember 2003 realisierte Verletzungshandlung.

4.2.3 Ist die hinreichend bestimmte Umschreibung der verfügbaren, sanktionsbedrohten Verpflichtung einzig in der Ziffer 2 (bzw. Ziff. 3) des Dispositivs zu erblicken, lässt der Umstand der Terminierung dieser Pflichten die von der Vorinstanz eingehend diskutierten intertemporalrechtlichen Überlegungen bei der Sanktionsbemessung (vgl. die Ziffern 232 bis 238 der angefochtenen Verfügung) hinfällig werden.

Die der Beschwerdeführerin vorsorglich auferlegte, sofort vollstreckbare Verpflichtung, der Sprenger Autobahnhof AG sowie der Alternative Parking AG "bis zum 12. Dezember 2003 ein Angebot zur Miete von Abstellflächen (Parkfeldern) und eines Büros/Schalters an den bisherigen oder vergleichbaren Lokalitäten im bisherigen Umfang zu bisherigen Konditionen zu unterbreiten", wurde nach Auffassung der Vorinstanz jedenfalls bis zu diesem Datum (und auch nachher) nicht erfüllt. Deshalb ist einzig die damals gültige Fassung von Art. 50 KG anwendbar, zumal eine allenfalls begünstigende Rückwirkung nur zulässig wäre, soweit sie gesetzlich explizit vorgesehen wäre (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 334 f. mit Verweis auf BGE 99 V 200 und BGE 105 Ia 36). Dies ist hier indessen nicht der Fall.

4.2.4 Geht man von dieser Ausgangslage aus, ist offensichtlich, dass die Sicht der Beschwerdeführerin, sie habe der Sprenger Autobahnhof AG bzw. der Alternative Parking AG Angebote unterbreitet, die mit dem vorherigen Zustand vergleichbar gewesen seien, unhaltbar ist. Dazu ist auf die im Wesentlichen zutreffenden ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz in den Ziffern 100 bis 128 der angefochtenen Verfügung zu verweisen.

Die Ansicht der Beschwerdeführerin, die vom Sekretariat als ungenügend beanstandeten Angebote hätten den beiden obgenannten Unternehmen ermöglicht, "ihre bisherigen Geschäftstätigkeiten" für die Dauer des Hauptverfahrens beziehungsweise der Untersuchung weiterhin konkurrenzfähig zu erbringen, ist aktenwidrig. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, war die Beschwerdeführerin durch die Verfügung vom 1. Dezember 2003 verpflichtet worden, bezüglich der Alternative Parking AG den bis Mitte 2003 herrschenden und rechtlich weiterhin verbindlichen Zustand wiederherzustellen und bezüglich der Sprenger Autobahnhof AG den Status quo vorübergehend zu garantieren, wobei nicht die Zurverfügungstellung derselben Lokalitäten verlangt wurde. Vielmehr mussten diese im Lichte der Zweckrichtung der vorsorglichen Massnahmen *gleichwertig* sein.

Nicht zutreffend ist insofern die Behauptung der Beschwerdeführerin, die im Dispositiv gewählte Formulierung zielt nicht auf Angebote, die dem *Status quo ante* entsprechen oder mindestens gleichwertig sein müssten. Im Gegenteil: Aus dem von der Vorinstanz sorgfältig ausgeleuchteten Kontext ergibt sich zweifelsfrei, dass die vorsorglich verlangten Angebote, welche die Beschwer-

deführerin abzugeben hatte, hinsichtlich Abstellflächen und Büroräumlichkeiten entweder *identisch* oder dann aber zumindest *gleichwertig* sein mussten. Angesichts des hinlänglich belegten Versuchs der Beschwerdeführerin, den besagten "off-airport-Parking" Anbietern, die für ihre wirtschaftliche Tätigkeit notwendige Flughafeninfrastruktur missbräuchlich vorzuenthalten (vgl. E. 3.3), war der wettbewerbssichernde Eingriff der Vorinstanz offensichtlich darauf gerichtet, beiden Unternehmen zumindest zu *gleichwertigen* Lokalitäten zu verhelfen.

4.2.4.1 Trotzdem unterliess es die Beschwerdeführerin der Alternative Parking AG, welche bis Mitte 2003 Parkplätze sowie einen Schalter auf der inneren Terminalvorfahrt gemietet hatte, die Miete von Umschlagparkplätzen und die Miete eines Schalters in der inneren Vorfahrt zu offerieren. Angesichts der einlässlich begründeten vorsorglichen Massnahmen durfte die Beschwerdeführerin nicht in guten Treuen annehmen, damit solle die glaubhaft gemachte, Mitte 2003 erfolgte kartellgesetzwidrige Verdrängung der Alternative Parking AG vom Flughafen "zementiert" werden, zumal ja die vorsorglichen Massnahmen vorab darauf ausgerichtet waren, der Alternative Parking AG vorläufig die Weiterführung ihrer vor den wettbewerbsswidrigen Interventionen der Beschwerdeführerin ausgeführten geschäftlichen Tätigkeiten zu ermöglichen, wenn auch an einem anderen, aber dennoch gleichwertigen Standort.

4.2.4.2 Auch hinsichtlich der Sprenger Autobahnhof AG verhält es sich nicht anders. Die von der Beschwerdeführerin im Parkhaus 6 angebotenen Umschlagparkplätze wie auch die Lage der Büroinfrastruktur war ganz offensichtlich nicht mit der Situation im Parkhaus 2 vergleichbar. Wie die Sprenger Autobahnhof AG in ihrer Vernehmlassung einleuchtend erklärt, hätten es die mit diesem Standort verbundenen Nachteile der im Parkhaus 2 neu angesiedelten Europcar leicht gemacht, die bisherigen Kunden der Sprenger Autobahnhof AG zu übernehmen, was durchaus der damals verfolgten Verdrängungsabsicht der Beschwerdeführerin entsprochen hätte (vgl. E. 3.2). Mit einer erfolgreichen "Auslagerung" der Sprenger Autobahnhof AG ins Parkhaus 6 hätte die Beschwerdeführerin genau das erreicht, was die Vorinstanz vorsorglich verhindern wollte. Die von der Sprenger Autobahnhof AG ausgewiesenen Umsatzeinbrüche im fraglichen Zeitraum belegen diesen Befund ohne Weiteres.

4.2.4.3 Als Zwischenergebnis lässt sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festhalten, dass die Beschwerdeführerin bis am 12. Dezember 2003 weder der Alternative Parking AG noch der Sprenger Autobahnhof AG Angebote unterbreitet hatte, welche der in der Massnahmeverfügung vom 1. Dezember 2003 verlangten "Vergleichbarkeit" entsprachen.

4.2.5 Damit steht im Sinne der grundsätzlich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin den beiden obgenannten Unternehmen bis zum 12. Dezember 2003 weder Verfügungskonforme Angebote unterbreitet hatte (Dispositiv-Ziffer 2) noch bis zu diesem Zeitpunkt dem Sekretariat entsprechende, mit diesen abgeschlossene Vereinbarungen eingereicht hatte (Dispositiv-Ziffer 3).

Dass die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 50 KG ihre unzumutbaren Angebote aus geschäftspolitischen

Gründen (vgl. E. 3.3) zu ihrem eigenen Vorteil unternahm, bedarf keiner weiteren Erörterung. Diesbezüglich ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, die zu bestätigen sind (vgl. Ziff. 191 - 196 der angefochtenen Verfügung).

4.2.6 Soweit die Vorinstanz im Sinne der Rechtsprechung der Rekurskommission (vgl. deren Entscheid 01/FB-002 vom 7. März 2002, veröffentlicht in RPW 2002/2, S. 386 ff.) eine "subjektive Vorwerfbarkeit" der zu sanktionierenden Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin feststellt, ist dies nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Angesichts des Ausgangs des Untersuchungsverfahrens (vgl. E. 3.4) liegt es im Unterschied zur Vorinstanz näher, die am 12. Dezember 2003 den beiden Unternehmen unterbreiteten Angebote weniger als Ausfluss von "Organisationsverschulden" (vgl. Ziff. 201 der angefochtenen Verfügung) zu werten, denn als Ausfluss des strategischen Zieles, diese mittelfristig aus dem Markt zu drängen (und als Wettbewerberinnen kalt zu stellen). Dieses Vorgehen ist auch ohne Weiteres nachvollziehbar, zumal die Beschwerdeführerin offenbar ihren Rechtsstandpunkt, dass sie mangels Anwendbarkeit des KG die Sprenger Autobahnhof AG wie auch die Alternative Parking AG rechtmässig vom Flughafen verdrängen durfte, für kaum anfechtbar hielt und in diesem Sinn auf die Gutheissung ihrer vor der Rekurskommission hängigen Beschwerde vertraute (vgl. dazu den Entscheid der REKO/WEF FB/2003-18, a.a.O.).

Was die Beschwerdeführerin zu ihrer Rechtfertigung vorbringt, insbesondere hinsichtlich des Vertrauensschutzes vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass sie keine vertrauensschutzbegründenden Umstände geltend macht, ist nicht einsehbar, inwiefern die von der Vorinstanz bestrittene Auskunft eines Vizedirektors ihres Sekretariates - wenn sich diese Auskunft so zugetragen hätte, wie die Beschwerdeführerin behauptet - geeignet sein könnte, sanktionsbefreiende Wirkung zu entfalten. Steht nämlich fest, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Angeboten am 12. Dezember 2003 die vorsorglichen Massnahmen verletzte, und damit ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 50 KG zu gewärtigen hatte, konnte sie nicht in guten Treuen davon ausgehen, ein Vizedirektor des Sekretariats wäre ermächtigt, die Sanktionskompetenz der Wettbewerbskommission durch eine fallspezifische Zusicherungen auszusetzen. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern das von der Beschwerdeführerin erwähnte angebliche Telefongespräch hier "sanktionshemmende Wirkung" entfalten könnte.

4.2.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Angeboten vom 12. Dezember 2003 die vorinstanzliche Verfügung vom 1. Dezember 2003 zu ihrem Vorteil "verschuldetermassen" missachtet hat und insofern den Tatbestand von Art. 50 KG grundsätzlich erfüllt.

4.3 Schliesslich bleibt noch zu klären, ob sich die ausgefallte Sanktion von Fr. 248'000.- in betraglicher Hinsicht an den gesetzlichen Rahmen von Art. 50 KG hält:

4.3.1 Die Vorinstanz hält zur Bestimmung des Sanktionsbetrages fest, ihr pflichtgemässes Ermessen zur Festsetzung werde durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung eingeschränkt. Im Interesse der General- und Spezialprävention solle die

Sanktionshöhe für gleiche oder ähnliche Fälle abschreckend wirken. Obschon die SVKG an sich nur die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG regle, sei es aus sachlichen Gründen angezeigt, auch für die Sanktionsbemessung nach Art. 50 KG die in der SVKG vorgesehenen Bemessungsgrundsätze "mutatis mutandis per analogiam" herbeizuziehen, zumal die Formulierung des besagten Art. 50 KG bei der Revision dem neuen Art. 49a Abs. 1 KG angepasst worden sei.

Demnach sei für die konkrete Sanktionsbemessung von einem Basisbetrag auszugehen, der aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen sei, bevor danach erschwerende und mildernde Umstände zu berücksichtigen seien. Auch nach der analog anwendbaren Rechtsprechung der Rekurskommission sei die Bemessung von Verwaltungssanktionen der Gesamtheit der Umstände anzupassen, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten sei. Zudem können die Grösse und die wirtschaftliche Macht des betroffenen Unternehmens berücksichtigt werden. Daher sei zunächst der maximale Sanktionsbetrag zu bestimmen, der Unique auferlegt werden könnte. Innerhalb des Sanktionsrahmens sei dann ein Basisbetrag festzusetzen und dann der mutmassliche Gewinn, den Unique durch das unzulässige Verhalten erzielt habe, die Dauer und die Schwere des Verstosses sowie andere Strafzumessungskriterien nach der SVKG angemessen zu berücksichtigen. Trotz dieser gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien sei die Sanktionsbemessung nicht ein rein mathematisch-naturwissenschaftlich exakter Vorgang, sondern beinhalte eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

Die Obergrenze des Sanktionsrahmens liege bei 10 Prozent des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Dieser habe [...] Milliarden Franken betragen, weshalb sich die Maximalsanktion auf rund [...] Millionen Franken belaufe. Der massgebliche Basisbetrag betrage je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu zehn Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe. In der Verfügung vom 1. Dezember 2003 sei der relevante Markt vorläufig als "Markt für die Bereitstellung von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking für Flugpassagiere" definiert worden. Die Umsätze auf diesem Markt in den letzten drei Geschäftsjahren berechneten sich grundsätzlich durch eine Addition derjenigen Umsätze, welche Unique als Anbieterin von Flughafeneinrichtungen für "off Airport"-Parking mit den Nachfragern dieser Infrastruktur erzielt habe. Für die Berechnung der Umsätze mit der Alternative Parking AG in der "Umsatzlücke" von Mitte 2003 bis Ende 2004 sei zudem auf den Durchschnitt der erfassten 18 Monate (Zeitraum Januar 2002 bis Juni 2003) abzustellen. Dies ergebe einen massgebenden Umsatz von Unique von Fr. [...] und damit eine obere Grenze des Basisbetrags von Fr. 338'400.- (d.h. [...] % des in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielten Umsatzes).

Da Unique in Bezug auf die Alternative Parking AG ihre Pflicht nicht erfüllt habe und betreffend Sprenger Autobahnhof AG ihre Pflicht zu zwei Dritteln erfüllt habe, habe Unique "per Saldo" einen Drittel ihrer Pflicht erfüllt und

zwei Drittel nicht. Somit sei in Bezug auf das Kriterium er Art und Schwere des Verstosses die Sanktion um einen Drittel zu reduzieren und dementsprechend der Basisbetrag auf zwei Drittel der Obergrenze von zehn Prozent festzusetzen, das heisst auf 6.667 Prozent des Umsatzes, den Unique in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe, also Fr. 225'600.-. Ferner beeinflusse die Dauer des Gesetzesverstosses die Berechnung der Sanktionshöhe. Der im Jahresrhythmus um jeweils zehn Prozent zu erhöhende Basisbetrag sei hier um diesen Betrag anzuheben, nachdem die relevante Zeitdauer mehr als ein, aber weniger als zwei Jahre ausmache. In Bezug auf allenfalls erschwerende oder mildernde Umstände bestünden keine Indizien für einen über den "Normalgewinn" erzielten besonders hohen Gewinn, der "straferhöhend" zu berücksichtigen wäre. Da Unique weder ein wiederholter

Verstoss, noch eine Verweigerung der Kooperation, noch eine Behinderung des Verfahrens vorgeworfen werden könne, seien erschwerende Umstände nicht ersichtlich. Aber auch mildernde Umstände lägen nicht vor. Aufgrund der Änderungen von Art. 50 KG (ab 1. April 2004) sei die Sanktion für den Zeitraum vor und nach dem 1. April 2004 gesondert zu berechnen, wobei für die Zeit nach dem 1. April 2004 zwingend das neue Recht massgebend sei. Für die Zeit zuvor wäre aufgrund des Rückwirkungsverbots das alte Recht anwendbar. Die Anwendung des neuen Rechts auf diese Zeitspanne führe aber zu keiner zusätzlichen Erhöhung der Sanktion, weshalb das neue Recht als *lex mitior* zu betrachten sei. Somit sei die Sanktion gestützt auf die revidierte Fassung von Art. 50 KG (i.V.m. der SVKG) einheitlich zu beurteilen und wie folgt zu berechnen (Beträge in Fr.):

Maximalhöhe der Sanktion (Art. 50 KG)		169'986'800.-
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG):		338'400.-
Berücksichtigung der Schwere (Art. 3 SVKG):	- 33.33%	- 112'800.-
Basisbetrag (Art. 3 SVKG):		= 225'600.-
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 10%	+ 22'560.-
mutmasslicher Gewinn (Art. 50 KG, Art. 2 und Art. 5 Abs. 1 Bst. B SVKG):	+/- 0%	
erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG):	+/- 0%	
Total (gerundet):		248'000.-

4.3.2 Dieses Vorgehen hält die Beschwerdeführerin für unzulässig, ohne jedoch im Einzelnen vertiefend zu erörtern, weshalb die Bemessung der ausgesprochenen Sanktion gesetzeswidrig sein soll. Die Beschwerdeführerin begnügt sich im Ergebnis mit der Aussage, dass sie die Höhe der Sanktion bestreite und die von der Vorinstanz verwendeten Umsatzzahlen aus den letzten drei Geschäftsjahren für falsch halte, da sie nicht von ihr stammten.

4.3.3 Vorab fällt auf, dass sich die Beschwerdeführerin auf lediglich einer Seite ihrer 92 Seiten starken Beschwerde mit den Berechnungsgrundlagen der Sanktionsbemessung auseinandersetzt und es auch grundsätzlich unterlässt, ihre diesbezüglichen Rügen zu substantizieren.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nach Sichtung der Unterlagen keine Hinweise gefunden, welche die von der Wettbewerbskommission verwendeten Zahlengrundlagen zu den Umsätzen ernsthaft in Frage stellen würden. Im Gegenteil ist vielmehr auf diese von der Vorinstanz bei der Beschwerdeführerin wie auch bei der Sprenger Autobahnhof AG und der Alternative Parking AG erhobenen Daten abzustellen. Nichts anderes ergibt sich, wenn die in der zweiten Verfügung vom 18. September 2006 nunmehr rechtskräftig ausgesprochene Sanktion von Fr. 101'000.- und deren Bemessung mit derjenigen der hier angefochtenen Verfügung verglichen wird (vgl. die Ziff. 249 f. der vorinstanzlichen Verfügung vom 18. Septem-

ber 2006, a.a.O.). Den nachvollziehbaren Erläuterungen in dieser (zweiten) Sanktionsverfügung (Ziff. 249, FN 365, a.a.O.) lässt sich entnehmen, dass im ersten Sanktionsverfahren die höheren Umsatzzahlen der Jahre 2002-2004 zu Grunde gelegt wurden, weshalb auch der Basisbetrag der Sanktion in diesem Verfahren höher ausfallen musste als im zweiten, am 18. September 2006 abgeschlossenen Sanktionsverfahren, in dem die Fortführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens nach dem 1. April 2004 zu beurteilen war.

4.3.4 Zwar mag in der Tat in rechtlicher Hinsicht zutreffen, dass in casu nicht die neurechtliche Formulierung von Art. 50 KG zum Tragen kommt, sondern die bis am 31. März 2004 gültige Fassung (AS 1996 546), wonach das zu sanktionierende Unternehmen mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns zu belasten ist, wobei die Belastung bis zu 10 Prozent seines letzten Jahresumsatzes in der Schweiz beträgt, falls dieser Gewinn nicht feststellbar oder schätzbar sein sollte.

In diesem Zusammenhang ist der Vorinstanz auch nicht zu folgen, soweit sie einen Sanktionsbetrag für das Verhalten der Beschwerdeführerin vor dem 1. April 2004 und zusätzlich einen für das Verhalten nach diesem Datum ausscheidet. Richtig ist, dass im vorliegenden Fall die sanktionsbegründende Verletzungshandlung seit dem 12. Dezember 2003 abgeschlossen ist (vgl. E. 4.2) und die Fortdauer des wettbewerbswidrigen, von der Be-

schwerdeführerin verschuldeten Zustandes einzig als Kriterium für die Bemessung der Höhe der Sanktion berücksichtigt werden könnte, wobei nicht zwei unterschiedliche Teilbeträge zu unterscheiden wären, wie die Vorinstanz annimmt. Als sachgerechter erscheint es, diese Fortdauer unter dem Gesichtspunkt der "Schwere" zu subsumieren, zumal die wettbewerbssichernden Massnahmen der Vorinstanz nicht rechtzeitig befolgt wurden, weshalb insbesondere der Alternative Parking AG (in liq.) das Ausscheiden aus dem Markt nicht erspart werden konnte.

Andererseits ist hier die Frage einer analogen Anwendung der SVKG im Sinne der Vorinstanz zu beantworten, zumal die Rekurskommission - mit einer für das Bundesverwaltungsgericht einleuchtenden Begründung - eine rationale, differenzierte Bemessungsweise für Sanktionen vorschreibt (vgl. den Entscheid der REKO/WEF 01/FB-002, a.a.O.) und hier die Vorinstanz eine sorgfältige Gewichtung der einzelnen Bemessungskriterien in nachvollziehbarer Weise vorgenommen hat, auch wenn hier weniger das Kriterium der "Dauer" als das Kriterium der "Schwere" gegeben war.

4.3.5 Veranschlagt man ferner den Rahmen der Sanktionsbemessung, welcher die altrechtliche Fassung von Art. 50 KG hier ermöglicht, mit der differenziert begründeten Sanktionsbemessung der Vorinstanz, so fallen die hier angesichts der besonderen Umstände ausfällbaren Sanktionsbeträge nicht wesentlich auseinander. Zuzustimmen ist der Vorinstanz jedenfalls, dass sich ein Gewinn, welcher der Beschwerdeführerin auf Grund ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens zugeflossen sein könnte, schwer bestimmen lässt und deshalb diese Frage offen gelassen werden kann.

In betraglicher Hinsicht fällt auf, dass die Sanktion von Fr. 248'000.- auch deshalb nicht als unangemessen erscheint, wenn diese Summe in Relation gesetzt wird zur [...] Auskaufssumme, welche die Beschwerdeführerin im Rahmen der einvernehmlichen Regelung den Aktionären der Alternative Parking AG bezahlt hat, nachdem dieses Unternehmen wegen des Verhaltens der Beschwerdeführerin aus dem Markt ausscheiden musste und sich nunmehr in Liquidation befindet.

Per saldo lässt sich die Höhe der hier strittigen Sanktion nicht beanstanden, nachdem keine Umstände ersichtlich sind, welche das Bundesverwaltungsgericht veranlassen würden, in den Ermessensbereich der Vorinstanz einzugreifen.

Die hier strittige Ermessensbetätigung der Wettbewerbskommission ist durch das Bundesverwaltungsgericht auch um so weniger zu hinterfragen, als sich die Beschwerdeführerin im Laufe des Untersuchungsverfahrens schliesslich kooperativ zeigte, ihren Kartellgesetzmissbrauch einstellte und sich der weiteren Sanktionssumme

von Fr. 101'000.- unterzog, mit der sie - für ihr ab 1. April 2004 fortdauerndes wettbewerbswidriges Verhalten - belegt worden war (vgl. die Ziff. 213 ff., 233, 255 der Sanktionsverfügung vom 18. September 2006, a.a.O.).

5.

Nach dem Gesagten verletzt die strittige Sanktion weder in grundsätzlicher Hinsicht noch in betragsmässiger Höhe Bundesrecht.

Die Beschwerde ist deshalb als unbegründet abzuweisen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 63 Abs. 5 VwVG sowie Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von Fr. 248'000.- sowie Verfahrenskosten von Fr. [...] zu Lasten der Beschwerdeführerin) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf Fr. 5'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese Gebühr wird - nach Rechtskraft des Urteils - mit dem am 13. Februar 2006 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet, weshalb die Beschwerdeführerin innert 30 Tagen nach diesem Zeitpunkt noch Fr. 2'000.- wird nachzahlen müssen. Unter diesen Umständen fällt eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Weder die Sprenger Autobahn AG noch die Alternative Parking AG (in liq.) gelten in diesem Verfahren als Beschwerdegegnerinnen beziehungsweise als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG (vgl. E. 1.4). Insofern ist es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt, ihnen angesichts dieses Prozessausgangs gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG (bzw. Art. 7 ff. VGKE) zu Lasten der unterliegenden Beschwerdeführerin je eine Parteientschädigung für die erwachsenen Kosten der Vertretung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde der Flughafen Zürich AG vom 3. Februar 2006 wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Eröffnung]

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 1	Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni
D 1	1. Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden¹

Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007

Die Wettbewerbskommission erlässt die folgende allgemeine Bekanntmachung in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) kann die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Wenn ein Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit es erfordert, kann sie in analoger Anwendung von Art. 6 KG auch andere Grundsätze der Rechtsanwendung in allgemeinen Bekanntmachungen veröffentlichen.

(2) Vertikale Vereinbarungen können die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen, weil sie eine bessere Koordination zwischen den beteiligten Unternehmen ermöglichen. Sie können insbesondere die Transaktions- und Distributionskosten der Beteiligten verringern und deren Umsätze und Investitionen optimieren.

(3) Die Wahrscheinlichkeit, dass derartige effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als wettbewerbsschädliche Wirkungen, die von Beschränkungen in vertikalen Abreden verursacht werden, hängt abgesehen von bestimmten Arten schwerwiegender wettbewerbsschädigender Beschränkungen von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und somit vom Ausmass des Wettbewerbs zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) ab.

(4) Im Rahmen der KG-Revision 2003 wurden mit dem Art. 5 Abs. 4 KG neue Tatbestände eingeführt mit dem Ziel, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb zu fördern. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des Wettbewerbs bei der Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (Preisbindungen zweiter Hand) oder bei gebietsab-

schottenden Klauseln, die ein Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden statuieren, vermutet. Unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen auch als Preisempfehlungen gekennzeichnete Preisbindungen zweiter Hand (Ziffer 10 (1) sowie Ziffer 11).

(5) Mit der vorliegenden Bekanntmachung gibt die Wettbewerbskommission bekannt, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und die Erheblichkeit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilen wird.²

(6) Ziffer 10 (2) konkretisiert die Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wie folgt: Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden. Die Gründe hierfür sind die Folgenden: Erstens entspricht diese Regel dem in den parlamentarischen Beratungen ausgedrückten Willen des Gesetzgebers.³ Zweitens geht die Wettbewerbskommission bei den von Art. 5 Abs. 4 KG erfassten Tatbeständen davon aus, dass die damit verbundenen wettbewerbsschädlichen Wirkungen die effizienzsteigernden Wirkungen überwiegen. Drittens entspricht dieser Ansatz der Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche insbesondere Preisbindungen zweiter Hand und gebietsabschottende Klauseln grundsätzlich verbietet.

(7) Ziffer 12 zeigt auf, welche Abreden unabhängig vom Marktanteil der Beteiligten als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung betrachtet werden. Nach Massgabe von Ziffer 14 muss die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung – mit Ausnahme von Abreden gemäss Ziffer 13 – bei allen anderen Abreden im Einzelfall überprüft werden.

(8) Ziffer 13 macht deutlich, dass in der Regel keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, falls die Marktanteilsschwelle von 15% nicht überschritten

¹ Massgebend ist der im Bundesblatt zu veröffentlichende Text.

² Vgl. Prüfschema für die Beurteilung von vertikalen Abreden in Anhang 1.

³ Vgl. Medienmitteilungen WAK-S und WAK-N vom 31. Januar 2003 bzw. 30. April 2003 betreffend vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, abrufbar unter www.parlament.ch [2. Juli 2007].

wird und sich die Abrede nicht kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt auswirkt (Bagatelldfälle). Wird die Marktanteilsschwelle von 15% überschritten oder wirkt sich die Abrede kumulativ mit anderen Abreden auf den Markt aus, wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall geprüft.

(9) Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden und liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. In Ziffer 15 werden die Voraussetzungen umschrieben, unter denen vertikale Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG in der Regel als gerechtfertigt gelten. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig. Wird der wirksame Wettbewerb gemäss Art. 5 Abs. 4 KG beseitigt, können keine Effizienzgründe geltend gemacht werden.

(10) Ziffer 9 (2) bringt zum Ausdruck, dass Wettbewerbsabreden, an denen Kleinunternehmen i.S. der Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung vom 19. Dezember 2005 (KMU-Bekanntmachung⁴) beteiligt sind, den Wettbewerb nur bei Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG erheblich beeinträchtigen.

(11) Die vorliegende Bekanntmachung lehnt sich an 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) sowie die Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl 2000 C 291/1) an. Sie berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen.

(12) Diese Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen.

A. BEGRIFFE

Ziffer 1 Vertikale Wettbewerbsabreden

Erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG) von Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche die Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können.

Ziffer 2 Aktiver Verkauf

Die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat.

Ziffer 3 Passiver Verkauf

Die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet

oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden.

Ziffer 4 Selektive Vertriebssysteme

(1) Allgemein

Vereinbarungen zwischen Lieferant und Händler, wonach

i) der Lieferant die Vertragswaren oder –dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und

ii) diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

(2) Rein qualitativer Selektivvertrieb

Vertriebssystem, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach den Anforderungen des betreffenden Produkts – z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung, den in der Verkaufsstätte gebotenen Service oder ein bestimmtes Spektrum der angebotenen Produkte – richten.

Ziffer 5 Querlieferungen

Die gegenseitige Belieferung von Händlern gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems.

Ziffer 6 Wettbewerbsverbote

Alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen, die den Käufer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen. Des Weiteren alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Käufers, mehr als 80% seiner auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten gesamten Einkäufe von Vertragswaren oder -dienstleistungen sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Lieferanten oder einem anderen vom Lieferanten bezeichneten Unternehmen zu beziehen.

Ziffer 7 Know-how

Eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die der Lieferant durch Erfahrung und Erprobung gewonnen hat und die

i) geheim, d.h. nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich sind,

ii) wesentlich, d.h. für die Verwendung, den Verkauf oder den Weiterverkauf der Vertragswaren oder –dienstleistungen unerlässlich sind, und

iii) identifiziert sind, d.h. umfassend genug beschrieben sind, so dass überprüft werden kann, ob die Merkmale „geheim“ und „wesentlich“ erfüllt sind.

⁴ Abrufbar unter www.weko.admin.ch.

B. REGELN

Ziffer 8 Geltungsbereich

(1) Diese Bekanntmachung gilt für vertikale Wettbewerbsabreden.

(2) Die Anwendung der vorliegenden Bekanntmachung schliesst nicht aus, dass ein Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert oder von Art. 7 KG erfasst wird. Diesfalls ist der Sachverhalt unabhängig von der vorliegenden Bekanntmachung gemäss den einschlägigen Vorschriften des Kartellgesetzes zu beurteilen.

(3) Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen.

(4) Vereinbarungen, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, fallen mangels erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs grundsätzlich nicht unter diese Bekanntmachung, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind:

i) Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;

ii) Die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden;

iii) Die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Ziffer 9 Verhältnis zu anderen Bekanntmachungen

(1) Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel vom 21. Oktober 2002 (Kfz-Bekanntmachung⁵) geht dieser Bekanntmachung vor. Soweit sich die Kfz-Bekanntmachung nicht äussert, sind die Vorschriften dieser Bekanntmachung anwendbar.

(2) Diese Bekanntmachung geht der KMU-Bekanntmachung grundsätzlich vor. Davon ausgenommen ist Ziffer 5 Bst. b der KMU-Bekanntmachung betreffend Kleinstunternehmen.

Ziffer 10 Vermutungstatbestände

(1) Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen. Als solche gelten auch in Empfehlungsform gekleidete

Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen.

b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden).

(2) Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden.

(3) Auch wenn die Vermutung widerlegt wird, führen die in Ziffer 10 (1) genannten vertikalen Wettbewerbsabreden zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

Ziffer 11 Preisempfehlungen von Herstellern und Lieferanten

(1) Bei Preisempfehlungen von Herstellern oder Lieferanten an Weiterverkäufer oder Händler ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt.

(2) Bei dieser Prüfung fallen insbesondere die nachstehenden Umstände ins Gewicht:

a) der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler;

b) der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind;

c) der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalogen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;

d) der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;

e) der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt werden.

Ziffer 12 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Gegenstandes

Vertikale Wettbewerbsabreden führen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

a) Direkte oder indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen für den Weiterverkauf;

b) Direkte oder indirekte Beschränkung des geografischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises für den Weiterverkauf. Eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes liegt jedoch nicht vor bei

⁵ Abrufbar unter www.weko.admin.ch.

- i) Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, vorausgesetzt dass Passivverkäufe uneingeschränkt möglich sind;
 - ii) Beschränkungen des Direktverkaufs von Grossisten an Endverbraucher;
 - iii) Beschränkungen, die Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems hinsichtlich des Verkaufs an nicht zugelassene Händler auferlegt werden;
 - iv) Beschränkungen der Möglichkeit des Käufers, Bestandteile, die ihm der Lieferant zur Einfügung in andere Produkte liefert, an Dritte weiterzuverkaufen, welche diese Bestandteile zur Herstellung von Konkurrenzprodukten verwenden.
- c) Beschränkungen des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher, sofern diese Beschränkungen Händlern innerhalb selektiver Vertriebssysteme auferlegt werden, welche auf der Einzelhandelsstufe tätig sind;
- d) Beschränkungen von Querlieferungen zwischen Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, auch wenn diese auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind;
- e) Beschränkungen, die den Lieferanten hindern, Bestand- bzw. Ersatzteile an andere (Endverbraucher, Reparaturwerkstätten, etc.) als den an der Abrede beteiligten Händlern zu liefern;
- f) Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden. Die Begrenzung auf fünf Jahre gilt nicht, sofern der Käufer die Vertragswaren oder -dienstleistungen in den Räumlichkeiten und auf Grundstücken des Verkäufers (Eigentum oder Miete/Pacht) anbietet;
- g) Wettbewerbsverbote, die für mehr als ein Jahr nach Beendigung der vertikalen Wettbewerbsabrede vereinbart werden. Dies gilt nicht, wenn das Wettbewerbsverbot
- i) sich auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen,
 - ii) sich auf Räumlichkeiten und Grundstücke beschränkt, von denen aus der Käufer während der Vertragsdauer seine Geschäfte betrieben hat und es
 - iii) unerlässlich ist, um ein dem Käufer vom Lieferanten übertragenes Know-how zu schützen.
- Die Beschränkung der Nutzung und Offenlegung von nicht allgemein bekannt gewordenem Know-how bleibt zeitlich unbegrenzt möglich;
- h) Einschränkungen von Mehrmarkenvertrieb in selektiven Vertriebssystemen, welche sich gezielt auf Marken bestimmter konkurrierender Lieferanten beziehen.

Ziffer 13 Unerhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund der Marktanteile

(1) Vertikale Wettbewerbsabreden, welche nicht unter Ziffer 10 (3) oder Ziffer 12 fallen, führen in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wenn kein an einer vertikalen Wettbewerbsabrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15% überschreitet.

(2) Wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird, wird die in Ziffer 13 (1) genannte Marktanteilsschwelle auf 5% herabgesetzt. In der Regel liegt kein kumulativer Abschottungseffekt vor, wenn weniger als 30% des relevanten Marktes von gleichartigen, nebeneinander bestehenden vertikalen Vertriebsnetzen abgedeckt werden.

Ziffer 14 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall

Bei allen anderen Abreden sowie bei den in Ziffer 12 genannten Ausnahmen muss die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Einzelfall überprüft werden. Dies gilt namentlich für selektive Vertriebsverträge, welche die Voraussetzungen von Ziffer 8 (4) nicht erfüllen.

Ziffer 15 Rechtfertigung

(1) Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig.

(2) Abreden gelten in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder -dienstleistungen verkauft, 30% nicht überschreitet. Davon ausgenommen sind Abreden nach Ziffer 12 und Abreden, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirken und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen.

(3) Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, die von Ziffer 15 (2) nicht erfasst werden, unterliegen einer Einzelfallprüfung. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist.

(4) Unternehmen können im Rahmen der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe namentlich Folgendes geltend machen:

a) Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte;

b) Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte;

c) Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem);

d) Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmaßnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem);

e) Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung);

f) Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how;

g) Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden.

Ziffer 16 Publikation

Diese Bekanntmachung wird im Bundesblatt veröffentlicht (Art. 6 Abs. 3 KG).

Ziffer 17 Aufhebung der bisherigen Bekanntmachung

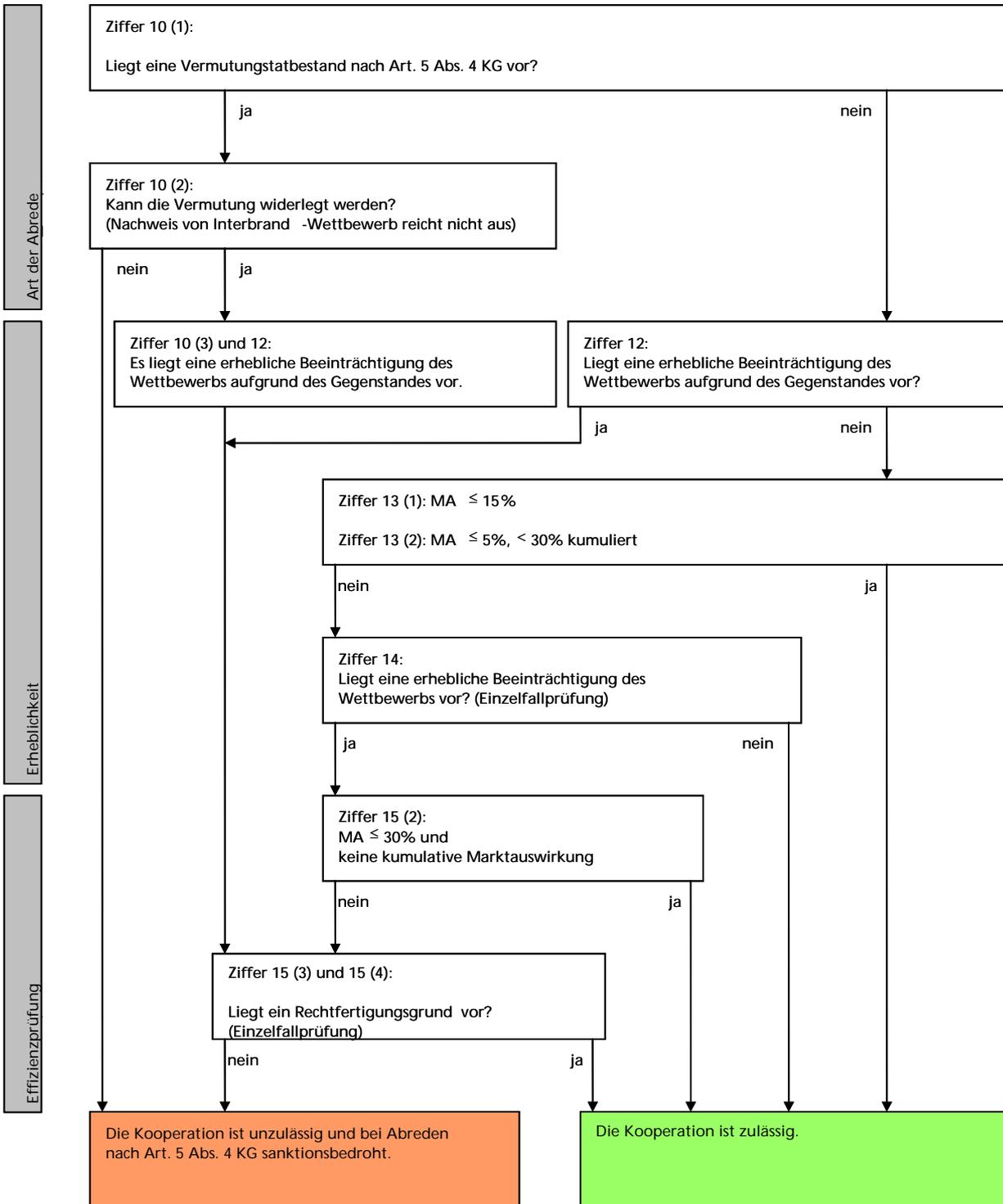
Mit dem Inkrafttreten dieser Bekanntmachung wird die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002⁶ aufgehoben.

Ziffer 18 Inkrafttreten

Diese Bekanntmachung tritt am 1. Januar 2008 in Kraft.

⁶ Abrufbar unter www.weko.admin.ch.

Anhang 1: Prüfschema für die Beurteilung von vertikalen Abreden



MA: Marktanteil

D 1

2. Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹

Décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente communication:

(1) Conformément à l'art. 6 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application par analogie de l'art. 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.

(2) Les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique au sein d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties, ainsi qu'assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.

(3) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend, sous réserve de certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, de l'intensité de la concurrence exercée par les fournisseurs de différentes marques (concurrence intermarques).

(4) Dans le cadre de la révision de la Loi sur les cartels de 2003, de nouveaux états de fait ont été introduits dans la loi, à l'art. 5 al. 4 LCart, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente, le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence intramarque. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, la suppression de la concurrence efficace est présumée par l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ou de clauses contractuelles qui cloisonnent un territoire en interdisant les ventes passives aux revendeurs ou aux clients finals. Le fait d'imposer une recommandation de prix constitue également un prix de revente visé par l'art. 5 al. 4 LCart (cf. chiffre 10 (1) ainsi que chiffre 11).

(5) Par la présente communication, la Commission de la concurrence indique les critères sur la base desquels elle appréciera la présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et le caractère notable de l'affectation de la concurrence à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart.²

(6) Le chiffre 10 (2) concrétise le renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart: la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut pas

être renversée par la simple preuve d'une concurrence intermarques. Ceci pour les raisons suivantes: premièrement, le législateur s'est exprimé dans ce sens lors des débats parlementaires³. Deuxièmement, la Commission de la concurrence estime que les effets anticoncurrentiels des états de faits visés à l'art. 5 al. 4 LCart l'emportent sur les gains d'efficacité. Troisièmement, cette approche est conforme à la pratique des autorités européennes de concurrence, laquelle, en particulier, interdit en principe les prix de revente imposés et les restrictions territoriales absolues.

(7) Le chiffre 12 énumère les accords verticaux qui affectent la concurrence de manière notable indépendamment des parts de marché des participants. Le chiffre 14 prévoit que la notabilité d'une restriction à la concurrence doit – à l'exception des accords visés au chiffre 13 – être examinée, au cas par cas, pour tous les autres accords.

(8) Le chiffre 13 précise qu'en règle générale, la concurrence n'est pas affectée de manière notable lorsque le seuil de 15% de parts de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15% de parts de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif, l'atteinte à la concurrence doit être examinée au cas par cas.

(9) Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si la restriction à la concurrence peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. Le chiffre 15 décrit les conditions auxquelles des restrictions verticales peuvent, en règle générale, être justifiées par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. A défaut de motifs d'efficacité économique, l'accord est illicite. Si la concurrence efficace est supprimée au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, il n'est pas possible d'invoquer des motifs d'efficacité économique.

(10) Le chiffre 9 (2) énonce, pour sa part, que des accords auxquels participent des microentreprises au sens de la Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005 (Communication PME)⁴, n'affectent de manière notable la concurrence que dans les cas visés à l'art. 5 al. 4 LCart.

¹ Le texte publié à la Feuille fédérale fait foi.

² Cf. schéma pour l'appréciation des accords verticaux en annexe.

³ Cf. communiqués de presse de la CER-E et de la CER-N du 31 janvier 2003 et du 30 avril 2003 concernant les accords verticaux selon l'art. 5 al. 4 LCart. Disponibles sous www.parlement.ch [2 juillet 2007].

⁴ Disponible sous www.comco.ch.

(11) La présente communication s'inspire du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 1999 L 336/21) ainsi que des lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2000 C 291/1). Elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse.

(12) Cette communication ne lie pas les tribunaux civils, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.

A. Définitions

Chiffre 1 Accords verticaux

Les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre des biens ou des services.

Chiffre 2 Ventes actives

Le fait de prospecter des clients individuels (clients finals ou revendeurs) à l'intérieur d'un territoire ou parmi une clientèle qui sont réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre revendeur.

Chiffre 3 Ventes passives

Le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou revendeurs) établis sur un territoire ou faisant partie de la clientèle qui sont réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre revendeur, en assurant la livraison des biens ou la prestation des services demandés par ces clients.

Chiffre 4 Système de distribution sélective

(1) En général

Une convention entre le fournisseur et le revendeur selon laquelle:

- i) le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des revendeurs, sélectionnés sur la base de critères prédéfinis (revendeurs agréés) et
- ii) ces revendeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des revendeurs non agréés.

(2) Distribution sélective purement qualitative

Système de distribution dans lequel le choix des revendeurs se fait exclusivement sur la base de critères qualitatifs objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente ou l'assortiment des produits vendus.

Chiffre 5 Livraisons croisées

Les livraisons réciproques entre revendeurs opérant à des échelons du marché identiques ou différents au sein d'un système de distribution sélective.

Chiffre 6 Obligation de non-concurrence

Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels. De plus, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Chiffre 7 Savoir-faire

Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont

- i) secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii) substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels, et
- iii) identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

B. Règles

Chiffre 8 Champ d'application

(1) Cette communication est applicable aux accords verticaux.

(2) L'application de la présente communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'art. 5 al. 3 LCart ou tombe sous le coup de l'art. 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

(3) Cette communication ne s'applique pas aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de tels accords et que ces dispositions ne soient pas directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

(4) Les accords ayant pour objet un système de distribution sélectif purement qualitatif, ne relèvent pas de cette communication, faute d'effets anticoncurrentiels, pour autant que trois conditions cumulatives soient remplies:

i) la nature du produit en question doit nécessiter un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;

ii) les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;

iii) les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

Chiffre 9 Relations avec d'autres communications

(1) La communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile du 21 octobre 2002 (CommAuto⁵) prime la présente communication. A défaut de disposition dans la CommAuto, la présente communication s'applique.

(2) La présente communication prime, en principe, la communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005 (communication PME), à l'exception du chiffre 5 let. b de la communication PME concernant les microentreprises.

Chiffre 10 Présomptions légales

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont pour objet:

a) la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe. Cette règle vaut aussi pour les accords en matière de concurrence qui revêtent la forme de recommandations de prix de vente, mais qui fixent un prix minimal ou fixe;

b) l'attribution d'un territoire, lorsque les ventes par d'autres revendeurs non établis sur le territoire y sont exclues (interdiction de ventes passives à des revendeurs ou à des clients finals).

(2) La présomption de suppression de la concurrence ne peut pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).

(3) Même si la présomption est renversée, les accords verticaux mentionnés au chiffre 10 (1) affectent la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Chiffre 11 Recommandations de prix par des producteurs et fournisseurs

(1) En cas de recommandations de prix adressées par des producteurs ou fournisseurs à des revendeurs ou commerçants, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart.

(2) Dans cette appréciation, seront notamment pris en compte le fait que:

a) les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou commerçants;

b) les recommandations de prix s'accompagnent de pressions sur les commerçants pour faire respecter celles-ci ou d'incitations;

c) les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues, etc., ne soient pas expressément désignées comme non-contraignantes;

d) le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;

e) les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou commerçants.

Chiffre 12 Notabilité en raison de l'objet de l'accord

Les accords verticaux affectent la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart lorsqu'ils:

a) fixent de façon directe ou indirecte un prix de vente minimal ou fixe;

b) limitent directement ou indirectement le territoire ou le cercle de la clientèle de revente, sauf si les restrictions:

i) limitent les ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre acheteur, à condition que les ventes passives soient possibles sans restriction;

ii) limitent les ventes directes par des grossistes aux consommateurs finals;

iii) limitent les ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux revendeurs non agréés;

iv) limitent la capacité de l'acheteur de vendre à des tiers des composants livrés par un fournisseur lorsque ces composants pourraient être incorporés dans des produits concurrents.

c) limitent les ventes actives ou passives à des utilisateurs finals, dans la mesure où cette limitation est imposée à des revendeurs au sein d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché;

d) limitent les livraisons croisées entre revendeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, même si ces revendeurs opèrent à des stades différents du commerce;

e) empêchent le fournisseur de livrer des composants ou des pièces de rechange à des tiers (consommateur final, atelier de réparation, etc.) qui ne sont pas des commerçants parties à l'accord;

f) contiennent une obligation de non-concurrence d'une durée indéterminée ou qui dépasse cinq ans.

⁵ Disponible sous www.comco.ch.

Cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur dans des locaux et sur des terrains du fournisseur (propriété ou location/bail);

g) contiennent une obligation de non-concurrence de plus d'une année après l'expiration de l'accord vertical. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'obligation de non-concurrence:

i) concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels,

ii) est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat, et

iii) est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur.

La restriction de l'utilisation et de la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public demeure possible pour une durée indéterminée.

h) restreignent le multi-marquisme dans un système de distribution sélective en interdisant la vente de produits de fournisseurs concurrents déterminés.

Chiffre 13 Absence de notabilité en raison des parts de marché

(1) Les accords verticaux, ne tombant pas sous le chiffre 10 (3) ou chiffre 12, ne visent ou n'entraînent en règle générale pas de restriction notable à la concurrence lorsque aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15% sur un marché concerné par l'accord.

(2) Lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux d'accords verticaux produisant des effets similaires, le seuil visé au chiffre 13 (1) est abaissé à 5%. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30% du marché en cause est couvert par des réseaux parallèles ayant des effets similaires.

Chiffre 14 Affectation notable à la concurrence au cas par cas

Pour tous les autres accords ainsi que pour les exceptions mentionnées au chiffre 12, le caractère notable de la restriction doit être examiné au cas par cas. Cela vaut en particulier pour les contrats de distribution sélective qui ne remplissent pas les conditions du chiffre 8 (4).

Chiffre 15 Motifs justificatifs

(1) Si un accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'art. 5 al. 2 LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

(2) En règle générale, les accords sont réputés justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels ne dépasse pas 30%. Sont exclus de cette ré-

gle, les accords visés au chiffre 12 ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage et affectant la concurrence de manière notable.

(3) Les accords affectant la concurrence de manière notable et qui ne sont pas visés par le chiffre 15 (2), sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou une baisse des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

(4) Les entreprises peuvent faire valoir au titre des motifs d'efficacité économique de l'art. 5 al. 2 LCart, en particulier, les justifications suivantes:

a) la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;

b) la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;

c) la protection des investissements spécifiques à une relation commerciale qui ne seraient pas réalisés en l'absence des clauses contractuelles en cause, en raison du risque de pertes considérables (problème de renonciation à certains investissements ou hold-up);

d) la lutte contre un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peuvent survenir lorsqu'un producteur ou revendeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou revendeur (problème du parasitisme);

e) le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le revendeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);

f) l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;

g) la garantie d'engagements financiers (par ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Chiffre 16 Publication

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6 al. 3 LCart).

Chiffre 17 Abrogation de la communication précédente

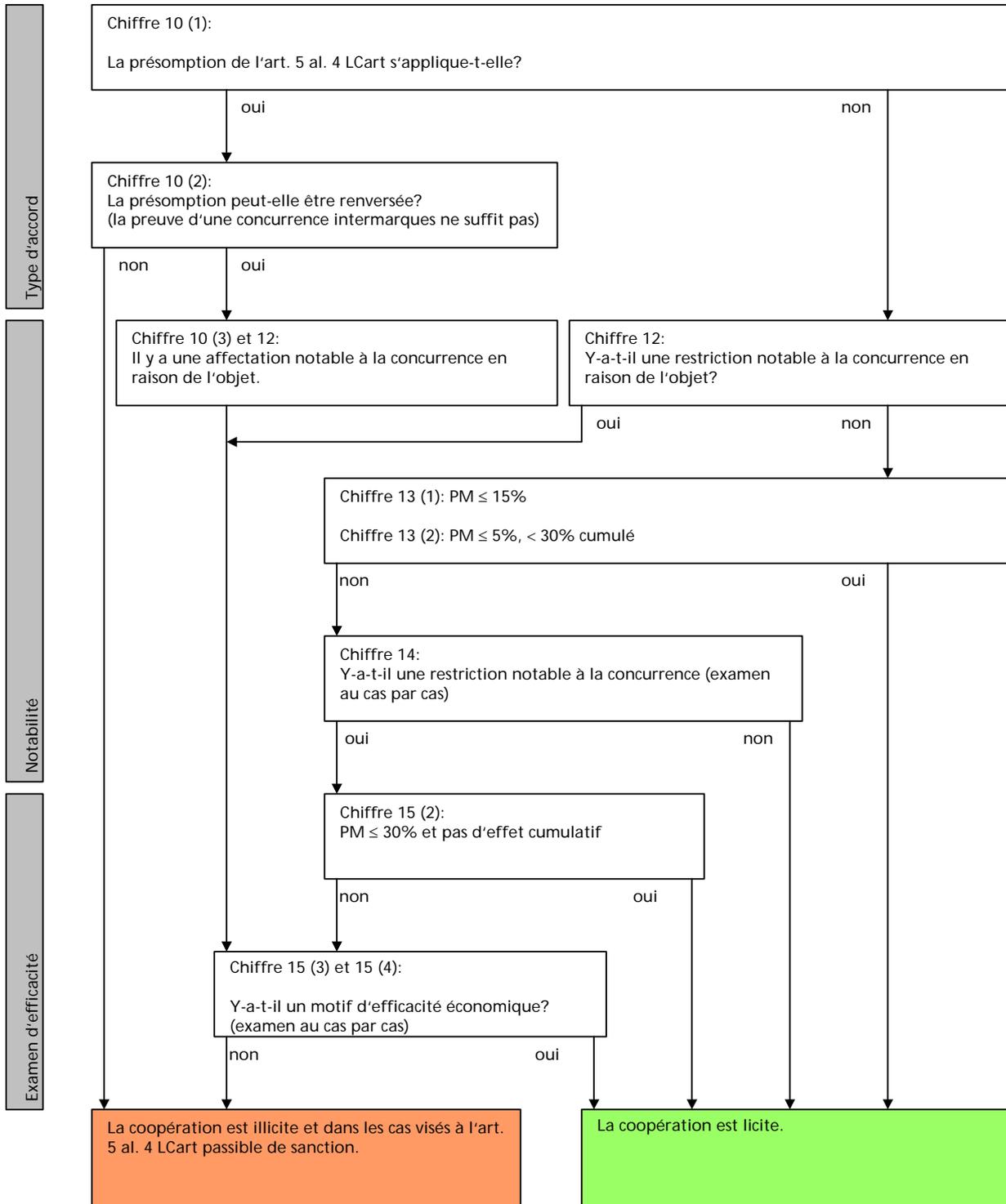
La présente communication abroge, dès son entrée en vigueur, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 18 février 2002⁶.

Chiffre 18 Entrée en vigueur

La présente communication entre en vigueur le 1er janvier 2008.

⁶ Disponible sous www.comco.ch.

Annexe Schéma pour l'appréciation des accords verticaux



PM Parts de marché

D 1	3. Comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza¹
-----	---

Decisione della Commissione della concorrenza del 2 luglio 2007

Considerate le ragioni illustrate di seguito, la Commissione della concorrenza pubblica la presente comunicazione:

(1) Ai sensi dell'art. 6 della Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (LCart; RS 251), la Commissione della concorrenza può descrivere nelle comunicazioni le esigenze in virtù delle quali gli accordi in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'art. 5 cpv. 2 LCart. Applicando per analogia l'art. 6 LCart, la Comco può pubblicare nelle comunicazioni anche altri principi riguardanti l'applicazione della legge, quando sussiste il bisogno di una maggiore sicurezza giuridica.

(2) Gli accordi verticali possono aumentare l'efficienza economica all'interno di una catena di produzione o di distribuzione, poiché permettono un migliore coordinamento tra le imprese interessate. In particolare essi possono ridurre i costi di transazione e di distribuzione delle parti in questione nonché ottimizzarne la cifra d'affari e gli investimenti.

(3) Se si prescinde da determinati tipi di limitazioni che intralciano notevolmente la concorrenza, la probabilità che tali effetti di aumento dell'efficienza prevalgano sugli eventuali effetti anticoncorrenziali delle limitazioni causate dagli accordi verticali dipende dal potere di mercato delle imprese interessate e, di conseguenza, dall'intensità della concorrenza esercitata dai fornitori di diverse marche (concorrenza "interbrand").

(4) Nel 2003, nel quadro della revisione della LCart, sono state inserite, con l'art. 5 cpv. 4 LCart, nuove fattispecie allo scopo di impedire imposizioni di prezzi di rivendita e compartimentazioni del mercato svizzero nonché di promuovere la concorrenza sul mercato interno. Secondo l'art. 5 cpv. 4 LCart, la soppressione della concorrenza è presunta nel caso in cui si convengono prezzi minimi o fissi (imposizione di prezzi di rivendita) o se si prevedono clausole che escludono determinate zone e che stabiliscono un divieto della vendita passiva a commercianti o a clienti finali. Nell'art. 5 cpv. 4 LCart rientrano anche le imposizioni di prezzi di rivendita sotto forma di raccomandazioni di prezzo (cifra 10 (1) e cifra 11).

(5) Con la presente comunicazione, la Commissione della concorrenza rende noti i criteri secondo cui valuterà la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace ai sensi dell'art. 5 cpv. 4 LCart e l'incidenza dell'intralcio alla luce dell'art. 5 cpv. 1 LCart².

(6) La cifra 10 (2) concretizza la confutazione della presunzione secondo l'art. 5 cpv. 4 LCart come se-

gue: la presunzione della soppressione della concorrenza non può essere confutata mediante la semplice prova dell'esistenza di una concorrenza "interbrand". I motivi di questa asserzione sono i seguenti: in primo luogo si tratta di una norma che corrisponde alla volontà del legislatore espressa durante i dibattiti parlamentari³. In secondo luogo, per quanto riguarda le fattispecie previste all'art. 5 cpv. 4 LCart, la Commissione della concorrenza parte dal presupposto che gli effetti che in tale ambito intralciano la concorrenza prevalgono sugli effetti che aumentano l'efficienza. In terzo luogo questo approccio corrisponde alla prassi seguita dalle autorità europee in materia di concorrenza, che in particolare vieta per principio le imposizioni di prezzi di rivendita e le clausole che escludono determinate zone.

(7) La cifra 12 illustra quali accordi vengono considerati tali da intralciare notevolmente la concorrenza, indipendentemente dalla quota di mercato detenuta dai partecipanti. Conformemente alla cifra 14, l'incidenza dell'intralcio alla concorrenza – ad eccezione degli accordi previsti secondo la cifra 13 – deve essere verificata nei singoli casi per quanto riguarda tutti gli altri accordi.

(8) La cifra 13 mette in evidenza il fatto che, di regola, non esiste una notevole limitazione della concorrenza nel caso in cui non viene superata la soglia della quota di mercato del 15% e se l'accordo in questione non ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato (casi di importanza minore). Se invece la soglia della quota di mercato del 15% viene superata o se l'accordo ha un effetto cumulativo con altri accordi sul mercato, l'intralcio alla concorrenza viene esaminato nei singoli casi.

(9) Se la presunzione della soppressione di una concorrenza efficace può essere confutata e se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se la limitazione alla concorrenza può essere giustificata da motivi di efficienza economica. Alla cifra 15 sono descritte le esigenze in virtù delle quali gli accordi verticali in materia di concorrenza vengono di norma considerati giustificati da motivi di efficienza economica giusta l'art. 5 cpv. 2 LCart. Se non vi sono motivi di efficienza, l'accordo è illecito. Se la concorrenza efficace secondo l'art. 5 cpv. 4 LCart viene soppressa, non è possibile far valere motivi di efficienza economica.

(10) La cifra 9 (2) esprime il fatto che gli accordi in materia di concorrenza a cui partecipano microimpre-

¹ Fa fede il testo che verrà pubblicato nel Foglio federale.

² Cfr. lo schema per la valutazione degli accordi verticali che si trova in appendice.

³ Cfr. i comunicati stampa della CET-S e della CET-N del 31 gennaio 2003 risp. del 30 aprile 2003 concernenti gli accordi verticali secondo l'art. 5 cpv. 4 LCart, consultabili al seguente indirizzo: www.parlamento.ch [2 luglio 2007].

se, ai sensi della comunicazione relativa agli accordi con effetto limitato sul mercato del 19 dicembre 2005 (Comunicazione PMI⁴), intralciano notevolmente la concorrenza soltanto nei casi contemplati dall'art. 5 cpv. 4 LCart.

(11) La presente comunicazione si basa sul Regolamento (CE) N. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 1999 L 336/21) nonché sulla Comunicazione della Commissione concernente le linee direttrici sulle restrizioni verticali (GU 2000 C 291/1). Essa tiene conto delle condizioni giuridiche ed economiche esistenti in Svizzera.

(12) La presente comunicazione non vincola i tribunali civili, il Tribunale amministrativo federale e il Tribunale federale nell'interpretazione delle disposizioni del diritto in materia di cartelli.

A. Definizioni

Cifra 1 Accordi verticali in materia di concorrenza

Per accordi verticali in materia di concorrenza si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate (cfr. art. 4 cpv. 1 LCart) da imprese di livello economico diverso riguardanti le condizioni commerciali alle quali le imprese partecipanti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi.

Cifra 2 Vendite attive

Il contatto attivo con singoli clienti (clienti finali o rivenditori) all'interno di una determinata zona o con singoli membri di un gruppo di clienti che sono riservati al fornitore o sono attribuiti esclusivamente dal fornitore a un altro rivenditore.

Cifra 3 Vendite passive

Il fatto di soddisfare richieste di ordinazioni non sollecitate di singoli clienti (clienti finali o rivenditori) residenti in una determinata zona o di singoli membri di un gruppo di clienti che sono riservati al fornitore o sono attribuiti esclusivamente dal fornitore a un altro rivenditore, vale a dire la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti.

Cifra 4 Sistemi di distribuzione selettiva

(1) In generale

Si tratta di convenzioni tra il fornitore e il commerciante secondo cui:

- i) il fornitore è autorizzato a vendere i beni o i servizi oggetto della convenzione unicamente a commercianti scelti in base a criteri predefiniti (commercianti autorizzati) e
- ii) tali commercianti si impegnano a non vendere i beni o i servizi in questione a commercianti non autorizzati alla distribuzione.

(2) Distribuzione selettiva puramente qualitativa

Sistema di distribuzione in cui la scelta dei commercianti avviene esclusivamente in base a criteri qualitativi oggettivi richiesti dal genere del prodotto in questione, come ad esempio la formazione del personale di vendita, il servizio fornito nel punto di vendita o un determinato assortimento dei prodotti offerti.

Cifra 5 Forniture incrociate

Le forniture reciproche tra commercianti che operano a livelli economici identici o diversi all'interno di un sistema di distribuzione selettiva.

Cifra 6 Clausole di non concorrenza

Tutti gli obblighi diretti o indiretti che inducono l'acquirente a non fabbricare, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione. Inoltre ogni obbligo diretto o indiretto che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa designata dal fornitore più dell'80% dei suoi acquisti annuali in beni e in servizi sostituibili sul mercato determinante, calcolati basandosi sul valore degli acquisti che ha effettuato nel corso dell'anno civile precedente.

Cifra 7 Know-how

Un insieme di conoscenze pratiche non brevettate che risultano dall'esperienza del fornitore, testate da quest'ultimo, e che sono:

- i) segrete, vale a dire che esse non sono generalmente conosciute o facilmente accessibili;
- ii) sostanziali, vale a dire che esse devono essere indispensabili per l'utilizzazione, la vendita o la rivendita dei beni o dei servizi oggetto della convenzione; e
- iii) identificate, vale a dire che esse devono essere descritte in modo sufficientemente completo per permettere di verificare che adempiano le condizioni di segretezza e di sostanzialità.

B. Regole

Cifra 8 Campo d'applicazione

(1) La presente comunicazione è applicabile agli accordi verticali in materia di concorrenza.

(2) L'applicazione della presente comunicazione non esclude che una fattispecie costituisca, del tutto o in parte, un accordo orizzontale in materia di concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart o sia prevista dall'art. 7 LCart. In tal caso questa fattispecie deve essere esaminata, indipendentemente dalla presente comunicazione, secondo le pertinenti disposizioni della legge sui cartelli.

(3) La presente comunicazione non si applica agli accordi verticali che contengono disposizioni concernenti la cessione all'acquirente o l'utilizzazione da parte dell'acquirente di diritti di proprietà intellettuale, a condizione che queste disposizioni costituiscano alla rivendita di beni o di servizi da parte l'oggetto principale di tali accordi e che esse non si riferiscano

⁴ Consultabile al seguente indirizzo: www.comco.ch.

direttamente all'utilizzazione, alla vendita o dell'acquirente o dei suoi clienti.

(4) Gli accordi che hanno quale oggetto un sistema di distribuzione selettiva puramente qualitativo non rientrano in linea di massima nel campo d'applicazione della presente comunicazione, mancando un notevole intralcio alla concorrenza, nella misura in cui sono soddisfatte tre condizioni cumulative:

i) la natura del prodotto in questione deve necessitare di un sistema di distribuzione selettiva: ciò significa che un tale sistema deve costituire un'esigenza legittima rispetto alla natura del prodotto in questione allo scopo di preservarne la qualità e di garantirne il corretto uso;

ii) i rivenditori devono essere scelti in base a criteri oggettivi di tipo qualitativo. Tali criteri devono essere stabiliti in modo uniforme e applicati in modo non discriminatorio;

iii) i criteri definiti non devono andare al di là di ciò che è necessario.

Cifra 9 Relazioni con altre comunicazioni

(1) La comunicazione relativa alla valutazione dei cartelli verticali nel settore della distribuzione di automobili del 21 ottobre 2002 (Comunicazione Automobili⁵) prevale sulla presente comunicazione. Nella misura in cui la Comunicazione Automobili non si esprime, sono applicabili le prescrizioni della presente comunicazione.

(2) La presente comunicazione prevale, in linea di massima, sulla Comunicazione PMI. Fa eccezione la cifra 5 lettera b della Comunicazione PMI concernente le microimprese.

Cifra 10 Presunzioni di illiceità

(1) Nel caso degli accordi verticali in materia di concorrenza si presume che vi sia soppressione della concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 4 LCart quando essi hanno per oggetto:

a) la determinazione di prezzi minimi o fissi. Questa disposizione vale anche per gli accordi in materia di concorrenza sotto forma di raccomandazioni concernenti il rispetto dei prezzi minimi o fissi;

b) l'assegnazione di zone, per quanto vi si escludano vendite da parte di distributori esterni (divieto di vendite passive a commercianti o a clienti finali).

(2) La presunzione della soppressione della concorrenza non può essere confutata mediante la semplice prova dell'esistenza di una concorrenza tra i fornitori delle diverse marche (concorrenza "interbrand").

(3) Anche se la presunzione viene confutata, gli accordi verticali in materia di concorrenza menzionati alla cifra 10 (1) intralciano notevolmente la concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 LCart.

Cifra 11 Raccomandazioni di prezzo da parte di produttori e fornitori

(1) In caso di raccomandazioni di prezzo rivolte dai produttori o dai fornitori ai rivenditori o ai commercianti, occorre esaminare nei singoli casi se esiste un

accordo illecito in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 5 LCart.

(2) In tale valutazione occorre in particolare esaminare se:

a) le raccomandazioni di prezzo non sono rilasciate in modo generalmente accessibile, ma emanate soltanto all'attenzione dei rivenditori o dei commercianti;

b) le raccomandazioni di prezzo sono accompagnate da varie pressioni sui commercianti o da incentivi specifici per farle rispettare;

c) le raccomandazioni di prezzo in franchi svizzeri, indicate dai produttori o dai fornitori sui prodotti, sugli imballaggi o nei cataloghi, ecc., non sono espressamente designate come non vincolanti;

d) il livello del prezzo dei prodotti interessati dalle raccomandazioni di prezzo – in caso di prestazioni comparabili – è nettamente più elevato rispetto ai paesi limitrofi;

e) le raccomandazioni di prezzo vengono effettivamente seguite da una parte importante dei rivenditori o dei commercianti.

Cifra 12 Notevole intralcio alla concorrenza in funzione dell'oggetto dell'accordo

Gli accordi verticali in materia di concorrenza intralciano notevolmente la concorrenza ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 LCart quando essi:

a) fissano direttamente o indirettamente prezzi minimi o fissi per la rivendita;

b) limitano direttamente o indirettamente l'area geografica di smercio o la cerchia di clienti per la rivendita. Non esiste tuttavia un notevole intralcio alla concorrenza in funzione dell'oggetto dell'accordo se le disposizioni previste:

i) limitano le vendite attive a zone esclusive o a gruppi di clienti che il fornitore riserva per se stesso o concede esclusivamente a un altro acquirente, a condizione che le vendite passive siano possibili senza restrizioni;

ii) limitano le vendite dirette da parte dei grossisti ai consumatori finali;

iii) limitano le vendite da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva ai commercianti non ammessi;

iv) limitano la facoltà dell'acquirente di rivendere le componenti, che il fornitore gli ha consegnato per essere integrate in altri prodotti, a terzi che le utilizzano per la fabbricazione di prodotti concorrenti.

c) limitano le vendite attive o passive ai consumatori finali, nella misura in cui questa limitazione viene imposta ai commercianti nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva che operano in qualità di dettaglianti sul mercato;

⁵ Consultabile al seguente indirizzo: www.comco.ch.

d) limitano le forniture incrociate tra commercianti nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, anche se essi operano a livelli diversi di mercato;

e) impediscono ai fornitori di consegnare componenti, rispettivamente pezzi di ricambio, a terzi (consumatori finali, officine di riparazione, ecc.) che non sono commercianti partecipanti all'accordo;

f) contengono clausole di non concorrenza per una durata indeterminata o per un periodo di più di cinque anni. Questa limitazione della durata a cinque anni non è tuttavia applicabile se i beni o i servizi oggetto della convenzione sono venduti dall'acquirente nei locali e sui terreni del venditore (proprietà o locazione/affitto);

g) contengono clausole di non concorrenza per un periodo di più di un anno dopo la scadenza dell'accordo verticale. Questa disposizione non è applicabile se l'obbligo di non concorrenza:

i) si riferisce a beni o a servizi che sono in concorrenza con i beni o i servizi oggetto della convenzione;

ii) si limita ai locali e ai terreni a partire dai quali l'acquirente ha operato per tutta la durata del contratto; e

iii) è indispensabile per proteggere un know-how trasferito dal fornitore all'acquirente.

Rimane possibile imporre, per una durata indeterminata, una restrizione all'utilizzazione e alla divulgazione di know-how che non è stato reso noto pubblicamente;

h) limitano la distribuzione di più marche in sistemi di distribuzione selettiva proibendo la vendita di prodotti di determinati fornitori concorrenti.

Cifra 13 Scarso intralcio alla concorrenza in funzione delle quote di mercato

(1) Gli accordi verticali in materia di concorrenza che non sono contemplati alla cifra 10 (3) o alla cifra 12 non costituiscono di regola un notevole intralcio alla concorrenza se nessuna impresa che partecipa a un tale accordo detiene una quota di mercato superiore al 15% su un mercato toccato dall'accordo stesso.

(2) Se la concorrenza sul mercato determinante è limitata dagli effetti cumulativi di svariate reti di distribuzione verticali, simili e funzionanti parallelamente, la soglia della quota di mercato menzionata alla cifra 13 (1) viene abbassata al 5%. In generale non esiste alcun effetto cumulativo di esclusione se meno del 30% del mercato determinante è coperto da reti di distribuzione verticali simili e funzionanti parallelamente.

Cifra 14 Notevole intralcio alla concorrenza nei singoli casi

Per tutti gli altri accordi e per le eccezioni menzionate alla cifra 12, occorre verificare nei singoli casi l'incidenza dell'intralcio alla concorrenza. Ciò vale in particolare per i contratti di distribuzione selettiva che non soddisfano le condizioni di cui alla cifra 8 (4).

Cifra 15 Giustificazione

(1) Se esiste un accordo che rappresenta un notevole intralcio alla concorrenza, occorre esaminare se esso è considerato giustificato secondo l'art. 5 cpv. 2 LCart. Se non sono presenti motivi di efficienza economica, l'accordo è illecito.

(2) Di regola gli accordi sono considerati giustificati senza un esame dei singoli casi, se la quota di mercato detenuta dal fornitore sul mercato determinante, sul quale egli vende i beni o i servizi oggetto della convenzione, non supera il 30%. Fanno eccezione a questa regola gli accordi di cui alla cifra 12 e gli accordi che, sommati ad altri accordi, hanno conseguenze sul mercato che intralciano notevolmente la concorrenza.

(3) Gli accordi che intralciano notevolmente la concorrenza e che non sono contemplati alla cifra 15 (2) sono sottoposti a un esame nei singoli casi. Esiste un motivo giustificativo quando un accordo aumenta l'efficienza economica conformemente all'art. 5 cpv. 2 LCart – per esempio mediante un'organizzazione più efficace della rete di distribuzione nel senso di un miglioramento dei prodotti o dei processi di fabbricazione oppure di una riduzione dei costi di distribuzione – e quando la restrizione alla concorrenza è necessaria a tale scopo.

(4) Le imprese possono far valere, nell'ambito dei motivi di efficienza economica menzionati all'art. 5 cpv. 2 LCart, in particolare le giustificazioni seguenti:

a) la protezione limitata nel tempo degli investimenti necessari alla penetrazione di nuovi mercati geografici o di nuovi mercati dei prodotti;

b) la necessità di garantire l'uniformità e la qualità dei prodotti contrattuali;

c) la protezione degli investimenti specifici a una relazione commerciale, che non potrebbero essere realizzati in mancanza di clausole contrattuali o lo sarebbero soltanto rischiando perdite considerevoli (problema della rinuncia a certi investimenti o hold-up);

d) il fatto di evitare misure di promozione delle vendite che risulterebbero inefficienti a causa del loro basso livello (p. e. servizi di consulenza alla clientela), che possono verificarsi se un produttore o un rivenditore ha la possibilità di approfittare degli sforzi promozionali di un altro produttore o rivenditore (problema del parassitismo);

e) il fatto di evitare l'imposizione di un doppio aumento di prezzo, che può verificarsi quando sia il produttore che il commerciante dispongono di una posizione dominante sul mercato (problema della doppia marginalizzazione);

f) la promozione del trasferimento di know-how essenziale;

g) la garanzia di impegni finanziari (p. e. mutui) che non possono essere forniti dal mercato dei capitali.

Cifra 16 Pubblicazione

La presente comunicazione viene pubblicata nel Foglio federale (art. 6 cpv. 3 LCart).

Cifra 17 Abrogazione della comunicazione precedente

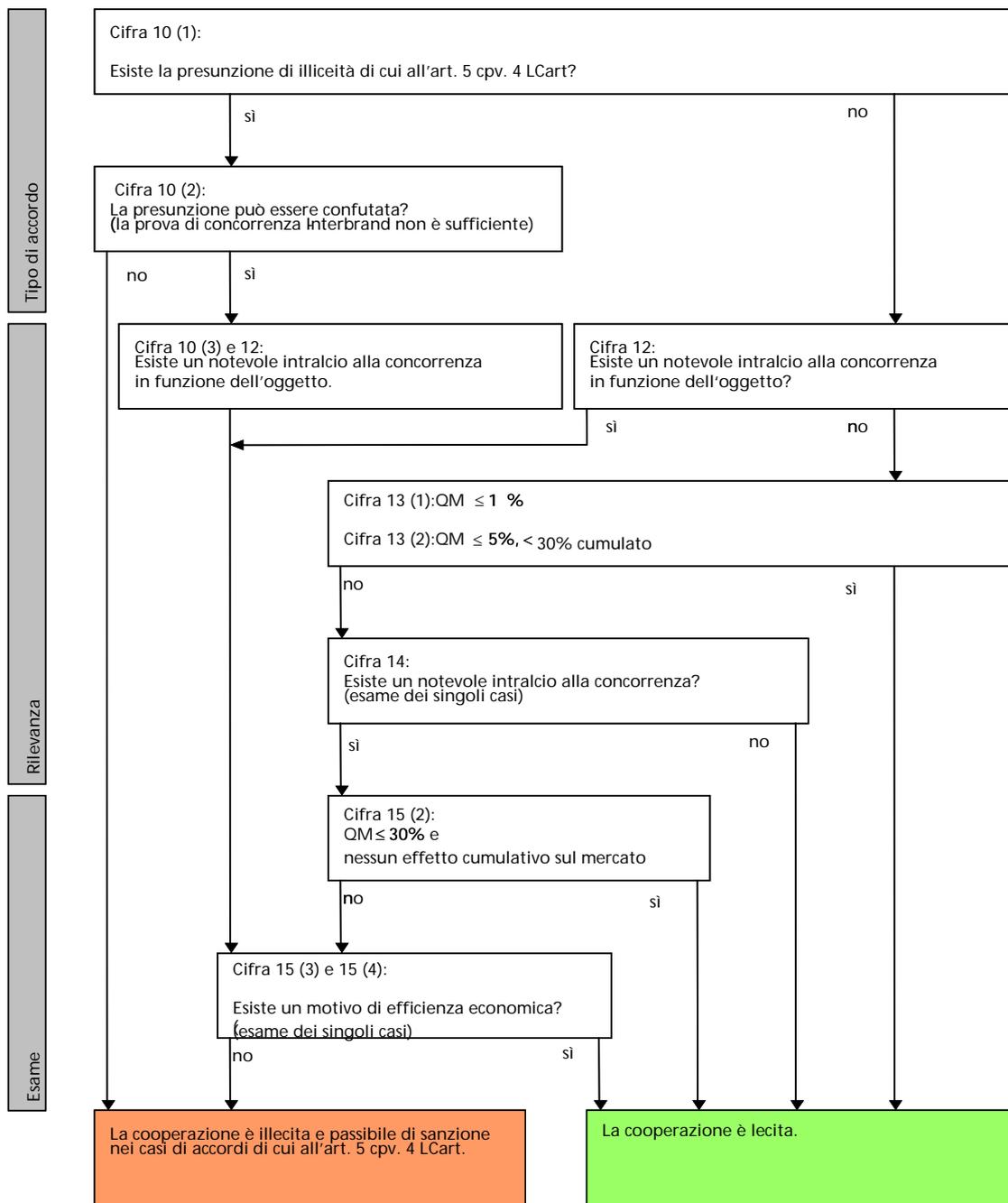
Con l'entrata in vigore della presente comunicazione è abrogata la comunicazione riguardante la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza del 18 febbraio 2002⁶.

Cifra 18 Entrata in vigore

La presente comunicazione entra in vigore il 1° gennaio 2008.

⁶ Consultabile al seguente indirizzo: www.comco.ch.

Appendice: Schema per la valutazione degli accordi verticali



QM: Quota di mercato

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
-----	--

SCHWEIZ

COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Auflage, Basel 2007 (u.a. mit einer Kommentierung des KG, des BGBM und des PÜG)

RENFER STEFAN, Kartellrechtliche Aspekte der Informationstechnologie, in: IT-Verträge: 10. Tagungsband, Bern, 2007

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

GebrV

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 des produits
 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

and Trade
 Verordnung über
 Gebrauchsgegenstände
 Gewerblicher Rechtsschutz
 und Urheberrecht
 Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	T	
OFAP	Office fédéral des assurances privées	TA	Tribunal administratif
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TApp	Tribunale d'Appello
OGer	Obergericht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMC	Organisation mondiale du commerce	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
OR	Obligationenrecht		
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 fédérale	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
Q		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
R		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	W	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	X	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Y	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	Z	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
		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		
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise 675
 - Abrede 664f., 675ff.
 - Acquiring 561
 - Anhörung -
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 545ff., 558ff., 565, 572, 575, 578ff., 587, 642, 645 ff.
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste -
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 560 f.
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 567, 676, 678
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung 661f., 664ff.
 - Erheblichkeit 675, 578
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte -
- H**
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee -
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 521, 545, 550, 587, 601, 605, 631, 634, 642f.
 - Koppelungsgeschäft 628f.
 - Kostenraster -
 - Krankenversicherer -
 - Kreditkarten 544, 644
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
 - marktbeherrschende Stellung 521, 523, 525, 545, 548, 552, 554ff., 567, 574, 576ff., 587, 602, 604f., 608f., 613f., 617ff., 628f., 631ff., 636, 639, 641, 647f., 661, 665f.
 - Marktgegenseite 521ff., 546, 552ff., 568, 573, 602f., 606ff., 616, 631f., 636, 638, 644f., 664
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 548, 659, 669
 - Marktzutrittsschranken 578, 621, 638, 647
 - Meldepflicht 545, 552, 565, 601ff., 606, 631, 636, 643
 - Missbrauch 521, 523, 567, 659, 664, 668, 674
- N**
- Netzwerk 561 602f
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb -
 - Preisabrede (keine) -
 - Preisbindung zweiter Hand 675
 - Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
 - Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 592, 657, 662, 667ff.
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission -
 - Submissionskartell -
- T**
- Tarife -
 - Tarifvertrag -
 - Tierärzte/innen -
 - Transparenzmassnahmen -
- U**
- Umstossung der Vermutung -
 - Untersuchung 519, 544, 649f., 652ff., 655, 662, 664ff., 670f.

unzulässige Wettbewerbsabrede 677

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 617, 658

Verschulden 656, 672

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 520, 545, 552, 564, 601, 606, 631,
636, 643

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel 560, 644

zweiseitige Märkte -
