

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

2008/2

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: 701.000.08/2)

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

2008/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 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. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account	242
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Debitkarten-Akzeptanzgeschäft (Nichtdiskriminierungsklausel NDR)	248
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. CSS/Intras	250
	2. Saint-Gobain/Maxit	259
	3. Swiss Life/AWD	260
	4. fenaco/Kellenberger Frisch Service AG	268
	5. Sony Ericsson Mobile Communications AB/Motorola, Inc.	274
	6. Altor/Papyrus	278
	7. Orior/Spiess	279
	8. Torm/Projector S.A.	280
	9. BSI SA/Banca del Gottardo	284
	10. OJSC Novolipetsk Steel/Novex Trading (Swiss) SA und Novexco (Cyprus) Ltd.	288
	11. Dow Chemicals/CP Chemicals (Americas Styrenics)	289
	12. fenaco/Steffen-Ris Holding AG	290
	13. Morgan Stanley/SPI/Heidmar	338
	14. Swisscom AG/The Phone House AG	341
	15. Swisscom AG/webcall GmbH	351
	16. Volkswagen AG/Scania AB	354
	17. Hexion Inc./Huntsman Corporation	355
6.	Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni	
	1. Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse	356
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Decisione incidentale nella cause Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza	358
	2. Urteil Crédit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission	361
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	378
	Index (deutsch, français e italiano)	380

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärung Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account

Schlussbericht vom 14. Februar 2007 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) betreffend Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

Abkürzungen

KG	Kartellgesetz
FMG	Fernmeldegesetz
LA	Large Account
LAI	Large Account Inhaber
MFA	Mobilfunkanbieter
SMS	Short Message Services

A SACHVERHALT

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) hat am 3. Februar 2004 aufgrund einer Anzeige eine Vorabklärung in Sachen Terminierungsgebühren beim Versand von Short Message Services (nachfolgend: SMS) über ein sog. Large Account (nachfolgend: LA) eröffnet. Darin war zu prüfen, ob die von Swisscom Mobile AG (nachfolgend: Swisscom) und Orange Communications SA (nachfolgend: Orange) per 1. Januar 2004 eingeführten Terminierungsgebühren allenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 Kartellgesetz (KG) darstellen könnten.

2. Nach Aussagen der Mobilfunkanbieter (nachfolgend: MFA) Swisscom, Orange und Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) existiert nur zwischen Swisscom und Orange ein Vertrag, der auch zur Anwendung kommt. Zwischen Orange und Sunrise wurde eine entsprechende Vereinbarung getroffen, die jedoch nur zur Anwendung kommt, wenn eine asymmetrische Volumenverteilung vorliegt. Die Vereinbarung zwischen Orange und Sunrise kommt gemäss den Bestimmungen der Vereinbarung nur zur Anwendung, falls die Volumendifferenz mehr als [...] ausmacht. In einem solchen Fall würde die Differenz mit [...] verrechnet. [...] Zwi-

schen Swisscom und Sunrise existiert kein solcher Vertrag, da sich die Parteien nicht über die Vertragsbestimmungen einigen konnten.

3. Bei der sog. Terminierung handelt es sich um die Zustellung des SMS auf das Endgerät. Die Terminierung ist sowohl bei einem Versand on-net wie auch bei einem Versand off-net Voraussetzung, damit ein SMS vom Endkunden empfangen werden kann. Ein Versand on-net bedeutet, dass der Absender und der Empfänger der SMS im selben Mobilfunknetz angemeldet sind, d.h. sie sind Kunden desselben MFA. Bei einem Versand off-net befinden sich Absender und Empfänger in verschiedenen Mobilfunknetzen. Grundsätzlich bedeutet die Terminierung die Zustellung eines SMS an das Endgerät der Zielperson. Die Terminierung erfolgt, technisch bedingt, immer durch den Betreiber des Mobilfunknetzes, bei dem das Endgerät registriert ist.

4. Die Terminierungsgebühr ist die Gebühr, die MFA für die Terminierung eines SMS auf ihrem jeweiligen Netz erheben. Bei einem off-net Versand kann für die Terminierung eine Gebühr vom Betreiber des Zielnetzes erhoben und dem Betreiber des Ursprungsnetzes in Rechnung gestellt werden. Der Betreiber des Ursprungsnetzes wiederum verrechnet diese Gebühr in der Regel seinen Endkunden weiter.

5. Gegenstand dieser Vorabklärung ist die Terminierungsgebühr, die von Swisscom und Orange per 1. Januar 2004 für den Versand von SMS via LA eingeführt wurde (vgl. unten Rz. 8). Die Terminierung bei der Sprachtelefonie oder die Terminierung beim Versand von normalen SMS, die von Endkunde zu Endkunde versendet werden, sind nicht Gegenstand dieser Vorabklärung.

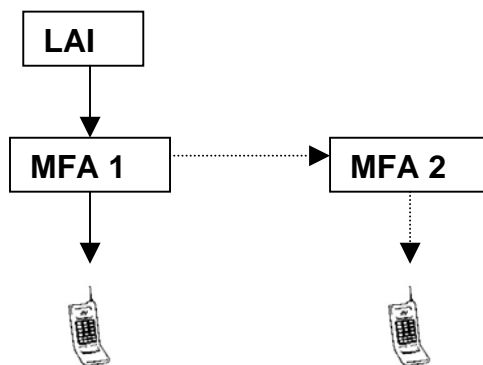
6. Durch den Abschluss eines LA-Vertrages erhält der Inhaber des LA (nachfolgend LAI) Zugriff auf das SMS-Center des entsprechenden MFA. Dem Inhaber wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, über einen bestimmten Zeitraum Massen-SMS zu versenden. Unter Massen-SMS ist hier der Versand von SMS an eine beliebig grosse Anzahl von Endkunden zu verstehen.

Der Inhalt eines einzelnen SMS beim Massenversand kann abhängig vom angebotenen Service für den einzelnen Empfänger individualisiert werden oder für alle Empfänger gleich sein. Für die Abfrage eines Sportresultates wird der Inhalt der zugestellten SMS für alle Empfänger gleich sein, bei der Abfrage des Kontostandes nicht. Grundsätzlich berechnet sich bei einem LA der Preis pro SMS nach der Menge der insgesamt versendeten SMS. Dabei nimmt der Preis pro SMS grundsätzlich mit zunehmender Anzahl versendeter SMS ab. Hinzu kommt oft eine einmalige Aufschaltgebühr sowie eine monatlich zu entrichtende Grundgebühr. Bei den meis-

ten LA-Angeboten sind in dieser Grundgebühr eine gewisse Anzahl SMS bereits enthalten.

7. In Abbildung 1 wird der Verlauf eines SMS dargestellt, das von einem LAI des MFA 1 ausgelöst wurde. Dabei wird das SMS vom MFA 1 an einen eigenen Endkunden (on-net) und das gleiche SMS ebenfalls an einen Endkunden des MFA 2 versendet (off-net). Nur beim letzten SMS kommt es zur Zahlung einer Terminierungsgebühr, die der MFA 2 dem MFA 1 in Rechnung stellt und letzterer dann wiederum seinem LAI.

Abbildung 1: Schematische Darstellung eines on-net- und eines off-net-SMS, das von einem LAI des MFA 1 an zwei verschiedene Endkunden gesendet wird.



8. Der von Swisscom und Orange abgeschlossene Interworkingvertrag, welcher am 1. Januar 2004 in Kraft trat, sieht vor, dass pro SMS, welches off-net versendet wird, eine Terminierungsgebühr von 9 Rappen zu bezahlen ist¹. Diese Terminierungsgebühr wird vom MFA des Zielnetzes dem MFA in Rechnung gestellt, über dessen SMS-Center das SMS versendet wurde.

9. Die LAI können einen Vertrag mit einem der drei schweizerischen MFA, also Swisscom, Orange und Sunrise, abschliessen. Alle Endkunden der LAI sind auch gleichzeitig Endkunden eines MFA. Wenn der Endkunde eines LAI nicht beim selben MFA ist wie der LAI, so kommt es zu einem off-net-SMS: Der LAI sendet sein SMS via seinen MFA zum Endkunden des anderen MFA. Bei Swisscom und Orange wird für solche SMS jeweils eine Terminierungsgebühr verlangt, die dann wiederum dem LAI in Rechnung gestellt wird.

10. Die Einführung dieser Terminierungsgebühr bedeutete für die LAI eine erhebliche Preissteigerung, jedenfalls für die sog. off-net-SMS. Je nach Volumen der versendeten SMS bezahlte ein LAI bisher zwischen 4 und 15 Rappen pro SMS. Bei einem off-net-SMS stieg der Preis somit pro SMS auf 13 bis 24 Rappen.

11. Das Sekretariat hat im Februar 2004 Fragebogen an die drei MFA in der Schweiz versendet. Es ging darum abzuklären, warum die Terminierungsgebühr eingeführt wurde und welche Auswirkungen die Einführung hatte. Im Anschluss daran wurden Fragebogen an rund 10 zufällig ausgewählte LAI versendet. Mit diesen Fragebogen sollte abgeklärt werden, wie die Einführung der Terminierungsgebühr von der Marktgegenseite aufgenommen wurde und welche Einflüsse auf deren Ge-

schäftstätigkeiten zu erwarten sind. Die Vorabklärung wurde in der Folge aufgrund der höheren volkswirtschaftlichen Bedeutung der Untersuchung Terminierung Mobilfunk² zurückgestellt.

12. Im Dezember 2006 wurde ein zweiter Fragebogen an Swisscom, Orange und Sunrise versandt. Darin wurden die MFA insbesondere über Auswirkungen der Einführung der Terminierungsgebühr und die Effektivität als Massnahme gegen Spam befragt, sowie mögliche Alternativen diesbezüglich. Die MFA gaben in den Antworten zum ersten Fragebogen (Februar 2004) die Bekämpfung von Spam-SMS als Begründung für die Einführung der Terminierungsgebühr an.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

14. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten³. Swisscom und Orange sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

¹ SMS Price Manual, Version 1.0, vom 15. Dezember 2003.

² Siehe RPW 2007/2 S. 241, nicht rechtskräftig.

³ Botschaft zum Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 66.

15. Die Prüfung der Marktbeherrschung erfolgt unter Art. 7 KG (siehe Rz. 20 unten). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar⁴. Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

17. Vorliegend kann geprüft werden, inwiefern fernmelderechtliche Vorschriften bestehen, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen könnten. Nach der Rechtsprechung kommen Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung, wobei insbesondere die fernmelderechtliche Interkonnectionsregulierung nach Art. 11 FMG nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist⁵.

18. Vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind betreffend diesen Sachverhalt weder dem FMG, dessen Ausführungserlassen, noch anderen Gesetzen zu entnehmen. Ein derartiger Vorbehalt wird denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

20. 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).

21. Um festzustellen, ob sich die MFA tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

23. Ausgangspunkt für die Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte (Retail-Märkte) unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite. Damit werden, unabhängig von der Marktgegenseite der MFA, die aus Sicht der Endkunden substituierbaren Produkte bestimmt. Nach der Beschreibung und Definition der Endkundenmärkte sind unter Umständen die relevanten Grosskundenmärkte (Wholesale-Märkte) festzulegen. Es handelt sich dabei um Märkte für Vorleistungen, die Betreiber benötigen, die Endnutzern Dienste und Produkte bereitstellen⁶. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu unterscheiden, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet⁷. Eine unter Umständen vorzunehmende Abgrenzung von Wholesale-Märkten wird somit nach der Bestimmung der Retail-Märkte vorgenommen.

B.3.1.1.1 Endkundenmärkte

24. Mit SMS werden Informationen aus verschiedensten Bereichen schnell und unabhängig vom Standort des Endkunden via Mobiltelefon nachgefragt. Per SMS können somit aktuelle Informationen kurzfristig zugestellt werden. Endkunden fragen typischerweise folgende Dienstleistungen per SMS nach:

- Pull⁸ Services, wie z.B. Download von Klingeltönen (sog. Ringtones), Abfrage eines Fahrplanes, einmalige Abfrage eines Sportresultates
- Push⁹ Services, wie z.B. abobasierte (Informations-) Dienste (Börsendaten, Wetterdaten, Fahrpläne, Sportresultate, etc.)
- Abstimmungen
- Teilnahme an Wettbewerben
- Versand von SMS über das Internet
- Warnung bei Unwettern und Katastrophen

25. Weiter besteht heute eine Vielzahl anderer Anwendungsmöglichkeiten. So kann beispielsweise per SMS ein Produkt bezahlt oder eine Bestellung aufgegeben werden.

⁴ Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14.

⁵ Urteil BGer 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c; Urteil BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003; Beschwerdeentscheid RE-KO/WEF vom 6. Februar 2004, RPW 2004/1, S. 205 ff.; Urteil BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

⁶ Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 ff.

⁷ Vgl. RPW 2002/1, S. 118 f.; RPW 2004/2, S. 423; RPW 2007/2, S. 241.

⁸ Der Empfänger ruft via SMS einmalig eine Information ab, welche ihm kostenpflichtig zugestellt wird. Die empfangene Information ist oft kostenpflichtig. Nach Erhalt der Information ist ein Abmelden beim entsprechenden Dienst nicht nötig.

⁹ Bei einem Push Services erhält der Empfänger mehrere kostenpflichtige SMS mit bestimmten Informationen. Der Empfänger meldet sich via SMS an und erhält die entsprechenden Informationen i.d.R. solange, bis er sich beim entsprechenden Dienst wieder abmeldet.

26. Swisscom geht davon aus, dass es aufgrund der vielen Möglichkeiten der Verbreitung von Masseninformatio- nien für Endkunden genügend Ausweichmöglich- keiten zu Massen-SMS gibt. Swisscom bestreitet das Vorhandensein eines Marktes für SMS via LA und auch eines Terminierungsmarktes. Als Beispiele für die Verbreitung von Masseninformatio- nen zählt Swisscom folgende mögliche Substitute auf: Postwurfsendungen, Gratiszeitungen, Massen-E-Mails und mobile Endgeräte, mittels derer man ins Internet gelangen kann¹⁰.

27. Betreffend Postwurfsendungen und Gratiszeitungen ist davon auszugehen, dass sie kein vollwertiges Substi- tut für SMS darstellen¹¹. Es fehlt diesen einerseits an Aktualität und andererseits an der Individualisierung.

28. Betreffend (Massen-) E-Mails braucht es zum Lesen der E-Mails – wie auch beim SMS – ein entsprechendes Endgerät. Es kann zum heutigen Zeitpunkt davon aus- gegangen werden, dass Endkunden E-Mails im Allge- meinen an einem Computer (Desktop) lesen, welcher jedoch an einen bestimmten Standort gebunden ist. Mobile Endgeräte¹², die einen E-Mail-Verkehr unterwegs ermöglichen, dürften das Kriterium der Mobilität mehr oder weniger erfüllen. Die Verbreitung solcher Geräte ist zum heutigen Zeitpunkt jedoch gering im Vergleich mit Mobiltelefonen.

29. Es ist zu beachten, dass der SMS-Versand via LA aus Endkundensicht durch andere SMS-Dienst- leistungen der MFA substituierbar ist. Zu erwähnen sind dabei namentlich die sogenannten Premium-Dienste (Download von Handylogos, Klingeltöne, SMS-Chats). Bei den Premium-Diensten ist der Empfänger Kunde des rechnungsstellenden MFA. So ist es nicht möglich, dass diese Premium-Dienste netzübergreifend (off-net) ange- boten werden. Im Unterschied zu LA entstehen bei Pre- mium-Diensten dem Empfänger Kosten für den Empfang von Mitteilungen, die ihm via seinen MFA in Rechnung gestellt werden. Zum Beispiel beim Download eines Musiktitels als Klingelton auf das Handy (Premium- Dienst) entstehen für den Inhaber des Telefons folgende Kosten: Kosten entstehen sowohl beim Versand des SMS mit der "Bestellung" für den Klingelton (dies wird im Normalfall der Preis für den Versand eines gewöhnli- chen SMS sein), wie auch beim Empfang, d.h. bei der Zustellung des SMS durch den MFA mit dem Downlo- ad-link (normalerweise ist der Empfang eines SMS auf Grund des Calling party pays principle kostenlos). Beim Empfang des SMS wird der Preis des Klingeltons be- zahlt. Die Kosten für den Empfang beinhalten dabei nicht die Kosten für den Download, d.h. dass die Kosten beispielsweise für die WAP-Verbindung (Wireless Appli- cation Protocol) zusätzlich vom MFA in Rechnung ge- stellt werden. Beim Versand eines SMS via LA entste- hen dem Empfänger grundsätzlich keine Kosten für den Empfang. Der Empfänger einer Hochwasserwarnung via SMS bezahlt für den Empfang dieser Nachricht keine Gebühren. Premium-Dienste können grundsätzlich als Substitut für SMS via LA angesehen werden.

30. Als Endkundenmarkt (Retail-Markt) kann daher ein Markt für den Erhalt aktueller oder individueller Informa- tionen via SMS abgegrenzt werden. Dieser Markt enthält sowohl SMS aus Premiumdiensten wie auch solche aus

LA-Diensten. SMS, die von Endkunde zu Endkunde versendet werden, sind darin jedoch nicht enthalten.

B.3.1.1.2 Wholesale-Märkte

31. Der relevante Markt ist grundsätzlich aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen. Wie oben unter Rz. 23 erwähnt, ist - der Praxis der Wettbewerbskommission in Sachen Mobilfunkuntersuchung und ADSL¹³ folgend - zwischen Retail- und Wholesale-Märkten zu unterschei- den, falls sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unter- scheidet¹⁴.

32. Der Wholesale-Markt umfasst im vorliegenden Fall die Beziehungen zwischen den MFA und LAI. Die LAI schliessen mit einem oder mehreren MFA einen ent- sprechenden Vertrag ab. Dieser regelt die Benutzung des SMS-Center und die Kosten pro SMS. Bevor aber eingehender auf die Beziehung zwischen MFA und LA Kunden eingegangen werden kann, ist abzuklären, ob auf der Wholesale-Ebene für jeden MFA ein eigener Markt betreffend die Terminierung von SMS abzugren- zen ist.

33. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) hat im Gutachten vom 20. November 2006¹⁵ festgestellt, dass für jeden MFA jeweils ein eigener relevanter Markt für die Terminierung von Fernmeldedienstleistungen im Bereich Sprache abzugrenzen ist. Die Terminierung ist eine Dienstleistung, die nur vom jeweiligen MFA, der das Netz betreibt, vorgenommen werden kann, da nur dieser über die auf der SIM-Karte gespeicherten Informatio- nen verfügt. Daher bestehen schon nur aus rein technischen Gründen diesbezüglich keine Ausweichmöglichkeiten; die Terminierung kann daher durch keine andere Dienst- leistung substituiert werden. Dies wurde von den MFA auch nicht bestritten.

34. Für die Terminierung von SMS kommt man zum gleichen Schluss. Die Zustellung eines SMS muss der jeweilige MFA vornehmen, der das Zielnetz betreibt. Es werden auch hier die Informationen auf der SIM-Karte benötigt, über die nur der Betreiber des Netzes verfügt. Diesbezüglich unterscheiden sich die Terminierung ei- nes SMS von der Terminierung eines Anrufes nicht von- einander.

35. Als Wholesale-Markt kann daher ein Markt für jeden MFA für die Terminierung von SMS abgegrenzt werden. Dieser Markt enthält sämtliche SMS, die auf den schweizerischen Mobilfunknetzen terminiert werden, also sowohl SMS aus LA-Diensten wie auch solche SMS, die von Endkunde zu Endkunde versendet wer- den.

¹⁰ Eingabe von Swisscom vom 21. Mai 2004, Beilage 3, S. 13.

¹¹ Dies entspricht der Praxis der Wettbewerbsbehörden, vgl. Vertrieb von Werbematerialien, RPW 2001/2, S. 239 ff.

¹² Internettaugliche Mobiltelefone, Personal Digital Assistants (PDA), Laptops, Empfangsgeräte für das mobile Instant Messaging (z.B. der Ogo von Swisscom).

¹³ RPW 2004/2, S. 407 (siehe auch RPW 2005/3, S. 505).

¹⁴ RPW 2002/1, S. 118.

¹⁵ Gutachten der Wettbewerbskommission vom 20. November 2006 für das Bundesamt für Kommunikation im Rahmen mehrerer Interkonnek- tionsverfahren betreffend die Mobilfunkterminierung.

B.3.1.2 Räumlich relevanter Markt

36. 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).

37. Sowohl die Dienste im Retail- wie auch im Wholesale-Markt werden von der Marktgegenseite bei MFA in der Schweiz für Endkunden in der Schweiz nachgefragt. Diese Nachfragestruktur ergibt sich unter anderem auch durch die jeweils national vergebenen und im Gebiet des jeweiligen Landes geltenden Mobilfunkkonzessionen für die MFA. Der räumlich relevante Markt umfasst deshalb die Schweiz.

B.3.2 Marktstellung

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

39. Die Weko stellte in ihrem Gutachten vom 20.11.2006 fest, dass jeder MFA auf dem jeweiligen Markt für die Terminierung in sein MF-Netz der einzige Anbieter ist. Betreffend der Terminierung von SMS kommt man zum gleichen Schluss. Der einzelne MFA hat somit auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von 100%. Aktueller Wettbewerb durch andere Anbieter ist damit von vornherein ausgeschlossen. Ein grosser Marktanteil ist jedoch nicht zwangsläufig mit Marktbeherrschung gleichzusetzen. Ein hoher Marktanteil bedeutet lediglich, dass der betreffende Anbieter eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes sind deshalb eingehend zu prüfen¹⁶.

40. Die Frage der Marktbeherrschung kann hier jedoch offen bleiben, da keine genügenden Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines Missbrauchs vorliegen.

B.3.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

41. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Diese Kriterien in der Generalklausel müssen in jedem Fall erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt¹⁷.

42. Im Besonderen interessiert hier, warum die Terminierungsgebühr eingeführt wurde und wie deren Höhe festgelegt wird. Eine genaue Begründung oder eine Berechnung für die Höhe fehlt jedoch. Die Einführung selber wird mit dem Kampf gegen SMS-Spam begründet.

43. Als Antwort auf die Frage nach den Auswirkungen der Einführung der Terminierungsgebühren gaben die Content Provider bzw. die LA-Kunden verschiedene Möglichkeiten an. Einige gaben an, dass sie gezwungen wären, mit allen drei MFA zusammenzuarbeiten. Verschiedene kündigten die Einstellung oder Reduktion von Gratisangeboten sowie die Verteuerung diverser Dienstleistungen an. Dies würde den Umsatz reduzieren, was die Non-Premium-Dienstleistungen an sich in Frage stellen könnte.

44. Der Vertrag zwischen Swisscom und Orange, der die Einführung einer Terminierungsgebühr für SMS zwischen den beiden Netzen beinhaltet, ist auf den 1. Januar 2004 in Kraft getreten¹⁸. Gemäss diesem Vertrag beträgt die Gebühr für die Terminierung 9 Rappen pro SMS. Gemäss Aussage von Swisscom verrechnet diese die Terminierungsgebühren von andern Anbietern, in dem Falle Orange, ihren LA-Kunden. Orange ihrerseits verrechnet von ihren LA-Kunden pro SMS 10 Rappen (inkl. MwSt).

45. Bisher kam es betreffend Terminierungsgebühr nur zwischen Swisscom und Orange zu einem Vertragsabschluss, der zur Anwendung gelangte. Laut Aussagen der MFA gab es aber schon Verhandlungen sowohl von Orange wie auch Swisscom mit Sunrise, um einen entsprechenden Vertrag auszuhandeln, was jedoch mit keiner Partei zu keinem Abschluss führte.

46. Eine Vereinbarung zwischen Orange und Sunrise enthielt eine auf 3 Monate (vom 1. Januar bis 31. März 2004) begrenzte Vertragsklausel, wonach die Terminierungsgebühr pro SMS zwischen ihren beiden Netzen 8 Rappen betrug. Dieser Vertrag wurde nach Angaben von Sunrise zwar nicht erneuert, jedoch stillschweigend von April bis Juli 2004 weitergeführt. Allerdings handelte es sich dabei um eine Vereinbarung, welche nicht zur Regelung der Terminierungsgebühren eingeführt wurde. Der Vertrag legt fest, dass diejenige Partei, welche das höhere Volumen an SMS erhalten hat, der anderen einen "Rabatt" in der Höhe der Differenz gewährt. Eine Terminierungsgebühr wird heute nach Abschluss einer Vereinbarung im Jahr 2006 nur bei einer asymmetrischen Volumenverteilung verrechnet. Die Vereinbarung sieht vor, dass bei einer Differenz von mehr als [...] diese (zu [...] pro SMS) verrechnet wird. [...] Nach Aussagen von Sunrise bestehen heute keine Bestrebungen eine Terminierungsgebühr einzuführen bzw. eine solche zu verrechnen.

47. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistung "Terminierung" nur vom Zielnetzbetreiber vorgenommen werden kann, die Gebühr für Terminierung kann jedoch von den LAI grundsätzlich umgangen werden. Eine Terminierungsgebühr wird immer nur bei einem off-net Versand verrechnet. Schliesst ein Anbieter von SMS-Diensten mit jedem MFA einzeln einen LA-Vertrag ab und sendet die SMS dann lediglich an Empfänger, die beim entsprechenden MFA registriert sind, so kommt es jeweils nur zu einem on-net Versand. Eine Terminierungsgebühr fällt in diesem Falle nicht an, da nur ein Versand an jene Kunden stattfindet, die auch Endkunden vom netzbetreibenden MFA sind – sämtliche SMS werden dann "on-net" versendet. Diese Möglichkeit werde nach Aussagen der LAI denn auch regelmässig wahrgenommen.

48. Im Falle von marktbeherrschenden Unternehmen besteht die Möglichkeit, dass diese sich auf sachliche Rechtfertigungsgründe berufen oder darlegen können,

¹⁶ Vgl. RPW 2006/4, S. 744.

¹⁷ Vgl. z.B. RPW 2004/2, S. 368.

¹⁸ Vertrag betreffend SMS Interworking zwischen Swisscom Mobile AG und Orange Communications SA.

dass die von ihnen angewendeten Geschäftsbedingungen nicht wesentlich von jenen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ergeben würden¹⁹. Als sachlicher Rechtfertigungsgrund können auch technische Gründe geltend gemacht werden²⁰.

49. Nach Aussagen der MFA dient die Einführung der Terminierungsgebühren der Unterbindung von Spam. Als Spam werden unerwünschte, in der Regel auf elektronischem Weg übertragene Nachrichten bezeichnet, die massenhaft versendet, dem Empfänger unverlangt zugestellt werden und werbenden Inhalt haben. Durch die Verteuerung von SMS würde eine kommerzielle Hürde geschaffen für Angebote, denen keine wirkliche Nachfrage zugrunde liege. Dadurch würde das Verhältnis zwischen dem Aufwand für Spam und dem daraus erzielbaren Nutzen unattraktiv.

50. Im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes, das am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, wurde auch die Grundlage für die Bekämpfung von Spam geschaffen. Der im Rahmen dieser Revision neu im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) eingeführte Art. 3 Bst. o UWG bestimmt, dass unlauter handelt, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst, und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet. Gemäss den neuen Bestimmungen handelt es sich bei Massenwerbung um Spam, wenn eine der drei folgenden Voraussetzungen fehlt: (I) es muss eine ausdrückliche Einwilligung vorliegen (sog. opt-in Modell²¹) oder die Zustimmung muss sich aus einem beim Absender getätigten Kauf ergeben, (II) der Absender muss korrekt angegeben werden und (III) es benötigt einen klaren und deutlichen Hinweis, der die Ablehnung problemlos und kostenlos ermöglicht. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, sonst handelt der Absender unlauter, d.h. es handelt sich dabei um unzulässigen Spam.

51. Der kommerzielle Ansatz, also die Einführung einer Terminierungsgebühr zur Reduktion von Spam, dürfte daher am effektivsten sein. Dies wird sowohl von den MFA wie auch einem LA-Kunden geltend gemacht. Der LA-Kunde bezweifelt jedoch, dass die Terminierungsgebühr so hoch sein müsse. D.h. dass eine tiefere SMS-Terminierungsgebühr ähnlich effektiv wäre. Es werde aber grundsätzlich kaum ein anderes, effektiveres Mittel geben. Es ist davon auszugehen, dass ein MFA seine eigenen LA-Kunden besser kontrollieren kann, als solche von anderen MFA. Es bestehen offenbar kaum Möglichkeiten, den von fremden Netzen einkommenden SMS-Verkehr zu kontrollieren.

52. Auf der anderen Seite machen auch die MFA geltend, dass eine Terminierungsgebühr nicht das alleinige Mittel zur Bekämpfung von Spam sein kann. Erst in Ver-

bindung mit anderen (vertraglichen, technischen etc.) Massnahmen könne Spam wirkungsvoll bekämpft werden.

53. Ob die von Swisscom, nach ihren eigenen Angaben aus diesem Grund eingeführten SMS-Terminierungsgebühren diesen Zweck wirklich erfüllen, ist schwer abzuschätzen. Neun Monate nach Einführung der Terminierungsgebühren betrachtete Swisscom die Situation als "erheblich gebessert", ohne dies jedoch mit konkreten Zahlen oder Unterlagen zu begründen.

54. Zudem fehlen Angaben betreffend der Wechselwirkung zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und des Rückgangs von Spam. Nach Angaben der MFA ist die Terminierungsgebühr international im Bereich von ca. 6 Euro Cents bzw. ca. 10 Rappen. Daher wird die Höhe der Terminierungsgebühr von den MFA als international üblich bezeichnet.

55. Zusätzlich ist anzumerken, dass von sämtlichen SMS, die jährlich versendet werden, die wenigsten von LAI stammen. Davon wiederum sind nur die wenigsten "off-net", sodass nur in diesen Fällen eine Terminierungsgebühr verrechnet wird. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich – wenn überhaupt – um eine Problematik von äusserst geringer volkswirtschaftlicher Bedeutung handelt.

B.4 Ergebnis

56. Im Rahmen dieser Vorabklärung kommt das Sekretariat zum Schluss, dass in Bezug auf die Einführung einer SMS-Terminierungsgebühr keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Erstens kann die Terminierungsgebühr von den LAI umgangen werden. Zweitens bestehen Anhaltspunkte, dass deren Einführung der Eindämmung von Spam dient und damit gerechtfertigt sein dürfte. Drittens handelt es sich um einen Sachverhalt von geringer volkswirtschaftlicher Bedeutung.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

¹⁹ Borer, Komm. KG, Art. 7 Rz. 9.

²⁰ RPW 2003/2, S. 430 f. E 5.3.2. ff.

²¹ Opt-in Modell: die Zustimmung des Empfängers muss vorliegen. Im Gegensatz dazu das opt-out Modell: hier wird auf eine vorangehende Zustimmung verzichtet, der Empfänger muss aber jederzeit die Möglichkeit haben, dass er diese vorausgesetzte Zustimmung entziehen kann.

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	2. Debitkarten-Akzeptanzgeschäft (Nichtdiskriminierungsklausel, NDR)

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart

Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 3. März 2008 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Die Schweizerische Post, Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG und Telekurs Multipay AG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

Décision de clôture de la Commission de la concurrence du 3 mars 2008 concernant l'enquête selon l'article 27 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart], RS 251) concernant Die Schweizerische Post, Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG et Telekurs Multipay AG relatif à de prétendues pratiques illicites selon l'article 7 LCart.

Decisione di chiusura del 3 marzo 2008 nella cause relativa all'inchiesta secondo l'art. 27 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli [LCart], RS 251) concernente Die Schweizerische Post, Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG e Telekurs Multipay AG a causa di eventuali pratiche illecite secondo l'art. 7 LCart.

Es wird auf die Akten verwiesen und

in Erwägung,

- dass die Wettbewerbsbehörden am 29. Januar 2002, gestützt auf einen Schlussbericht des Sekretariates der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) vom 21. Dezember 2001, eine Untersuchung gegen die Schweizerische Post, Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG und Telekurs Multipay AG (vormals Europay (Switzerland) AG) wegen eines allfälligen Missbrauchs einer alleinigen oder allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Bereich des Debitkarten-Akzeptanzgeschäfts (Erzwingung der Nichtdiskriminierungsklausel; nachfolgend "NDR") eröffnet haben,

- dass die Vorabklärung Anhaltspunkte für eine alleinige marktbeherrschende Stellung oder allenfalls kollektiv marktbeherrschende Stellung von Telekurs Multipay AG gemeinsam mit der Schweizerischen Post, Cornèr Ban-

ca SA und UBS Card Center AG und einen möglichen Missbrauch dieser alleinigen oder allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Stellung mittels Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (NDR) ergeben hat,

- dass die Eröffnung durch amtliche Publikation bekannt gemacht wurde und die Erdölvereinigung (EV) mit Schreiben vom 13. Februar 2002, der Verband elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) mit Schreiben vom 25. Februar 2002 und der Schweizerische Textildetaillisten-Verband Swiss Fashion Stores (SFS) mit Schreiben vom 27. März 2002 je ein Gesuch um Gewährung der Parteistellung im Untersuchungsverfahren gestellt haben,

- dass den Begehren der drei Verbänden um Gewährung einer Parteistellung je mit Schreiben des Sekretariats vom 30. Mai 2002 stattgegeben wurde,

- dass das Verfahren im Jahr 2002 unmittelbar nach Eröffnung der Untersuchung informell sistiert wurde, um die Ergebnisse der Untersuchungen i.S. Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft (Akte Nr. 32-0117) und Kreditkarten – Interchange Fee (Akte Nr. 22-0264) abzuwarten,

- dass die Wettbewerbskommission mit Entscheid vom 18. November 2002 in Sachen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft (32-0117) festgestellt hat, dass u.a. die Acquirer Cornèr Banca SA, UBS Card Center AG und Telekurs Multipay AG eine kollektiv marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft einnehmen und diese durch Erzwingung der NDR gegenüber den Händlern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässigerweise missbrauchen (RPW 2003/1, 106 ff.),

- dass dieser Entscheid in der Folge durch die Verfügungsadressaten vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Reko/WEF (RPW 2005/3, 530 ff.) und im Anschluss durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vor dem Schweizerischen Bundesgericht angefochten wurde,

- dass die UBS Card Center AG im Mai 2003 ihr gesamtes Visa-Akzeptanzgeschäft an die Telekurs Multipay AG übertragen hat (RPW 2006/1, 72),

- dass Cornèr Banca SA, UBS AG, Visa Card Services SA und Telekurs Multipay AG in der Untersuchung i.S. Kreditkarten – Interchange Fee (22-0264) im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung vom 29. März

2005 auf die NDR in den Kreditkarten-Akzeptanzverträgen verzichtet haben (RPW 2006/1, 113 und 121),

- dass die Telekurs Multipay AG im gleichen Zug auch auf die NDR für die Debitkartensysteme von MasterCard (Maestro) und Visa verzichtet hat,

- dass die Cornèr Banca SA im Juli 2005 ihr gesamtes Visa-Akzeptanzgeschäft an die Viseca Card Services SA verkauft hat (RPW 2006/1, 68),

- dass die Aduno SA als (damalige) Tochtergesellschaft der Viseca Card Services SA seit dem 1. August 2005 im Debitkarten-Akzeptanzgeschäft für Maestro und Visa operativ tätig ist und deren Akzeptanzverträge keine NDR enthalten,

- dass seit Herbst 2005 das deutsche Unternehmen B&S Card Service als sogenannter Cross Border Acquirer für die Debitkartenprodukte Maestro und Visa seine Dienstleistungen auf dem Schweizer Markt anbietet und im 2006 auch die ConCardis Schweiz AG, eine Tochtergesellschaft des gleichnamigen deutschen Unternehmens, ihre Tätigkeit als Acquirer für dieselben Produkte aufgenommen hat (RPW 2006/4, 418 f.),

- dass die Wettbewerbskommission mit Entscheid vom 5. Dezember 2005 die einvernehmliche Regelung vom 29. März 2005 in Sachen Kreditkarten - Interchange Fee (22-0264) für eine Dauer von vier Jahren genehmigt hat (RPW 2006/1, 65 ff.),

- dass das Schweizerische Bundesgericht in Sachen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft (32-0117) je mit Beschluss vom 26. Juli 2006 die Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit wegen Unterziehung einstellte (RPW 2006/3, 581 f.) und die Wettbewerbskommission aus dem gleichen Grund das Verfahren mit Entscheid vom 18. Dezember 2006 ebenfalls abschrieb (RPW 2007/1, 71 ff.),

- dass die Schweizerische Post die NDR im Debitkartensystem der Postcard mit Wirkung ab Juni respektive August 2007 ebenfalls abgeschafft und dem Sekretariat

mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 eine Erklärung hat zukommen lassen, gemäss welcher sie künftig auf eine NDR in ihren Akzeptanzverträgen für Zahlungsverkehrsprodukte verzichtet,

- dass somit heute in keinem der in der Schweiz betriebenen Debitkartensysteme eine NDR gilt,

- dass sich die anfänglich bestandenen Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht bestätigt haben und sich die Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens somit erübrigt,

- dass die an der Untersuchung beteiligten Verbände mit Parteistellung EV, VEZ und SFS in ihren Schreiben vom 13. Juli (VEZ), 17. Juli (SFS) und 18. Juli 2007 (EV) die Einstellung des Verfahrens ohne Folgen befürworten und diese Haltung gegenüber der Schweizerischen Post durch Unterzeichnung je eines separaten Schreibens bestätigt haben,

- dass sämtliche Parteien mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 eingeladen wurden, zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung zu nehmen,

- dass alle Parteien mit Ausnahme der Cornèr Banca SA, welche sich innerhalb der gesetzten Frist nicht vernehmen liess, keine Einwendungen gegen die Einstellung des Verfahrens erhoben haben,

- dass in Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG keine Gebührenpflicht besteht, wenn sich die zu Beginn der Untersuchung vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c GebV-KG i.V.m. Art. 53a Abs. 3 KG),

verfügt:

1. Die Untersuchung wird ohne Folgen eingestellt.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. CSS/Intras

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. Februar 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. Februar 2008

Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung der Versicherer CSS und Intras über die beabsichtigte Übernahme von Intras – Caisse Maladie und Intras Assurances SA durch die CSS. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission (WEKO) auf eine Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

A SACHVERHALT

1. Am 7. Januar 2008 hat die WEKO die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Unternehmen CSS und Intras, wie in Randziffer 3 aufgezeigt, zu fusionieren.

2. In den Vollzug des Zusammenschlusses sind mehrere Gesellschaften und Stiftungen involviert, die für das bessere Verständnis im Folgenden aufgeführt werden:

2.1. **CSS Holding AG** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern. Sie bezweckt den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen aller Art, insbesondere an Privat- und Sozialversicherungen.

2.2. **CSS Versicherung AG** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern. Sie bezweckt den Betrieb der Krankenzusatz-, der Unfall-, der Sach- und jeder anderen Art direkter und indirekter Versicherungen; ausgenommen bleibt die direkte und indirekte Lebensversicherung.

2.3. **Intras – Caisse Maladie** ist eine Stiftung mit Sitz in Carouge. Sie bezweckt den Betrieb der Krankenpflege- und Unfallversicherung gemäss UVG sowie der Rückversicherung.

2.4. **Intras Assurances SA** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Carouge, deren Gesamtkapital im Besitz der Stiftung Blavignac liegt. Sie bezweckt den Betrieb der Krankenpflege- und Unfallversicherung sowie der Rückversicherung.

2.5. **Die Stiftung Blavignac**, mit Sitz in Carouge hält sämtliche Aktien der Intras Assurances SA.

2.6. **Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG**, mit Sitz in Zürich, bezweckt den Betrieb von Versicherungen aller Arten, im Besonderen im Gebiet der Krankenpflege- und Unfallversicherung sowie der Sachversicherung; ausgenommen bleibt die Lebensversicherung.

2.7. **Vaudoise Assurances Holding SA** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Lausanne. Sie bezweckt die Beteiligung an Unternehmen, so auch an der VAUDOISE GENERALE (Versicherungs-Gesellschaft AG, die Versicherungen aller Arten sowie Rückversicherungen betreibt – ausgenommen bleibt die Lebensversicherung –) und der VAUDOISE VIE (Versicherungs-Gesellschaft AG, die in der Lebensversicherung und Rückversicherung im Bereich der Lebensversicherung tätig ist).

2.8. **Newco Holding AG**: Gemäss der unterbreiteten Unterlagen existiert diese Gesellschaft zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens noch nicht, sondern wird erst noch gegründet (wird möglicherweise Blavignac SA genannt werden).

3. Der Unternehmenszusammenschluss wird in zwei Etappen abgewickelt:

3.1 In einer ersten Phase werden die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG und die Vaudoise Assurances Holding AG die Newco Holding AG gründen. Sämtliche Aktiven und Passiven der Blavignac Stiftung (primär bestehend aus den Aktien der Intras Assurances SA) werden folglich an die Newco Holding AG übertragen.

3.2 In einer zweiten Phase werden sämtliche Aktien der Newco Holding AG durch die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG und die Vaudoise Assurances Holding AG an die CSS Versicherung AG geäussert. Gleichzeitig werden Vertreter der CSS Holding AG in den Stiftungsrat der Intras-Caisse Maladie gewählt.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

4. 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

5. 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).

6. Die sich zusammenschliessenden Versicherer bieten insbesondere Versicherungsverhältnisse in der obligato-

rischen Krankenpflegeversicherung, der Krankenpflegezusatzversicherung, der Krankentaggeldversicherung und in der Unfallversicherung (vgl. Rz. 19) an. In Bezug auf die Leistungserbringer treten sie als Nachfrager von Gesundheitsdienstleistungen und Gesundheitsprodukten bzw. als Anbieter von Vertriebswegen für diese Waren und Leistungen auf.¹ Sie erbringen somit Dienstleistungen und nehmen am Wirtschaftsprozess sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager teil.

7. Hinsichtlich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bleibt zu erwähnen, dass die Versicherer gemäss Art. 12 Abs. 1 KVG keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen (keine Gewinnerzielungsabsicht). Dies ist nicht von Belang, da die Gewinnerzielung keine Voraussetzung für den Unternehmensbegriff gemäss Kartellgesetz darstellt.

8. Zusammenfassend wird somit festgehalten, dass die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als Unternehmen gemäss Kartellgesetz zu qualifizieren sind.²

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Bei der Kontrollübernahme der Intras durch die CSS handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

11. Wie bereits in früheren Entscheiden festgestellt, enthalten für die hier zu beurteilenden Märkte weder das KVG, das VVG noch das UVG Regeln, welche die Anwendung der Zusammenschlussbestimmungen des Kartellgesetzes ausschliessen.³

12. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die WEKO einen Zusammenschluss von Versicherern, die zum Beispiel in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, mit Auflagen (Art. 10 Abs. 2 KG) zulassen könnte oder ob insbesondere im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG allfälligen Auflagen entgegenstehen. Konkret geht es darum, ob die WEKO eine obligatorische Krankenpflegeversicherung mit der Auflage versehen könnte, sich aus einem bestimmten Kanton zurückzuziehen, weil der Zusammenschluss sonst eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde.

13. Es besteht keine gesetzliche Bestimmung, welche die Versicherungen verpflichten würde, die obligatorische Krankenpflegeversicherung in allen Kantonen anzubieten. Vielmehr können die Versicherer ein Gesuch

um Entzug der Bewilligung beim Departement einreichen. Das Departement sorgt dafür, dass der Entzug erst dann wirksam wird, wenn alle Versicherten von anderen Versicherungen übernommen worden sind (Art. 13 Abs. 3 KVG). So hat beispielsweise die Visana am 26. August 1998 beim Bundesamt für Gesundheit (BAG) das Gesuch um Bewilligung der Sistierung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in acht Kantonen eingereicht. Das Eidgenössische Departement des Inneren (EDI) hat daraufhin mit Verfügung vom 16. September 1998 den Entzug der Bewilligung in acht Kantonen verfügt.⁴ Diesbezüglich bleibt zu beachten, dass allfällige Auflagen nicht einseitig zu verfügen wären, sondern in einem dialogischen Prozess mit den Beteiligten zu erarbeiten.⁵

14. In den hier zu beurteilenden Märkten bestehen keine Vorschriften, welche die Anwendung der Zusammenschlussbestimmungen des Kartellgesetzes ausschliessen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

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

16. Die am vorliegenden Unternehmenszusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 totale Bruttoprämieinnahmen von CHF 4'556'406'000. Die CSS verzeichnete dabei in der Schweiz Bruttoprämieinnahmen von CHF 3'307'101'000, die Intras Caisse Maladie CHF 985'824'000 und die Intras Assurances SA CHF 263'381'000.

17. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.4 Vorläufige Prüfung

B.4.1 Vorgehen

18. 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). Um zu beurteilen, ob mit dem

¹ Vgl. auch RPW 2001/4, S. 659 f.

² So auch in RPW 2007/2, S. 179, RPW 2004/4, S. 1106; RPW 2001/4, S. 653, RPW 1997/4, S. 462, Rz. 11; ET 1980, S. 259; FJS 1971, S. 78.

³ RPW 1997/4, S. 525, Rz. 6 (Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen), RPW 2005/2, S. 394, Rz. 27 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse).

⁴ URL: www.kvg.org/print/res/default.htm [16.01.2008].

⁵ In diesem Sinne auch der Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 1. Mai 2006, Rz. 4.1 (Unternehmenszusammenschluss "Swissgrid AG").

Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem weiteren Schritt wird

die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss betrachtet.

B.4.2 Relevante Märkte

Tabelle 1: Übersicht der durch CSS und Intras angebotenen Versicherungsprodukte

	Sachlich relevante Märkte	CSS	Intras	Räumlich rel. Markt
1	Obligatorische Krankenpflegeversicherung KVG	x	x	Kt.
2a	Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung VVG - ambulant	x	x	CH
2b	- stationär	x	x	Kt.
3a	Kollektiv-Krankenpflegezusatzversicherung VVG - ambulant	x	x	CH
3b	- stationär	x	x	Kt.
4a	Krankentaggeldversicherung KVG - einzel	x	x	CH/reg.
4b	- kollektiv	-	x	CH/reg.
5a	Krankentaggeldversicherung VVG - einzel	x	x	CH
5b	- kollektiv	x	x	CH
6	Unfallversicherung nach UVG - kollektiv	x	-	CH
7a	Unfallversicherung nach VVG - einzel	x	x	CH
7b	- kollektiv	x	x	CH
8	See-, Luftfahrt- und Transportversicherung	x ¹	x ³	Offen gelassen (min. CH)
9	Allgemeine Haftpflicht	x	-	CH
10	Feuer, Elementarschaden und übrige Sachschaden	x	-	CH
11	Rechtsschutz	x ²	x ³	CH

Quelle: Wettbewerbsbehörden; Angaben der CSS und Intras

x¹ Reisegepäckversicherung im Rahmen der Ferien- und Reiseversicherung

x² Risikoträgerschaft liegt bei TCS Assista; in der Ferien & Reiseversicherung hat es ebenfalls einen Rechtsschutzbaustein (Auslandrechtsschutz)

x³ Über AXA für die Rückführung und über ORION für den Rechtsschutz

19. Die Parteien bieten die obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG, die Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG (einzel und kollektiv), die Krankentaggeldversicherung nach KVG (einzel und kollektiv), die Krankentaggeldversicherung nach VVG (einzel und kollektiv) sowie die Unfallversicherung nach UVG (kollektiv) und nach VVG (einzel und kollektiv) an (vgl. Tabelle 1). Im Weiteren führen sie die folgenden Versicherungsleistungen: See-, Luftfahrt- und Transportversicherung, Versicherung von allgemeiner Haftpflicht, Feuer, Elementarschaden und übrigen Sachschaden sowie Rechtsschutzversicherung. Im Bereich der Krankentaggeldversicherung nach KVG (kollektiv) ist jedoch nur die Intras sowie im Bereich der Unfallversicherung nach UVG (kollektiv) nur die CSS tätig.

B.4.2.1 Sachlich relevante Märkte

B.4.2.1.1 Allgemein

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

zwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

21. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass die obligatorische Krankenpflegeversicherung, die Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG, die Krankentaggeldversicherung, die Unfallversicherung, die Versicherung von See-, Luftfahrt- und Transportversicherung, von allgemeiner Haftpflicht, Feuer, Elementarschaden und übrige Sachschaden sowie die Rechtsschutzversicherung aufgrund ihrer völlig unterschiedlichen Funktionen untereinander nicht substituierbar sind, weshalb von verschiedenen Märkten ausgegangen werden muss.⁶

22. Im Zusammenhang mit der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, der Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG sowie der Unfallversicherung sind als

⁶ RPW 2005/2, S. 395, Rz. 39 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

Marktgegenseite der Versicherer nicht nur die Versicherungsnehmer, sondern auch die Leistungserbringer zu betrachten.⁷ Jedoch hat die WEKO insbesondere aufgrund des zu vermutenden Ausbleibens wesentlicher Abweichungen der Marktanteile der Versicherer gegenüber Leistungserbringern und gegenüber Versicherungsnehmern in bisherigen Zusammenschlüssen auf eine separate Betrachtung der Marktstellung der Versicherer auf Seiten der Leistungserbringer und Versicherten verzichtet. Stattdessen erfolgte die Marktabgrenzung unter Berücksichtigung der von den beteiligten Unternehmen angebotenen Dienstleistungen.⁸ Vorliegend gibt es keine Gründe, um von diesem Grundsatz abzuweichen; soweit nötig wird auf Unterschiede in der Marktstellung der Versicherer gegenüber den Versicherten und Leistungserbringern eingegangen.

23. In Bezug auf die Krankentaggeldversicherung sind lediglich die Versicherungsnehmer als Marktgegenseite zu betrachten, da diese mit den Versicherungen einen Vertrag über die Krankentaggeldversicherung abschliessen und die Leistungserbringer nicht betroffen sind.

B.4.2.1.2 Versicherungsangebot der beteiligten Unternehmen

24. Im Bereich der **obligatorischen Krankenpflegeversicherung** sind die durch die Versicherung übernommenen Leistungen gesetzlich festgelegt (vgl. Art. 25 bis 31 KVG). Des Weiteren ist die Krankenpflegeversicherung für alle obligatorisch (Art. 3 Abs. 1 KVG). Bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist daher von einem separaten Markt auszugehen.

25. Im Rahmen der **Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG** lassen sich unterschiedliche Risiken versichern. Die Behandlung kann ambulant oder stationär erfolgen. Eine Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG im ambulanten Bereich beinhaltet beispielsweise komplementärmedizinische Behandlungen, Fitnessabos und Impfungen. Eine Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG im stationären Bereich hingegen versichert Spitalleistungen; im Vordergrund stehen medizinische Leistungen im Bereich "Halbprivat" und "Privat". Aufgrund dieser Überlegung sind die beiden Leistungsangebote für den Versicherten nicht substituierbar, weshalb sich eine Unterteilung in verschiedene Märkte rechtfertigt (ambulant und stationär).⁹ Für die Wettbewerbsbehörden ist die Unterscheidung in Einzel- und Kollektivversicherung für die Beurteilung des Zusammenschlusses von untergeordneter Bedeutung.¹⁰ Ob sie gemacht werden müsste, kann nachfolgend offen gelassen werden, da dies nicht zu einer anderen Beurteilung des Zusammenschlusses führt.

26. Im Bereich der **Krankentaggeldversicherung** muss zwischen Krankentaggeldversicherung **nach KVG** und **nach VVG** unterschieden werden (vgl. Art. 67 ff. KVG). Beide Versicherungen sind freiwillig und decken das Risiko des Lohnausfalls durch Krankheit und Mutterschaft (vgl. Art. 72 KVG). Bei der Krankentaggeldversicherung nach KVG ist der Versicherer grundsätzlich verpflichtet, eine zum Beitritt berechtigte Person (erwerbstätige Person, die das 15., aber noch nicht das 65. Altersjahr zurückgelegt hat) aufzunehmen (Art. 68 Abs. 1 KVG). Zudem ist im Bereich der Krankentaggeldversi-

cherung nach KVG gesetzlich geregelt, unter welchen Bedingungen ein Versicherungsvorbehalt möglich ist (Art. 69 KVG). Hingegen ist der Versicherer im Bereich der Krankentaggeldversicherung nach VVG frei, einen Antrag abzulehnen und die Deckungssumme frei zu bestimmen. Ob ein Vertrag zu Stande kommt, hängt somit vom übereinstimmenden Willen der Parteien ab, einen Vertrag zu schliessen (Art. 100 Abs. 1 VVG i.V.m. Art. 1 OR). Insofern ist die Krankentaggeldversicherung nach KVG für den Versicherungsnehmer nicht mit der nach VVG substituierbar. Daher wird zwischen dem Markt für Krankentaggeldversicherungen nach KVG und dem Markt für Krankentaggeldversicherungen nach VVG unterschieden.

27. Krankentaggeldversicherungen können **einzel** und **kollektiv** angeboten werden, Letztere im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen. Der einzelne Versicherte kann sich nur im Rahmen eines Kollektives einer Kollektivversicherung anschliessen, einem Kollektiv hingegen bleibt der Anschluss an eine Einzelversicherung verwehrt. Ebenso kann ein Individualkunde keinem kollektiven Vertrag beitreten, wenn sein Arbeitgeber keine entsprechende Versicherung abgeschlossen hat. Demzufolge erscheinen Einzel- und Kollektiv-Versicherungen nur bedingt substituierbar.¹¹ Im Bereich der Krankentaggeldversicherung nach KVG bietet die CSS bloss Einzeltaggeldversicherungen an (die kollektive Krankentaggeldversicherung ist folglich nicht zu beurteilen).

28. Die **Unfallversicherung nach UVG** versichert obligatorisch alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer/innen (Art. 4 Abs. 1 UVG) sowie Arbeitslose, die Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben. Sie umschliesst die Berufsunfallversicherung (Kollektivversicherung), welche die Arbeitgeber/innen tragen und die Nichtberufsunfallversicherung (Kollektivversicherung), die zulasten der Arbeitnehmer/innen geht. Selbständig Erwerbenden steht es offen, sich freiwillig zu versichern (freiwillige [Einzel-]versicherung). Bei Teilzeitbeschäftigten mit weniger als acht Arbeitsstunden pro Woche übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Heilkosten von Nichtberufsunfällen (vgl. Artikel 8 KVG). Gleiches gilt für Personen, die nicht obligatorisch unfallversichert sind (z.B. Hausfrauen, Studierende,

⁷ RPW 2001/4, S. 659, Rz. 53 (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau); RPW 2005/2, S. 395, Rz. 37 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

⁸ RPW 2005/2, S. 395, Rz. 38 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

⁹ Vgl. RPW 2003/4, S. 868, Ziff. 6.1.1. f. (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau); RPW 2001/4, S. 659 ff. (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau).

¹⁰ Die Marktstärke erwächst den Versicherern gegenüber den Leistungserbringern primär aus dem Versichertenkollektiv (unabhängig davon ob einzeln oder kollektiv versichert). Die Marktstärke der Versicherer gegenüber den Versicherten erwächst Ersteren aus attraktiven Versicherungsangeboten, die in der Zusatzversicherung in der Regel auf den Tarifverträgen basieren, welche sowohl für die Einzel- als auch Kollektivversicherung identisch sind.

¹¹ RPW 2005/2, S. 396, Rz. 41 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

Pensionierte).¹² Im Bereich der Unfallversicherung nach UVG bot vor dem Zusammenschluss nur die CSS Versicherungsleistungen an.

29. Behandlungsformen ausserhalb des gesetzlich vorgesehenen oder Lohnkosten über dem gesetzlich vorgesehenem Grenzwert sind bei Bedarf durch ergänzende Versicherungen nach VVG abzudecken. Der Bereich der **Unfallversicherung nach VVG** versichert also übergesetzliche Zusatzleistungen im Rahmen der Unfallversicherung. Da das versicherte Risiko in der Übernahme der finanziellen Folgen eines Unfalls besteht, ist die Unfallversicherung nicht mit den Krankenpflegeversicherungen substituierbar. Im Bereich der Unfallversicherung nach VVG wird zudem zwischen Einzel- und Kollektivversicherungen bzw. gemäss Terminologie der Statistiken des BPV zwischen Einzelunfallversicherung und (kollektiver) UVG-Zusatzversicherung unterschieden.

30. Die Definition der sachlich und räumlich relevanten Märkte hinsichtlich der See-, Luftfahrt- und Transportversicherung, der Versicherung von allgemeiner Haftpflicht, Feuer, Elementarschaden und übrige Sachschaden sowie der Rechtsschutzversicherung kann offen gelassen werden. Denn auch bei engstmöglicher Abgrenzung liegen keine betroffenen Märkte vor.

B.4.2.2 Räumlich relevante Märkte

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

32. Im Bereich der **obligatorischen Krankenpflegeversicherung** ist die WEKO bisher von einem kantonalen Markt ausgegangen, da es einem Versicherungsnehmer gemäss Art. 41 Abs. 1 KVG grundsätzlich nicht möglich ist, auf einen anderen Kanton auszuweichen.¹³ Es rechtfertigt sich, auch vorliegend von einem kantonalen Markt auszugehen.

33. Die WEKO hat in bisherigen Entscheiden im Bereich der **Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG** in der Regel für stationäre Behandlungen kantonale Märkte abgegrenzt. Diese räumliche Marktabgrenzung rechtfertigt sich, da die Verträge zwischen den Versicherern und den Leistungserbringern meist kantonal abgeschlossen werden. Zudem kann tendenziell davon ausgegangen werden, dass sich ein Versicherungsnehmer in seinem Wohnsitzkanton behandeln lassen wird.¹⁴

34. Hingegen lassen sich **ambulante** Behandlungen im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG vorliegend national abgrenzen.¹⁵ Dabei kann die Frage nach der Definition einer engeren, z. B. regionalen Marktabgrenzung (zum Beispiel: die Deutsch- oder die Westschweiz) – offen gelassen werden, weil eine engere Auslegung des Marktes zu keiner anderen Beurteilung des Zusammenschlusses führen würde.

35. Die räumliche Abgrenzung der **Krankentaggeldversicherung nach KVG und VVG** kann vorliegend offen gelassen werden, da bei einer nationalen oder regionalen (überkantonalen) Abgrenzung keine Verstärkung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der zusammenschliessenden Parteien vorliegt.

36. Die Prämien der **Unfallversicherung nach UVG und VVG** werden im Gegensatz zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung nicht kantonal oder regional abgestuft, sondern richten sich nach Risikoklassen. Bei der Unfallversicherung kann generell von einem nationalen Markt ausgegangen werden.¹⁶

37. Hinsichtlich der See-, Luftfahrt- und Transportversicherung, der Versicherung von allgemeiner Haftpflicht, Feuer, Elementarschaden und übrige Sachschaden sowie der Rechtsschutzversicherung wird auf Rz. 30 verwiesen.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

38. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (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.

39. Bei der Analyse der Wettbewerbssituation kommt der Beurteilung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz eine zentrale Rolle zu. Beurteilt wird die aktuelle Konkurrenz, indem insbesondere die Marktverhältnisse und die Kräfteverhältnisse zwischen den zurzeit im relevanten Markt tätigen Wettbewerbern analysiert werden. Welche Unternehmen als aktuelle und potenzielle Konkurrenten in die Analyse einzubeziehen sind, bestimmt sich über die Marktabgrenzung (Art. 11 Abs. 1 Bst. e-f VKU).

B.4.3.1 Markt für Krankenpflegeversicherung

B.4.3.1.1 Allgemein

40. Ein Kriterium für die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz ist die Anzahl Wettbewerber. Je grösser die Anzahl Wettbewerber, desto geringer ist tendenziell die Wahrscheinlichkeit der Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung, wobei die Wettbewerber ernstzunehmende Konkurrenten sein müssen. Ein Indikator für die Stärke der Zusammenschlussparteien und derer Konkurrenten bilden die Marktanteile und die Marktkonzentration. Wobei sich die

¹² Dabei ist zu beachten, dass Leistungen der subsidiären Unfallversicherung weniger vorteilhaft sind als die der Unfallversicherung nach UVG. Siehe etwa CHRISTIAN A. LUDWIG, Unfallversicherung, in: Gerhard Kocher/Willy Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009, Bern 2007, S. 395 ff.

¹³ RPW 2005/2, S. 396, Rz. 46 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

¹⁴ RPW 1999/2, S. 230 f. (Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit), RPW 2001/4, S. 664 f. (Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau).

¹⁵ Vgl. etwa RPW 2004/2, S. 461, Rz. 49 (ErfahrungsMedizinisches Register EMR: Eskamed AG).

¹⁶ RPW 2005/2, S. 396, Rz. 49 (Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG / La Suisse).

Marktanteile von Versicherungen aus den Bruttoprämieneinnahmen (Art. 6 VKU) und den Versichertenzahlen ergeben. Dabei gliedern sich die zu vergleichenden Marktanteile, wie in Rz. 20 ff. aufgezeigt, in verschiedene Märkte.

41. Hinsichtlich der Marktstruktur von obligatorischen Krankenversicherungen lässt sich generell ein Konzentrationsprozess beobachten. Noch vor 40 Jahren gab es in der Schweiz fast 1000 Krankenversicherer. Bereits 1990 waren es nur noch 246, und 2006 führten noch 87 Versicherer die obligatorische Krankenpflegeversicherung durch. Der Konzentrationsprozess lässt sich auch durch die Tatsache aufzeigen, dass rund 83% der Bevölkerung durch die grössten zehn Krankenversicherer bzw. Krankenversicherungsgruppen versichert werden. Nur noch 49 Krankenversicherer sind zudem in der ganzen Schweiz tätig. Ausserdem ist zu beachten, dass diverse Versicherer in Gemeinschaften (Mitgliedskassen wie bei der Groupe Mutuel) oder unter einem gemeinsamen Dach (z. B. die Helsana-Gruppe mit Helsana, Progrès, Avanex, Sansan und Aerosana) auftreten, so dass faktisch nicht 49, sondern rund 27 Versicherer schweizweit tätig sind.¹⁷

42. Gründe für diesen Konzentrationsprozess bilden insbesondere die bestehende Regulierung im Bereich des KVG – namentlich der Kontrahierungszwang im ambulanten und stationären Bereich –, aber auch die wachsenden Anforderungen in den Bereichen Informatik, Statistik sowie die steigenden Ansprüche bei Beratung und Dienstleistungen.¹⁸ Trotz Konzentrationsprozess bestehen aber weiterhin eine Reihe von Krankenversicherern, die grundsätzlich gesehen – soweit es das Korsett des KVG zulässt – untereinander in einem gewissen Wettbewerb stehen. Unterstützt wird diese Tatsache dadurch, dass den Versicherten grundsätzlich ein Wechsel der Krankenkasse offen steht (Art. 4 und 7 KVG).

43. Die potenzielle Konkurrenz ist im Allgemeinen als eher gering zu beurteilen. Wie erwähnt reduziert sich die Zahl der Versicherer seit längerem aus genannten Gründen, was tendenziell gegen nationale Neueintritte von Krankenkassen spricht (vgl. Rz. 41). Bei den in den vergangenen Jahren gegründeten Versicherern handelte es sich jeweils um Tochterkassen von grösseren Versicherern (die vornehmlich der Verbesserung der Risikostruktur dienen).

B.4.3.1.2 Beurteilung der betroffenen Märkte

44. Im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung sind mehrere Kantone vom Zusammenschluss betroffen. Es handelt sich um die Kantone SZ, FR, OW, LU, JU, VS, SO, UR, NW, GE, ZG, SG und AI (vgl. Tabelle 2).

45. Marktanteile und Konzentrationsgrad geben Anhaltspunkte für die Marktstruktur und die wettbewerbliche Bedeutung der Fusionspartner und ihrer Konkurrenten. In den betroffenen Kantonen betragen die Marktanteile für das Jahr 2006 von CSS und Intras nach dem Zusammenschluss zwischen 22.4% und 34.4%. In den meisten Kantonen, d.h. OW, LU, JU, VS, SO, UR, NW, GE, ZG, SG und AI, sehen sich CSS und Intras nach

dem Zusammenschluss zumindest einem ähnlich grossen Versicherer gegenüber. Weiter ist zu beachten, dass die jeweiligen Marktanteilsadditionen des Zusammenschlusses bis auf die Kantone SO und GE relativ gering sind. Zudem existieren in diesen Kantonen namhafte, national tätige Konkurrenten.

46. In den Kantonen SZ, FR, VS und SO heben sich CSS und Intras deutlich von den nächstgrösseren Versicherern ab, allerdings gestaltete sich die Situation in den Kantonen SZ, FR und VS bereits vor dem Zusammenschluss ähnlich, so dass nicht von einer erheblichen Verstärkung der Marktstellung von CSS und Intras auszugehen ist. Auf den Kanton SO wird in Rz. 49 eingegangen.

¹⁷ Vgl. Statistiken des BAG (etwa: URL: <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00261/index.html?lang=de&download=M3wBPgDB/8ull6Du36WenojQ1NTTjaXZnqWfVpzLhmfnapmmc7Zi6rZnqCkkIZ4hH9/bKbXrZ6lhuDZz8mMps2gpKfo> [21.01.07]); WALTER FREI, Krankenversicherer, in: Gerhard Kocher/Willy Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009, Bern 2007, S. 139; siehe auch RPW 2001/4, S. 674, Rz. 101 (Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung); infosantésuisse (2006), "Nur noch 27 Krankenversicherer schweizweit tätig", 1-2.

¹⁸ Insbesondere WALTER FREI, Krankenversicherer, in: Gerhard Kocher/Willy Oggier (Hrsg.), Gesundheitswesen Schweiz 2007-2009, Bern 2007, S. 139 f.

Tabelle 2: Marktanteile gemäss Anzahl Versicherte 2006 (in %)

Kt.	CSS und			Konkurrent 1		Konkurrent 2		Konkurrent 3	
	Intras	CSS	Intras	%	Name	%	Name	%	Name
AI	1.6	20.8	22.4	30.0	Swica	13.6	Helsana	12.3	Sanitas
FR	2.3	30.5	32.8	20.5	Groupe Mutuel	9.4	Helsana	7.5	Visana
GE	16.1	7.2	23.3	33.8	Groupe Mutuel	13.6	Assura	11.7	Helsana
JU	1.0	28.8	29.8	25.4	Groupe Mutuel	13.0	Assura	8.0	Concordia
LU	1.9	29.3	31.2	25.6	Concordia	12.3	Helsana	5.4	Sanitas
NW	1.8	21.8	23.6	28.3	Concordia	13.7	Helsana	8.6	Sanitas
OW	1.5	30.5	32.0	26.6	Concordia	13.0	Helsana	5.9	Sanitas
SG	2.6	20.4	23.0	27.3	Swica	15.6	Helsana	7.4	Concordia
SO	11.0	17.8	28.8	15.7	Helsana	10.2	Sanitas	6.6	Groupe Mutuel
SZ	1.7	32.7	34.4	17.1	Concordia	12.6	Helsana	7.9	Sanitas
UR	0.7	26.6	27.3	27.5	Concordia	14.4	Helsana	7.3	ÖKK
VS	1.8	27.5	29.3	21.1	Groupe Mutuel	12.1	Helsana	5.0	Sodalis Visp
ZG	2.4	20.6	23.0	18.2	Concordia	16.1	Helsana	10.3	Sanitas

Quelle: Daten BAG, eigene Berechnungen

47. Eine analoge Beurteilung folgt auch bei Betrachtung des Hirschman-Herfindahl-Index (HHI), der als Kennzahl für das Konzentrationsmass in einem Markt dienen kann.¹⁹ Gemäss Praxis der EU-Kommission hinsichtlich horizontalen Zusammenschlüssen bedürfen Märkte, in denen der HHI nach dem Zusammenschluss (HHI_{post}) unterhalb von 1'000 liegt, in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Gleiches gilt, a) wenn der HHI_{post} zwischen 1'000 und 2'000 und der Delta-Wert (ΔHHI ; die durch die Übernahme induzierte Veränderung des HHI) unterhalb von 250 liegt oder b) wenn der HHI zwar höher als 2'000, aber der Delta-Wert kleiner als 150 ist; beides gilt unter der Voraussetzung, dass keine besonderen Umstände vorliegen bzw. bestimmte Marktgegebenheiten nicht gegeben sind (z.B. betreffend potenzieller Konkurrenz und Abwesenheit von Anhaltspunkten für kollektive Marktbeherrschung).²⁰ Der HHI ist ein Konzentrationsmass, das auch andere Wettbewerbsbehörden beurteilen, so auch die CH.²¹ Tabelle 3 gibt die vorliegend durchgeführten, gerundeten Schätzungen des HHI in den jeweilig betroffenen Kantonen sowie den Delta-Wert wieder.

48. Wie aus Tabelle 3 ersichtlich, liegt der HHI in den betroffenen Märkten bzw. Kantonen zwischen 1'000 und 2'000. Der Delta-Wert ist bis auf den Kanton SO unterhalb von 250 (zum Kanton SO vgl. Rz. 49). Auch aus diesem Blickwinkel und da die angesprochenen besonderen Umstände nicht gegeben sind, ist es gerechtfertigt, die obgenannten Kantone (bis auf den Kanton SO) nicht weiter zu untersuchen. Allerdings ist zu bemerken, dass in diversen Kantonen ein relativ hohes Konzentrationsmass erreicht wird, so dass allfällige, zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse voraussichtlich einer vertieften Analyse unterzogen werden müssten.

¹⁹ Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher Unternehmen in einem Markt. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols).

²⁰ URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:DE:PDF> [18.01.08]. Der HHI variiert zwischen 0 (in einem fragmentierten Markt) und 10'000 (im Falle eines Monopols).

²¹ In RPW 2007/3, S. 371 (Konsumkredite) und im Zusammenschluss Migros/Denner (RPW2008/1, S. 129).

Tabelle 3: HHI vor (HHI_{pre}) und nach (HHI_{post}) dem Zusammenschluss, Delta-Wert (Δ HHI)

Kantone	AI	FR	GE	JU	LU	NW	OW
HHI _{pre}	1'732	1'526	1'569	1'785	1'742	1'587	1'879
Δ HHI	66	143	237	61	109	79	89
HHI _{post}	1'798	1'669	1'806	1'846	1'851	1'666	1'968
Kantone	SG	SO	SZ	UR	VS	ZG	
HHI _{pre}	1'519	841	1'645	1'784	1'520	1'193	
Δ HHI	107	394	109	40	103	101	
HHI _{post}	1'626	1'235	1'754	1'824	1'623	1'294	

Quelle: Eigene Berechnungen.

49. Nachfolgend ist auf den Kanton SO einzugehen: Die Gesamtkonzentration (HHI_{post} = 1235) und der gemeinsame Marktanteil CSS und Intras im Kanton SO sind zwar weniger hoch als in anderen betroffenen Kantonen (gemeinsamer Marktanteil = 28.8), jedoch sind der Konzentrationsanstieg und die Marktanteilsaddition relativ hoch (Delta HHI = 394; Marktanteilsaddition = 11.0% + 17.8%). Die fusionierenden Versicherer erfahren damit allein durch den Zusammenschluss ein namhaftes Wachstum. Neben der CSS und Intras weisen zwei Versicherer einen Marktanteil von über 10% auf, vier einen Marktanteil zwischen 5 bis 8%, die restlichen Versicherer liegen darunter. Die verbleibenden Versicherer sind damit deutlich kleiner als die zusammenschliessenden Parteien. In dieser Marktkonstellation auf Versichererseite erscheint die hohe Marktanteilsaddition der fusionierenden Versicherer im Kanton SO vorderhand problematisch. Aus folgenden Gründen ist aber im Gesamtkontext anzunehmen, dass auch im Kanton SO weiterhin ausreichend aktuelle Konkurrenz vorhanden sein sollte:

a. Es ist davon auszugehen, dass von den grösseren, national tätigen Versicherern eine disziplinierende Wirkung ausgeht: Diese sind in der Lage (insbesondere finanziell gesehen), sich vermehrt auf ein Gebiet oder einen Kanton zu konzentrieren und damit Versicherte zu gewinnen.

b. Die geltende Regulierung gewährt den Leistungserbringern (gerade im stationären Bereich) Machtvorteile, welche die Marktstellung der Versicherer und damit auch der zusammenschliessenden Parteien relativieren. Gerade im stationären Bereich stehen die Versicherer einem erstarkten Kanton gegenüber, welcher die deutliche Mehrheit der Spitäler gemäss Spitalliste (Kantonsspital Olten, Bürgerspital Solothurn, Spital Grenchen, Spital Dornach, solothurnische Höhenklinik Allerheiligenberg, psychiatrische Dienste) unter der Firma "Solothurner Spitäler" in einer Aktiengesellschaft vereint.²²

c. Anreize für die fusionierenden Unternehmen, die Preise zu erhöhen, werden in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung namentlich dadurch eingeschränkt, dass die Tarife und Prämien durch die Kantone bzw. den Bundesrat reguliert werden und die konkurrierenden Versicherer nahezu identische Substitute anbieten (der Grundleistungskatalog gemäss KVG ist deckungsgleich).

d. Zudem steht es den Versicherten der fusionierenden Parteien offen, zu anderen Versicherern überzuwechseln (Art. 4 und 7 KVG); auch wenn ein relativ geringer Anteil der Versicherten von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

e. Insgesamt ist davon auszugehen, dass nach dem Zusammenschluss auch im Kanton SO genügend aktueller Wettbewerb gewährleistet sein wird, so dass der CSS und Intras insgesamt keine marktbeherrschende Position erwächst.

50. Zusammenfassend besteht in den betroffenen Märkten ausreichend aktueller Wettbewerb. Die potenzielle Konkurrenz ist wie in Rz. 43 dargelegt generell als gering zu betrachten.

51. Es liegen insgesamt keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss in den betroffenen Märkten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.4.3.2 Markt für Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG

52. Neben der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bieten eine Reihe von Krankenversicherern auch Versicherungsprodukte der Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG an. Dabei ist, wie in Rz. 25 und 33 f., zwischen dem ambulanten (nationale Betrachtung) und stationären (kantonale Betrachtung) Teil der Krankenpflegezusatzversicherung zu unterscheiden. Der ambulante Teil ist im Sinne von Rz. 38 nicht betroffen, so dass sich die nachfolgende Analyse auf den stationären Teil der Krankenpflegezusatzversicherung bezieht. Betroffen sind im stationären Teil der Krankenpflegezusatzversicherung die gleichen Kantone wie in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (vgl. Rz. 41): SZ, FR, OW, LU, JU, VS, SO, UR, NW, GE, ZG, SG und AI.²³

²² §16 Spitalgesetz; SpiG vom 12. Mai 2004, BGS 817.11.

²³ Die Berechnungen bezüglich Betroffenheit der Märkte basieren auf den Angaben der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Angaben des BPV, Angaben der CSS und Intras sowie auf eigenen Schätzungen.

53. Die Marktverhältnisse und Kräfteverhältnisse der obligatorischen Krankenpflegeversicherung lassen sich zwar nicht eins zu eins auf die stationäre Krankenpflegezusatzversicherung übertragen – sowohl hinsichtlich den Leistungserbringern und Versicherten als auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Versicherern. Ebenso ist hinsichtlich der Versicherten etwa darauf hinzuweisen, dass sich für die Versicherten ein Versichererwechsel im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung im Gegensatz zu der obligatorischen Krankenpflegeversicherung je nach Risiko schwieriger gestaltet und teilweise nicht möglich ist. Auch sind die Versicherer in der Krankenpflegezusatzversicherung freier in der Gestaltung der Versicherungsprodukte. Dennoch können für den vorliegenden Zusammenschluss die grundsätzlichen Überlegungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auf die vorliegend betroffene Krankenpflegezusatzversicherung im stationären Bereich (kantonale Betrachtung) übertragen werden. So ist der Konzentrationsprozess in der Krankenpflegezusatzversicherung ähnlich zu jenem in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, allerdings leicht akzentuierter. Analog verhält es sich mit den Kräfteverhältnissen in den relevanten Märkten. Deshalb ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz auf den relevanten Märkten auch nach dem Zusammenschluss bestehen bleibt, aber die potenzielle Konkurrenz eher gering ist.

54. Bezüglich des Kantons SO ist Folgendes zu bemerken: Trotz der relativ hohen Marktanteilsaddition der CSS und Intras und dem relativ hohen Marktanteil in diesem Kanton ändert sich aufgrund der geltenden Regulierung im KVG (die sich auch auf die Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG auswirkt) wenig an deren Position gegenüber den Leistungserbringern im vorliegend betroffenen stationären Bereich. Anders verhält es sich gegenüber den Versicherten, da ein Versichererwechsel in der Krankenpflegezusatzversicherung nur bedingt möglich ist. Damit wird die Fähigkeit der

Versicherten, sich vor Preiserhöhungen zu schützen, teilweise beeinträchtigt, wenn auch eine relativ hohe Substituierbarkeit zwischen den Leistungen der verschiedenen Versicherer besteht. Von einer Beseitigung des Wettbewerbs kann aber nicht ausgegangen werden. Allfällige zukünftige Unternehmenszusammenschlüsse, die zu einer merklichen Erhöhung der Marktkonzentration führen, müssten jedoch voraussichtlich einer genaueren Analyse unterzogen werden.

55. Zusammenfassend liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss auf den relevanten Märkten in der Krankenpflegezusatzversicherung eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.4.3.3 Markt für Einzelunfallversicherung

56. Das Bruttoprämienvolumen in der Einzelunfallversicherung betrug 2006 CHF 391'552'000, 2005 CHF 413'183'000 und 2004 CHF 408'439'000.²⁴ Die Einzelunfallversicherung wird von in- und ausländischen Schadensversicherern und von schweizerischen Krankenversicherern angeboten. Die CSS besitzt im Jahre 2006 einen Marktanteil von 19.8% und zusammen mit der Intras (1.9%) von 21.7%. Bereits vor dem Zusammenschluss war die CSS der grösste Versicherer in der Einzelunfallversicherung. Die durch den Zusammenschluss bewirkte Marktanteilsaddition ist gering, womit die Position der CSS nicht erheblich verstärkt wird.

57. Über 30 Versicherer bieten die Einzelunfallversicherung an. Im 2006 weist die Sanitas einen Marktanteil von etwa 13% und vier Versicherer wie die KPT Versicherungen oder die Swica einen Marktanteil zwischen 5.2 bis 7.0% auf. Sieben Versicherer haben einen Anteil zwischen 2.3 und 4.9% am Markt für Einzelunfallversicherung. Es kann davon ausgegangen werden, dass genügend aktuelle Konkurrenz besteht (auf die Betrachtung der potenziellen Konkurrenz wird an dieser Stelle verzichtet).

Tabelle 4: Einzelunfallversicherung nach VVG; Prämien 2006 (in %)

Versicherer		CSS	Intras Assurances	Intras+ CSS	Sanitas Privat	KPT Versicherungen	Schweiz. Mobiliar	Swica	Generali Assurances
Prämien	%	19.85	1.90	21.75	13.05	6.55	6.38	6.25	5.20
Versicherer		Visana	Allianz	Basler	Zürich	Groupe Mutuel	Schweiz. National	Vaudoise	
Prämien	%	4.91	4.55	3.89	3.38	3.09	2.82	2.32	

Quelle: Daten BPV

58. Insgesamt liegen damit keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss in der Einzelunfallversicherung eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.4.4 Schlussfolgerung

59. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammen-

schluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

²⁴ Gemäss Statistiken des Bundesamtes für Privatversicherungen BPV (URL: http://www.bpv.admin.ch/dokumentation/00439/0129_7/01302/01304/01329/index.html?lang=de [21.01.08]).

B 2.3

2. Saint-Gobain/Maxit

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. März 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. Februar 2008

1. Am 4. Februar 2008 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt die Compagnie de Saint-Gobain (nachfolgend: Saint-Gobain) die Kontrolle über die Maxit Holding AB (nachfolgend: Maxit) zu erwerben.

2. Saint-Gobain ist eine Gesellschaft mit Geschäftssitz in Paris, die primär an der Pariser Börse kotiert ist. Saint-Gobain ist ein weltweit tätiger Hersteller von hochtechnologischen Werkstoffen. Die Saint-Gobain-Gruppe ist in den Bereichen Herstellung, Verarbeitung und Verkauf von Materialien wie Glas, Keramik, Kunststoffe und gewisse Baumaterialien tätig. Die Saint-Gobain-Gruppe ist in fünf Sektoren unterteilt: Flachglas, Verpackungen, Hochleistungswerkstoffe (umfasst Bereiche Keramik, Kunststoffe, Schleifmittel und Verstärkungsstoffe), Baumaterialien (Bereiche Isolierung, Gips, Rohre, industrielle Mörtel und Aussenprodukte) sowie Vertrieb von Baumaterialien. Saint-Gobain tätigt in der Schweiz grundsätzlich in all diesen Sektoren Verkäufe. Über Herstellungskapazitäten verfügt Saint-Gobain in der Schweiz allerdings nur bei Fiberglasisolierungen, der Behandlung von Flachglas, Gipsplatten sowie Mörtel.

3. In der Schweiz produziert und verkauft Saint-Gobain im Sektor Baumaterialien Mörtelprodukte über die Tochtergesellschaft Saint-Gobain Weber Favo AG. Gipsprodukte werden über die Tochtergesellschaft BPB plc. verkauft. Über die Tochtergesellschaften Sanitas Troesch und Lapeyre ist Saint-Gobain ebenfalls im Vertrieb von Baumaterialien tätig.

4. Maxit ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Sollentuna, Schweden, und primär in der Produktion und Lieferung von Mörteln tätig. In der Schweiz verkauft Maxit zudem Bitumen-basierte Baustoffe und Gipsprodukte. M-tec, die Tochtergesellschaft von Maxit, ist spezialisiert auf die Konstruktion von Anlagen von Trockenmörteln und die Herstellung und Konstruktion von Baustellenrüstungen.

5. Weitere Tochtergesellschaften der Maxit sind die Südharzer Gipswerk GmbH (nachfolgend "SGH") und die

Maxit Baustoffe GmbH & Co. KG (nachfolgend "Maxit Baustoffe").

6. Verkäuferin der Maxit ist die HeidelbergCement Group (nachfolgend: Heidelberg). Heidelberg ist eine Gesellschaft mit Geschäftssitz in Heidelberg, Deutschland, ihre Aktien werden an der Frankfurter Börse gehandelt. Heidelbergs Kerntätigkeiten liegen in der Produktion und dem Verkauf von Zement und verwandten Materialien wie z.B. Aggregate, Fertigbeton und vorgefertigte Betonprodukte sowie andere Baumaterialien wie Kalkstein, Kalksteinprodukte, Mörtel und Bauchemikalien.

7. Das Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) am 22. Oktober 2007 (Case COMP/M.4898) und am 12. November 2007 dem Sekretariat gemeldet. Die EU-Kommission hat am 21. November die Meldung für unvollständig erklärt.

8. Am 7. Dezember 2007 haben die Parteien die Meldung in der Schweiz zurückgezogen und am 4. Februar 2008 neu eingereicht. Die Meldung wurde daraufhin vom Sekretariat am 14. Februar 2008 für vollständig erklärt.

9. Um wettbewerbsrechtlichen Bedenken der EU-Kommission in den Bereichen Gips und Gipsprodukte Rechnung zu tragen, hat Saint-Gobain der EU-Kommission im Sinne einer Zusage angeboten, die beiden Tochtergesellschaften von Maxit, SGH und Maxit Baustoffe zu verkaufen.

10. Mit Entscheid vom 4. März 2008 hat die EU-Kommission den Unternehmenszusammenschluss unter der von Saint-Gobain vorgeschlagenen Auflage (Verkauf der SGH und Maxit Baustoffe) genehmigt, da der Markttest der Auflagen positiv war. Die von Saint-Gobain vorgeschlagenen Auflagen betreffen den Markt der Gipsprodukte für die Keramik-Industrie.

11. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss hat weltweite Auswirkungen und wurde von der Weko nur auf allfällige besondere Aspekte in der Schweiz untersucht. Die vorläufige Prüfung der Weko hat auf dem Markt für Gipsprodukte für die Keramik-Industrie Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben. Da die Verpflichtungserklärung von Saint-Gobain auch für die Schweiz gilt, werden auch die Probleme in der Schweiz beseitigt und damit die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Weko ausgeräumt.

12. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. März 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. März 2008

Gegenstand der vorläufigen Prüfung war eine Meldung der Swiss Life Holding ("Swiss Life") und der AWD Holding AG ("AWD") betreffend der Kontrollübernahme der AWD durch Swiss Life. Aus den im Folgenden zusammengefassten Gründen hat die Wettbewerbskommission auf eine Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG verzichtet.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A SACHVERHALT

1. Am 8. Februar 2008 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der Swiss Life Holding und der AWD Holding AG erhalten (zusammen "die Parteien"). Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Swiss Life die Mehrheit und alleinige Kontrolle über AWD erwerben wird.

2. *Swiss Life*, mit Sitz in Zürich, Schweiz, ist die Muttergesellschaft der Swiss Life-Gruppe. Die Swiss Life-Gruppe ist Anbieterin von Vorsorgeleistungen und Lebensversicherungen mit Tätigkeiten in der Schweiz, Frankreich, Deutschland, den Niederlanden, Belgien, Luxemburg und Lichtenstein. Ihre Produkte werden über die eigene Vertriebsorganisation aber auch via externe Maklerorganisationen, Banken und sog. "unabhängige Vermögensberater" angeboten.

3. *AWD*, registriert in Hannover, Deutschland, ist auf dem Gebiet der Beratung und Vermittlung von Finanzprodukten (Versicherungen, Finanzierungen und Vermögensanlagen) tätig. Die *AWD*-Gruppe ist in der Schweiz, Deutschland, Österreich, Grossbritannien, der Tschechischen Republik, der Slowakei, Polen, Kroatien, Ungarn und Rumänien mit insgesamt über 6'000 BeraterInnen in rund 500 Vertriebsbüros vertreten.

4. Mit dem Zusammenschluss soll eine strategische Partnerschaft zur Unterstützung internationaler Wachstumsstrategien geschaffen werden. Insbesondere in Deutschland erhofft sich Swiss Life als Produktpartner von AWD zusätzliche Vertriebskraft und damit eine weitere Wachstumssteigerung. In der Schweiz will Swiss Life ihre Marktdurchdringung vor allem im jüngeren Kundensegment und bei fondsgebundenen Produkten ausbauen. Zudem eröffnen sich Wachstumsmöglichkeiten in den übrigen Märkten von AWD, in denen Swiss Life heute noch nicht tätig ist. Auch sieht die Swiss Life in der

Kundennähe von AWD eine Möglichkeit, ihre Produkte kundenorientierter zu entwickeln.

5. Die EU-Kommission hat mit Entscheid vom 28. Februar 2008 den Zusammenschluss als mit dem gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärt (Anhang 1).

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

6. Das Kartellgesetz² 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 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

8. Zum jetzigen Zeitpunkt hält die Familie Maschmeyer 30,46% der Aktien von AWD und die Swiss Life deren 15,49%. Mit dem geplanten Kauf der Mehrheit der AWD Aktien strebt Swiss Life die alleinige Kontrolle über die AWD an. Zu diesem Zweck erwirbt die Swiss Life von der Familie Maschmeyer 20% ihrer Anteile. Zudem wurde allen Aktionären der AWD am 14. Januar 2008 ein freiwilliges Kaufangebot zum Preis von 30 Euro je Aktie unterbreitet. Swiss Life strebt damit die Aktienmehrheit und somit auch eine qualifizierte Mehrheit in der Hauptversammlung von AWD an.

9. Einziger Grossaktionär neben Swiss Life wird die Familie Maschmeyer mit 10,46% der Anteile sein. Jedoch verfügt sie damit nicht über eine Sperrminorität. Die verbleibenden Anteile im Besitz der Familie Maschmeyer können ab dem 1. Dezember 2010 zudem durch eine Call-Option der Swiss Life oder durch eine Put-Option der Familie Maschmeyer durch die Swiss Life erworben werden.

10. Ferner geht Swiss Life davon aus, dass drei der sechs derzeitigen Aufsichtsratsmitglieder ihre Ämter zum Zeitpunkt des Vollzugs dieses Übernahmeangebots niederlegen werden. Diese sollen durch von Swiss Life ernannte Personen ersetzt werden. Die Swiss Life wird damit mindestens drei der sechs Mitglieder des Aufsichtsrats von AWD stellen. Des weiteren soll auch der

¹ Die Marke "*Swiss Life*" wurde seit den 70er Jahren in Kombination mit dem Zeichen "Rentenanstalt" verwendet. Seit 2004 wird ausschliesslich die Konzernmarke „Swiss Life“ mit einem neuen Logo verwendet, wobei die Firma weiterhin "*Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt*" lautet.

² Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

Vorsitz des Aufsichtsrats von einem Vertreter von Swiss Life übernommen werden. Dadurch hat die Swiss Life auch die Kontrolle im Aufsichtsrat inne.

11. Swiss Life hat der AWD im Rahmen einer Grundsatzvereinbarung vom 3. Dezember 2007 bestimmte Zusagen eingeräumt. So soll etwa die AWD als eigenständige Aktiengesellschaft mit Sitz in Hannover erhalten bleiben und ihr bisheriges Konzept der offenen Vertriebsplattform beibehalten werden. Zudem wird kein Beherrschungsvertrag mit der AWD abgeschlossen werden. Die AWD-Aktien bleiben so lange zum Börsenhandel mit amtlicher Notierung an der Frankfurter Wertpapierbörse und der Niedersächsischen Wertpapierbörse zu Hannover notiert, wie Swiss Life zusammen mit den Aktionären der Familie Maschmeyer weder direkt noch indirekt mindestens 95% des Grundkapitals der AWD halten.

12. Aus den Erwägungen geht hervor, dass die Transaktion den Erwerb der Kontrolle von Swiss Life über AWD und damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU³ darstellt. Als ein ange-

kündigtes öffentliches Übernahmeangebot ist die Transaktion meldefähig im Sinne von Art. 9 KG. Als kontrollierendes Unternehmen obliegt der Swiss Life die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. 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

14. 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 um eine Versicherungsgesellschaft handelt kommen zur Berechnung der Aufgreifschwelle nach Art. 6 VKU die Bruttoprämieeinnahmen zur Anwendung, während bei der übernommenen Gesellschaft die Umsätze massgebend sind. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die im Jahr 2006 erwirtschafteten Bruttoerträge respektive Umsätze⁴:

Bruttoerträge / Umsätze 2006 (in Mio. CHF)	weltweit	Schweiz
Swiss Life	22'063	[...]
AWD	1'145	[...]
Total	23'208	[...]

Quelle: Meldung

15. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Bruttoertrag von deutlich 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/Umsatz von je 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 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

16. 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).

17. 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.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

19. Im Folgenden werden die einzelnen Bereiche und möglichen Marktabgrenzungen kurz beschrieben. Von einer definitiven sachlichen Marktabgrenzung kann im vorliegenden Fall abgesehen werden, weil selbst bei den folgend vorgenommenen engsten, wie auch bei allen weiteren sachlichen Marktabgrenzungen, keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszumachen sind.

I. Lebensversicherungen

20. Die Swiss Life ist in der Schweiz primär auf dem Gebiet der *Lebensversicherungen* aktiv. Unter dem Begriff *Lebensversicherungen* werden all diejenigen Versicherungen zusammengefasst, mit denen das Todesfall- bzw. Langlebighkeitsrisiko versichert werden kann. Swiss

³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).

⁴ Gemäss Angaben der Parteien liegen die Geschäftsergebnisse für 2007 derzeit noch nicht vor. Sie dürften jedoch die Bruttoprämieeinnahmen respektive Umsätze von 2006 übersteigen.

Life hat sich dabei auf *Einzel- und Kollektivlebensversicherungen* spezialisiert, wobei sich erstere an Privatpersonen und letztere an institutionelle Kunden (resp. Firmenkunden) richten.⁵

21. Gemäss Entscheidpraxis der Weko ist im Versicherungsbereich grundsätzlich zwischen *Lebens- und Nicht-Lebensversicherungen* zu unterscheiden.⁶ Wobei das Lebensversicherungsgeschäft weiter in **Einzel-Lebensversicherung, fondsgebundene Einzel-Lebensversicherung und Kollektiv-Lebensversicherung** unterteilt wird.⁷

22. Gemäss dem Weko-Erscheid i.S. Axa/Winterthur⁸ kann diese generelle Marktaufteilung noch weiter präzisiert werden. Aus Nachfragersicht können im Versicherungsmarkt so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen werden, wie es Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt, da sich dabei die Eigenschaften, Prämien und Verwendungsmöglichkeiten der einzelnen Versicherungen deutlich unterscheiden und sie somit für den Versicherungsnehmer als Marktgegenseite nur schwer austauschbar sind.

23. Die Parteien sind der Ansicht, dass die bisher von den Wettbewerbsbehörden gewählte Marktabgrenzung im Versicherungsbereich zwar prinzipiell möglich ist, sie stellen jedoch die Unterscheidung in Einzel- und Kollektivlebensversicherung in den Vordergrund. Aus ihrer Sicht macht die Abgrenzung eines separaten Marktes für fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen aufgrund ihrer unterschiedlichen Anlageform und Anlagerisikos wenig Sinn. Es sei daher von einem einheitlichen Markt für Einzel-Lebensversicherungen (inkl. fondsgebundene Lebensversicherungen) auszugehen.

24. Für die folgende Wettbewerbsanalyse wird an der bisherigen sachlichen Produktmarktabgrenzung der Weko festgehalten und ein Markt für Kollektiv-/ Einzel- und fondsgebundene Einzellebensversicherungen abgegrenzt, um aufzuzeigen, dass selbst bei dieser engen Marktabgrenzung durch den Zusammenschluss keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken entstehen.

II. *Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungsprodukten*

25. Die *Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungsprodukten* wird in der Schweiz von einer Vielzahl von Anbietern vorgenommen. Die Lebensversicherer können ihre Produkte über *eigene Vertriebskanäle*, wie der eigene Aussendienst und das Direktmarketing (*Eigenvertrieb*) oder aber auch über diverse *gebundene und ungebundene Fremdvertriebsorganisationen*⁹, wie Makler und weitere Finanz-/Versicherungsberater (*Fremdvertrieb*) vertreiben.

26. Swiss Life vertreibt ihre Lebensversicherungen primär über eigene Agenten, aber auch über Versicherungsmakler, Banken und weitere Finanz- und Vermögensberater. Rund 57% des Kollektiv-Lebensversicherungsbereichs, 86% der Einzel-Lebensversicherungen und 94% der fondsgebundenen Einzellebensversicherungen werden durch eigene Vertriebskanäle abgesetzt. Der Rest wird fremdvertrieben.

27. AWD ist im Bereich der Beratung und Vermittlung von Finanzprodukten an Privatkunden und mittelständi-

sche Firmenkunden tätig.¹⁰ In der Schweiz macht die Vermittlung von Lebensversicherungsprodukten die Hauptumsatzquelle für AWD aus. Wobei AWD praktisch ausschliesslich *Beratungen und Vermittlungen von fondsgebundenen Einzel-Lebensversicherungen* tätigt und AWDs Hauptpartner im Lebensversicherungsgeschäft, [...], zusammen mehr als [...] des AWD-Umsatzes in der Schweiz ausmachen.¹¹

28. Vermittler und Berater von fremden Lebensversicherungsprodukten stehen aufgrund ihrer Funktion zwischen dem Lebensversicherer und dem Nachfrager von Lebensversicherungsprodukten. Dem Vermittler und Berater stehen damit zwei Marktgegenseiten gegenüber: einerseits die Nachfrager dieser Produkte (vgl. nachfolgend Bst. a) und andererseits die Lebensversicherer, denen die Vermittler und Berater einen Vertriebskanal für ihre Lebensversicherungsprodukte anbieten (Bst. b).¹²

a. *Marktabgrenzung aus Sicht der Nachfrager von Lebensversicherungsprodukten*

29. Aus Sicht der Nachfrager von Lebensversicherungsprodukten stellt sich die Frage, ob die gewählte Produktmarktabgrenzung im Bereich der Lebensversicherungen noch weiter, entsprechend den gewählten Absatzkanälen, verfeinert werden soll, m.a.W. ob es für die Nachfrager eine Rolle spielt, über welchen Vertriebskanal sie ein Lebensversicherungsprodukt beziehen.

⁵ Daneben ist Swiss Life in einem geringen Umfang (Umsatzanteil <1%) im *Asset Management* tätig. In der Schweiz handelt es sich um *Asset Management-Mandate* von institutionellen Kunden sowie Einkünfte aus *Fondsprodukten* der Swiss Life. Weiter hat Swiss Life diverse *Vertriebskooperationen* in der Schweiz, welche durch den Verkauf des Nicht-Lebensgeschäftes an Vaudoise und Helsana entstanden sind, und aus denen Swiss Life ebenfalls nur marginale Einkünfte erwirtschaftet. Diese Bereiche werden im Folgenden aufgrund ihrer marginalen Bedeutung für Swiss Life nicht weiter betrachtet.

⁶ Vaudoise Générale/La Suisse, RPW 2005/2, 387, Rz. 54 und Axa/Winterthur, RPW 2006/3, 494, Rz. 11.

⁷ Diese Markteinteilung entspricht auch der Einteilung der Statistiken, welche das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) veröffentlicht (www.bpv.admin.ch).

⁸ RPW 2006/3, Rz. 14.

⁹ Das neue Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) hatte u.a. auch die Einführung einer Vermittlungsaufsicht zum Gegenstand. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen *gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlern*, wobei Letztere gemäss Art. 43 VAG zum Eintrag in das neu geschaffene Register der Versicherungsvermittler verpflichtet sind. Art. 183 der dazugehörigen Verordnung (AVO, SR 961.011) definiert die Kriterien, wann ein Versicherungsvermittler als gebunden gilt.

¹⁰ Wobei AWD in der Schweiz fast ausschliesslich Lebensversicherungen an Privatpersonen vertreibt (sog. Einzel-Lebensversicherungen) und keine Kollektiv-Lebensversicherungen.

¹¹ Der Rest des Umsatzes wurde mit der *Vermittlung von Hypotheken, Krankenversicherungen* und anderen *Sachversicherungen* erzielt. AWD ist in der Schweiz zudem mit einem minimalen Umsatzanteil [...] im *Investmentfondsgeschäft* aktiv. Swiss Life ist mit einem geringen Umsatzanteil ebenfalls im Fondsbereich (Asset Management) aktiv. Dieser Aspekt der geplanten Transaktion gibt jedoch wettbewerbsrechtlich auch dann zu keinen Bedenken Anlass, wenn man die marginale horizontale Überschneidung der Aktivitäten der beiden Parteien auf dem Fondsmarkt in Betracht zieht. Die genannten Geschäftsfelder der Parteien werden deshalb hier nicht mehr weiter untersucht.

¹² Vgl. die analoge Marktabgrenzung beim Vertrieb von Medikamenten in RPW 2006/3, S. 501, Rz. 22 f.

30. Die EU Kommission¹³ kommt in einer kürzlich durchgeführten Marktbeobachtung im Industrie-Versicherungsbereich zum Schluss, dass es bei der Wahl des Vertriebskanals von *Nicht-Lebensversicherungen* darauf ankommt, ob das Versicherungsprodukt von einem Privaten oder institutionellen Versicherten nachgefragt wird. Während erstere oft nicht zwischen den einzelnen Absatzkanälen unterscheiden (d.h. diese als substituierbar erachten), ist es für grosse Firmenkunden oft zentral, über welchen Vertriebskanal sie eine Versicherungsleistung beziehen können.

31. Eine analoge Anwendung der Resultate der EU aus dem Nicht-Lebensversicherungsbereich auf den vorliegenden Sachverhalt, bei dem es um den Vertrieb von Einzel-Lebensversicherungen geht, würde dafür sprechen, keine unterschiedlichen Märkte für die einzelnen Absatzkanäle abzugrenzen. Die Parteien sind ebenfalls der Ansicht, dass im vorliegenden Fall nicht zwischen den einzelnen Absatzkanälen zu unterscheiden ist.

32. Ein wichtiger Unterschied zwischen den einzelnen Absatzkanälen stellt sich dem Nachfrager von Versicherungsleistungen in den mit der Vermittlung verbundenen *Beratungsdienstleistungen*, welche je nach Vertriebskanal umfangreicher oder gar wegfallend, abhängig oder unabhängig ausfallen können. Es kann für den Kunden beispielsweise wichtig sein, ob eine Versicherung nur ihre eigenen Produkte vermittelt oder ob ein Vermittler ein gebundener oder ungebundener Versicherungsvermittler ist. Je nachdem kann die Beratung (inhaltlich und im Umfang) unterschiedlich ausfallen.

b. *Marktabgrenzung aus Sicht der Lebensversicherer*

33. Gemäss Aussagen der Parteien wählen immer mehr Versicherungen eine sogenannte "Multi-Verkaufskanal-Strategie", wobei Produkte gleichzeitig über verschiedene Vertriebskanäle angeboten werden. Dabei versuchen Versicherungsanbieter gleichzeitig alle Verkaufskanäle strategisch zu entwickeln, welche in Betracht kommen. Das immer öfter gewählte parallele Vertreiben von Produkten über unterschiedliche Kanäle spricht eher dafür, dass diese Vertriebskanäle aus Sicht der Lebensversicherer unterschiedliche, sachlich relevante Märkte bilden.

III. *Fazit*

34. Die vorgenommene sachliche Produktmarktabgrenzung könnte nach Vertriebskanal verfeinert werden, indem unterschieden wird, ob ein Lebensversicherungsprodukt via **Eigen-** und **Fremdvertrieb** abgesetzt wird. Wobei im ersten Fall nur eigene Produkte vertrieben werden (Swiss Life als Eigenvermittler), während Fremdvertrieber die Produkte von mehreren Versicherungsanbietern gleichzeitig vermitteln (AWD als Fremdvermittler). Bei der Fremdvermittlung könnte weiter noch in *gebundene* und *ungebundene Fremdvermittler* unterteilt werden.¹⁴

35. Die Frage, inwiefern die einzelnen Vertriebskanäle für die Lebensversicherer einerseits und für die Nachfrager von Lebensversicherungsprodukten andererseits substituierbar sind, muss hier nicht abschliessend beantwortet werden. Für die nachfolgende Analyse gehen wir von einer engen sachlichen Produktmarktabgrenzung aus und unterscheiden weiter zwischen eigen- und

fremdvertriebenen Produkten bzw. zwischen Eigen- und Fremdvertrieb. Kann gezeigt werden, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei dieser engen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist, so kann auf eine definitive Marktabgrenzung letztendlich verzichtet werden und von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.4.1.2 *Räumlich relevante Märkte*

36. 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).

37. Die betrachteten *Versicherungsleistungen* unterliegen einer strengen nationalen Aufsicht und Kontrolle.¹⁵ Zudem werden die einzelnen Produkte jeweils schweizweit angeboten und die Nachfrager sind nicht von der lokalen Präsenz der Anbieter abhängig. Deshalb wird im vorliegenden Sachverhalt von schweizweiten Märkten ausgegangen. Eine nationale Marktabgrenzung im Versicherungsbereich wird auch durch die Entscheidungspraxis der Weko¹⁶ und jene der Europäischen Kommission¹⁷ bestätigt.

38. Unterscheidet man beim Vertrieb zudem zwischen Eigen- und Fremdvertrieb, so spricht die schweizweite, teilweise internationale Präsenz der im Eigenvertrieb tätigen grossen Versicherungsgesellschaften ebenfalls für eine nationale, wenn nicht sogar internationale räumliche Marktabgrenzung.¹⁸ Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann ebenfalls offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben auch bei einer engst möglichen räumlichen Marktabgrenzung wettbewerbsrechtlich unproblematisch ist.

B.4.2 *Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten*

39. 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*

¹³ EU-Commission, Sector Inquiry under Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 on business insurance (Final Report), 44 f., publiziert am 25. September 2007 unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/business.html.

¹⁴ AWD gehört gemäss obiger Definition (vgl. FN 9) zu den *gebundenen Fremdvermittlern*, da sie während eines Kalenderjahres Provisionseinnahmen mehrheitlich mit einem oder zwei Versicherungsunternehmen realisieren (Art. 183 Abs. 1 Bst. a). AWD vermittelte bis anhin keine Lebensversicherungsprodukte der Swiss Life.

¹⁵ Aufsichtsrechtlich unterliegen Einzel-Lebensversicherungen dem Bundesamt für Privatversicherungen ("BPV") und Kollektiv-Lebensversicherungen dem Bundesamt für Sozialversicherungen ("BSV").

¹⁶ Vaudoise Générale/La Suisse, RPW 2005/2, 387, Rz. 29.

¹⁷ Vgl. z.B. Fall Nr. COMP/M. 1307 – Marsh & Mc Lennan / Sedgwick, Rz. 20 f.

¹⁸ Allenfalls könnten sich im Fremdvertrieb von Lebensversicherungsprodukten teilweise regionale Märkte anbieten, da bei der Beratung Kundennähe ein zentraler Erfolgsfaktor ist. Tatsächlich sind aber sämtliche grossen Versicherer schweizweit mit eigenen Agenturen vertreten, weshalb sich diese auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung disziplinierend auf die Beratungsdienstleistung im Fremdvertrieb auszuwirken vermögen.

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.

40. Die Parteien sind, wie oben aufgezeigt, primär in unterschiedlichen Märkten tätig. Während Swiss Life primär im Bereich *Lebensversicherungen* (Einzel-, fondsgebundene und Kollektivlebensversicherungen) aktiv ist, ist AWD in der Schweiz bisher einzig in der *Beratung und Vermittlung von fondsgebundenen Einzel-Lebensversicherungen* tätig. Daraus folgt zudem, dass die Produktpaletten der beiden Unternehmen weitgehend

komplementär sind. Bisher hat AWD in der Schweiz jedoch keinen Umsatz mit dem Vertrieb von Swiss Life-Produkten erzielt, womit die beiden Parteien nur in einem *potenziellen Vertikalverhältnis* zueinander stehen.

I. Lebensversicherungen

41. Im Hinblick auf die vorliegend relevanten Aktivitäten von Swiss Life wird zur Berechnung der Marktanteile auf die vom Bundesamt für Privatversicherungen ("BPV") jährlich veröffentlichten Bruttoprämieinnahmen abgestützt.¹⁹ Die Marktanteile der Swiss Life auf den relevanten Produktmärkten im Lebensversicherungsbereich sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst:

Lebensversicherungsgeschäft Swiss Life 2006			
Relevanter Markt	Gesamtmarkt (in Mio. CHF)	Bruttoprämien-einnahmen Swiss Life (in Mio. CHF)	Marktanteil Swiss Life (in %)
Lebensversicherungsgeschäft insgesamt	28'072	7'745	27.6
Kollektiv-Lebensversicherung	19'424	6'007	30.9
Einzel-Lebensversicherung	6'364	1'590	25.0
Einzel-Lebensversicherung inkl. fondsgebundene	8'648	1'738	20.1
Fondsgebundene Einzel-Lebensversicherung	2'284	147	6.4

Quelle: Meldung der Parteien, Statistik BPV

42. Wie aus der Tabelle hervorgeht, ist der Markt für *Kollektiv-Lebensversicherungen* mit knapp über 30% Marktanteil im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU einer genaueren Analyse zu unterziehen. Dagegen ist der Markt für *Einzel-Lebensversicherungen*, unabhängig davon, ob man für fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen einen eigenen sachlichen Markt

abgrenzt, mit einem Marktanteil von unter 30% kartellrechtlich weniger problematisch ist.

43. Im Lebensversicherungsgeschäft gibt es heute eine Vielzahl von Wettbewerbern, welche 2006 die folgenden Marktanteile aufwiesen:

Marktanteile Wettbewerber Lebensversicherungen 2006			
Anbieter	Kollektiv-Lebensversicherung	Einzel-Lebensversicherung	Fondsgebundene Einzel-Lebensversicherung
Swiss Life	30.9%	25.0%	6.5%
Winterthur	32.9%	14.7%	2.8%
Basler	8.9%	11.8%	2.0%
Helvetia	8.1%	8.3%	5.7%
Zürich	7.8%	12.5%	4.5%
Allianz Suisse	5.1%	5.7%	7.3%
Generali	0.2%	4.4%	34.1%
Skandia	-	-	7.1%
UBS	-	-	17.4%

Quelle: Statistik BPV

¹⁹Bericht des BPV: "Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 2006 - Lebensversicherungen."

44. Die jeweils relativ hohen Marktanteile der einzelnen Hauptwettbewerber in den jeweiligen Produktbereichen (vgl. Tabelle oben) lassen sich damit erklären, dass sich jeder der grösseren Versicherer im Lebensversicherungsbereich auf ein bis maximal zwei Segmente spezialisiert hat. Während Swiss Life und Winterthur v.a. im Einzel- und Kollektivgeschäft aktiv sind und praktisch keine fondsgebundenen Lebensversicherungen anbieten, haben sich beispielsweise Skandia, Generali und UBS auf fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen spezialisiert. Da die einzelnen Segmente aus Anbieter-sicht aber sehr wahrscheinlich relativ rasch austauschbar sind, übt die Präsenz eines Wettbewerbers in einem Bereich einen gewissen disziplinierenden Einfluss auf die Wettbewerber der anderen Segmente aus.

45. Die wichtigsten Wettbewerber der Swiss Life im *Kollektivlebensversicherungsgeschäft* sind die Winterthur, die Basler, die Helvetia, die Zürich und die Allianz. Mit einem Marktanteil von 30.9% ist die Swiss Life bei den Kollektiv-Lebensversicherungen heute der zweitgrösste Anbieter hinter der Winterthur (32.9%). Letztere hat mit der Übernahme der AXA 2006²⁰ im Kollektiv-Lebensversicherungsbereich Marktanteile dazu gewonnen und in den letzten Jahren ihre Umsätze kontinuierlich gesteigert. 2006 wurde Swiss Life deshalb im Kollektivgeschäft von der Winterthur überholt. Mit der Winterthur steht der Swiss Life im Bereich Kollektiv-Lebensversicherungen ein etwa gleich starker Wettbewerber, sowie diverse Versicherer mit bedeutenden Marktanteilen (Basler, Helvetia, Zürich, Allianz) gegenüber. Die Swiss Life ist damit im Kollektiv-Lebensversicherungsbereich regem Wettbewerb seitens etablierter Versicherer ausgesetzt.

46. Zudem kommt es durch den Zusammenschluss bei den Lebensversicherungen und insbesondere bei Kollektiv-Lebensversicherungen zu keinerlei Marktanteilsadditionen und damit wird sich die bestehende Marktstruktur in keiner Weise ändern.

47. Aufgrund der genannten Erwägungen wird auf dem Markt für Kollektiv-Lebensversicherungen die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen.

II. Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungen

48. Als erstes sollen hier die Marktanteile von AWD in der *Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungsprodukten* aufgezeigt werden, wenn für die sachliche Produktmarkt-Abgrenzung nicht weiter zwischen dem Absatz von Lebensversicherungen via Eigen- oder Fremdvertrieb unterschieden wird.

49. In Bezug auf die Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungen in der Schweiz gibt es nur wenig öffentlich zugängliche Daten. Die Angaben der Marktanteile für AWDs Vermittlungstätigkeit im Einzel-Lebensversicherungsbereich beruhen auf einer Plausibilitätsprüfung der Schätzungen der Parteien, da es keinen Anlass gibt, diese Zahlen grundsätzlich in Zweifel zu ziehen.²¹

50. Es wurden dabei jeweils die Marktanteile gemäss unterschiedlich engen Produktmarkt-Abgrenzungen (genau Einzel-Lebensversicherungen inkl. fondsgebundene und fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen se-

parat) berechnet und nach zwei unterschiedlichen Schätzansätzen ausgewiesen. Die Resultate zeigen auf, dass, unabhängig von der gewählten Schätzmethode und der gewählten Produktmarkt-Abgrenzung, kein wettbewerbsrechtlich problematischer Markt vorliegt, da AWD höchstens einen Marktanteil von [20-30%] erreicht und somit alle Marktanteile von AWD unter 30% zu liegen kommen.

51. AWD vertreibt heute fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen v.a. für [...]. Die Vermittlung der fondsgebundenen Einzel-Lebensversicherungen [...] machte 2006 ca. [...] des AWD Umsatzes aus. Der hohe Marktanteil der AWD im Vertrieb von fondsgebundenen Einzel-Lebensversicherungsprodukten ist jedoch wenig aussagekräftig in Bezug auf die Marktmacht der AWD im Vertrieb von Lebensversicherungen, denn AWD hat gegenüber den Versicherungsgesellschaften wenig bis keine Marktmacht, welche sie nach dem Zusammenschluss zu ihren Gunsten ausnutzen könnte.

52. Zudem geht eine so enge Produktmarkt-Abgrenzung in fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen für den Vertrieb von Lebensversicherungen wohl eher zu weit. Legt man als relevanten Markt die Einzel-Lebensversicherungen (inkl. fondsgebundene) zu Grunde, so schwindet der Marktanteil von AWD rapide und ist mit nur [0-5%] vernachlässigbar klein.

53. Auch wenn ein eigener sachlich relevanter Markt für fremdvertriebene Lebensversicherungsprodukte abgegrenzt wird, so ist der geplante Zusammenschluss wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

54. In der Statistik des BPV²² sind zwischen 12'000-14'000 (gebundene und ungebundene) Versicherungsvermittler für die Schweiz eingetragen, womit AWD in der Beratung und Vermittlung von Lebensversicherungen einem intensiven Wettbewerb ausgesetzt ist. Gemäss Angaben der Parteien sind die Hauptwettbewerber von AWD im Fremdvertrieb von Lebensversicherungen die SVAG²³, die OVB²⁴ und der VZ²⁵. Zudem stehen die Fremdvermittler auch im Wettbewerb zum jeweiligen Eigenvertrieb der Versicherungsanbieter, welche durch die Möglichkeit einer raschen Substitution von Fremdvertrieb in Eigenvertrieb zumindest einen disziplinierenden Einfluss ausüben.

B.4.3. Potenzielles Vertikalverhältnis im Lebensversicherungsbereich

55. Swiss Life und AWD bieten fast ausschliesslich kom-

²⁰ RPW 2006/3, S.494 ff.

²¹ Die Marktanteile der AWD in der Beratung und Vermittlung von (fondsgebundenen) Einzel-Lebensversicherungen basieren auf Schätzungen, wobei der Umsatz der AWD in Relation zum geschätzten gesamten Provisionsvolumen je Produktmarkt gesetzt wurde. Richtigerweise wird als Berechnungsbasis das Prämienwachstum im Jahr 2006 herangezogen, welches für die Berechnung der Abschlussprovision der Vermittlung massgebend ist. Die veröffentlichten Bruttoprämieinnahmen vom BPV geben insofern nur indirekt Aufschluss über die Marktanteile im Vertrieb, denn darin sind auch Prämienzahlungen für Lebensversicherungen enthalten, welche bereits in früheren Jahren abgeschlossen wurden.

²² Vgl. www.bpv.admin.ch und www.vermittlerportal.ch.

²³ Schweizer Vermögensberatung AG, eine 100%-Tochter der Deutschen Vermögensberatung AG (DVAG).

²⁴ OVB Vermögensberatung (Schweiz) AG, eine 100%-Tochter der deutschen OVB Holding AG.

²⁵ VZ VermögensZentrum Holding AG.

plementäre Produkte an. Da die AWD bisher keinen Umsatz mit Swiss Life Produkten erwirtschaftet hat, stehen die Parteien nur in einem *potenziellen Vertikalverhältnis* zueinander. In der Grundsatzvereinbarung vom 3. Dezember 2007 ist zudem festgehalten, dass AWD auch nach der Übernahme ihre Unabhängigkeit bewahren wird und damit weiterhin frei entscheiden kann, mit welchen Produktpartnern sie zusammenarbeiten wird.

56. AWD vertreibt heute fondsgebundene Einzel-Lebensversicherungen v.a. für [...]. AWD steht dabei in intensivem Wettbewerb zu diversen anderen gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlern und zum eigenen Vertrieb der Versicherer (v.a. Generali und Skandia). Ein hypothetischer Wechsel der AWD in den exklusiven Vertrieb von Swiss Life Produkten könnte somit den beiden Marktführern von fondsgebundenen Lebensversicherungen (Generali und Skandia) nicht nachhaltig schaden. Eine solche Exklusivität ist jedoch gemäss Grundsatzvereinbarung vom 3. Dezember 2007 nicht vorgesehen.

57. Als kartellrechtlich problematisch könnte allenfalls die Tatsache angesehen werden, dass Swiss Life durch ihre Kontrollübernahme und Einsitznahme in den Aufsichtsrat der AWD Einblick in marktsensitive Daten ihrer Konkurrenten, namentlich von [...], erhalten und ihr Marktverhalten entsprechend anpassen könnte. Diese Bedenken wurden jedoch mit dem Hinweis der AWD auf die Geheimhaltungspflicht in ihren Standardmaklerverträgen mit den bestehenden Vertragspartnern ausgeräumt: AWD selber hat gegenüber seinen Vertragspartnern in der offiziellen Ankündigung der Übernahme durch Swiss Life zudem bestätigt, an den bestehenden Vertriebsverträgen und namentlich der Geheimhaltungspflicht festzuhalten.

58. Zudem erfolgt der Vertrieb von Einzel-Lebensversicherungen bei Swiss Life überwiegend durch den Eigenvertrieb (vgl. Rz. 26). Der vertriebliche Anteil, welcher theoretisch durch eine exklusive Beauftragung innerhalb der Fremdvermittler auf AWD übertragen werden könnte, ist deshalb vernachlässigbar klein.

59. Schliesslich vertreibt die AWD keine Kollektiv-Lebensversicherungen, so dass beim wichtigsten Produktmarkt der Swiss Life nicht einmal von einem potenziellen Vertikalverhältnis ausgegangen werden kann.

B.4.4 Wettbewerbliche Würdigung und Schlussfolgerungen

60. Swiss Life verfügt mit gut 30% Marktanteil bei *Kollektiv-Lebensversicherungen* in der Schweiz über einen relativ hohen Marktanteil. Ihre Marktstellung in diesem Bereich wird sich durch den Zusammenschluss jedoch nicht verändern, auch deshalb, weil es in diesem Markt zu keinerlei Marktanteilsadditionen kommt. Swiss Life steht zudem mit Winterthur, dem Marktführer im Kollektivlebensgeschäft, ein starker Wettbewerber gegenüber. Daneben gibt es eine Vielzahl von weiteren, mittelgrossen Wettbewerbern im Markt. Aufgrund der genannten Erwägungen wird die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung im Bereich Kollektiv-Lebensversicherungen ausgeschlossen.

61. In allen anderen relevanten Produktmärkten im Bereich *Einzel-Lebensversicherungen* liegen auch bei einer engstmöglichen Marktabgrenzung keine kartellrechtlich

problematischen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Die Ausführungen haben gezeigt, dass Swiss Life auch bei einer engstmöglichen Marktabgrenzung im Einzel-Lebensversicherungsbereich jeweils Marktanteile von weniger als 30% hält, und es durch den Zusammenschluss zu keinerlei Marktanteilsadditionen kommt.

62. Die beiden Parteien bieten fast ausschliesslich komplementäre Produkte an. Da die AWD bisher keinen Umsatz mit Swiss Life Produkten erwirtschaftet hat, stehen die Parteien nur in einem *potenziellen Vertikalverhältnis* zueinander. Die Ausführungen zeigen auf, dass auch ein hypothetischer Wechsel von AWD in den alleinigen Vertrieb von Swiss Life Produkten die Marktposition der stärksten Anbieter im Lebensversicherungsgeschäft (Winterthur, Generali, Basler, Zürich, Skandia und UBS) nicht massgebend beeinflussen würde, da ihnen für den Vertrieb ihrer Lebensversicherungsprodukte neben den teilweise sehr starken eigenen Vertriebskanälen auch eine Vielzahl von gebundenen und ungebundenen Fremdvermittlern zur Auswahl steht. Zudem erfolgt der Vertrieb von Einzel-Lebensversicherungen bei Swiss Life überwiegend durch den Eigenvertrieb (vgl. Rz. 26). Der vertriebliche Anteil, welcher theoretisch durch eine exklusive Beauftragung innerhalb der Fremdvermittler auf AWD übertragen werden könnte, ist deshalb vernachlässigbar klein.

63. Überdies werden die Parteien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses in der Produktion und im Vertrieb von Lebensversicherungen weiterhin *intensivem Wettbewerb* seitens etablierter schweizerischer Versicherungen (Winterthur, Generali, Helvetia, Zürich, Basler und Allianz) und Banken ausgesetzt sein. Bei Fremdvertrieb von Lebensversicherungsprodukten sind neben AWD mit VZ, SVAG, OVB wichtige Wettbewerber im Markt. Es ist zudem davon auszugehen, dass die einzelnen Produkte aus Anbietersicht relativ schnell austauschbar sind und somit die Präsenz eines Wettbewerbers in einem Produktmarkt einen disziplinierenden Einfluss auf die Wettbewerber eines anderen Bereichs ausübt.

64. Aus dem Gesagten folgt, dass der Vollzug des Zusammenschlusses die Marktstruktur in der Schweiz nicht spürbar ändern wird, und zwar weder allgemein noch in irgendeinem einzelnen Segment. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss wird deshalb ausgeschlossen.

65. Als kartellrechtlich problematisch könnte allenfalls die Tatsache angesehen werden, dass Swiss Life durch ihre Kontrollübernahme und Einsitznahme in den Aufsichtsrat der AWD Einblick in marktsensitive Daten ihrer Konkurrenten, namentlich von [...], erhalten und ihr Marktverhalten entsprechend anpassen könnte. Diese Bedenken wurden jedoch mit dem Hinweis der AWD auf die Geheimhaltungspflicht in ihren Standardmaklerverträgen mit den bestehenden Vertragspartnern ausgeräumt: AWD selber hat gegenüber seinen Vertragspartnern in der offiziellen Ankündigung der Übernahme durch Swiss Life zudem bestätigt, an den bestehenden Vertriebsverträgen und namentlich der Geheimhaltungspflicht festzuhalten.

C ERGEBNIS

Zusammenfassend ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass der geplante Zusammen-

schluss – der Erwerb der alleinigen Kontrolle der Swiss Life über AWD – 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

4. fenaco/Kellenberger Frisch Service AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. März 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. März 2008

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt, beim Zusammenschlussvorhaben fenaco / Kellenberger Frisch Service AG auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

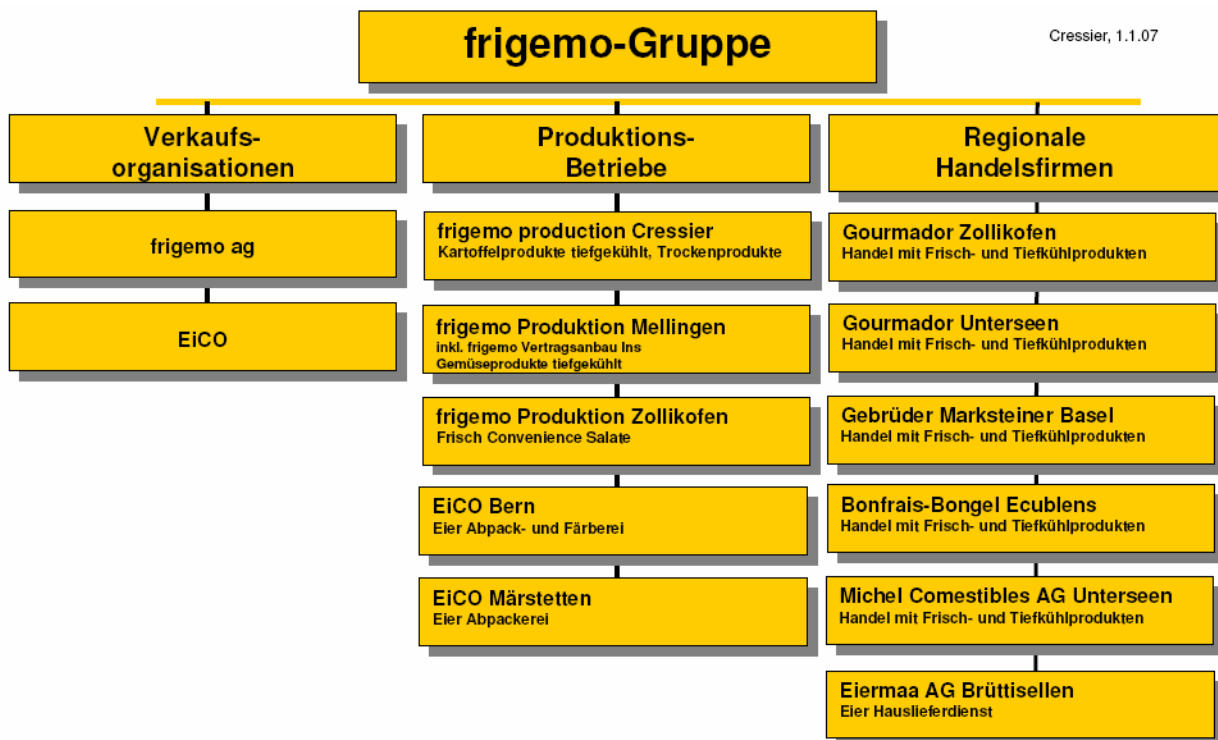
A SACHVERHALT

1. Am 1. Februar 2008 (mit Ergänzungen vom 12. Februar 2008) hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt fenaco den Erwerb von 100% der Aktien der

Kellenberger Frisch Service AG (Kellenberger). Damit erlangt fenaco die vollständige und alleinige Kontrolle über Kellenberger.

2. fenaco ist eine genossenschaftlich organisierte Unternehmensgruppe der schweizerischen Agrarwirtschaft. Die Tätigkeiten von fenaco sind vielfältig. Im wesentlichen versorgt fenaco die Landwirtschaft und weitere Kreise mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln und Verbrauchsgütern. Von den landwirtschaftlichen Betrieben übernimmt fenaco die Erzeugnisse. Diese Erzeugnisse veredelt und vermarktet fenaco. Zudem betreibt fenaco die Detailhandelsketten Volg und LANDI und verkauft AGROLA Brenn- und Treibstoffe.

3. Neben anderen Unternehmen kontrolliert fenaco die frigemo AG (frigemo). frigemo verkauft und vermarktet hauptsächlich Frisch- und Tiefkühlprodukte. Gemäss Meldung vom 1. bzw. 12. Februar 2008 besteht die weitere Geschäftstätigkeit der frigemo-Gruppe aus den Profit-Centers Frischconvenience, Eierhandel und Feinverteilung. Ihre Organisationsstruktur gibt Frigemo unter www.frigemo.ch (Stand Februar 2008) an.



4. frigemo veredelt zum Beispiel Kartoffeln zu Pommes Frites und Fertigrösti. Andere Produkte sind gekochte und gefärbte Eier. Ihre Produkte verkauft frigemo an die Gastronomie und den Detailhandel. Zusätzlich zum Verkauf entwickelt und produziert frigemo Produkte für zahlreiche Geschäftspartner. Diese Geschäftspartner sind beispielsweise McDonald's, Coop, Volg, Nestlé und Unilever (Knorr). Den Vertrieb ihres Sortiments nimmt frigemo über die eigenen Handelsunternehmen, aber auch in

Zusammenarbeit mit mehr als 50 regionalen Vertriebspartnern (Depositäre) vor. Die eigenen Handelsunternehmen sind:

- Bonfrais Bongel Ecublens: Bonfrais Bongel verkauft tiefgekühlte Kartoffelprodukte, Gemüse, Früchte und Pasta aus dem frigemo-Sortiment sowie Backwaren, Fisch, Fleisch und Geflügel;

- Gebrüder Marksteiner Basel: Marksteiner ist auf dem Platz Basel ein wichtiger Spezialist für frische Früchte und Gemüse, Convenience-Produkte und Tiefkühlprodukte wie beispielsweise Speiseeis;

- Gourmador Zollikofen und Gourmador Unterseen: Gourmador Zollikofen und Unterseen sind Spezialisten für frische Früchte und Gemüse, Convenience-Produkte sowie Tiefkühlprodukte;

- Michel Comestibles Unterseen: national tätige Comestibles-Handelsfirma, welche die Kunden täglich ein- oder zweimal mit Fisch, Geflügel und Fleisch beliefert;

- Eiermaa: Eiermaa beliefert die Haushalte direkt mit frischen Eiern von verschiedenen regionalen Landwirtschaftsbetrieben.

5. Weitere Ausführungen zu fenaco erübrigen sich für dieses Zusammenschlussvorhaben, weil fenaco aus anderen Verfahren (z. B. Zusammenschlussvorhaben zwischen fenaco und der Steffen-Ris Holding AG) bekannt ist.

6. Das zweite am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen ist Kellenberger. Gemäss Meldung vom 1. bzw. 12. Februar 2008 bezweckt Kellenberger den Einkauf, Vertrieb und Transport von Lebensmitteln aller Art im In- und Ausland, insbesondere von sämtlichen Produkten des täglichen Frischbedarfs. Gemäss eigenen Angaben unter www.kellenbergerfs.ch (Stand Februar 2008) besteht das Sortiment von Kellenberger aus Frisch-, Kühl- und Tiefkühlprodukten. Dies sind beispielsweise frische und küchenfertige Früchte, frisches und küchenfertiges Gemüse, Backwaren oder Molkereiprodukte. Die Kunden von Kellenberger sind Restaurants, Hotels, Personalrestaurants, Spitäler, Heime, Systemgastronomie, Take-away-Betriebe, Schwimmbäder, Partyservices, Grossverteiler, Detaillisten, Grossisten oder Marktfahrer. Für die Beschaffung ihrer Produkte arbeitet Kellenberger mit verschiedenen Unternehmen. Zu diesen Unternehmen gehören beispielsweise Nestlé, Emmi oder Unilever Schweiz. Auch fenaco und frigemo sind Unternehmen, mit denen Kellenberger zusammen arbeitet.

7. Das Unternehmen, welches Kellenberger veräussert, ist die RAID A Holding Establishment mit Sitz in Mauren (FL) (Raida). Gemäss Meldung ist der Zweck der RAID A die Anlage und Verwaltung des Vermögens auf eigene Rechnung; insbesondere das Halten von Beteiligungen an anderen Gesellschaften im In- und Ausland. Es wird kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betrieben.

8. Der Vollständigkeit halber erfolgt eine Beschreibung der FRILOG Frisch Logistik AG (Frilog). Der Grund für die Beschreibung ist der Erwerb der Kontrolle von Frilog durch fenaco bei einem allfälligen Zusammenschluss zwischen fenaco und der Steffen-Ris Holding AG. Denn Frilog ist eine Tochtergesellschaft der Steffen-Ris Holding AG. Falls fenaco und die Steffen-Ris Holding AG einen Zusammenschluss vollziehen, erwirbt fenaco auch die Kontrolle über die Frilog. Die Frilog ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Kerzers. Als ihr Kerngeschäft nennt die Frilog unter www.frilog.ch (Stand Februar 2008) den Handel und die Aufbereitung von Früchten und Gemüse

aus biologischem Anbau. Frilog gibt unter www.frilog.ch (Stand Februar 2008) an, dass sie mit ihrem Vollsortiment an Früchten und Gemüse aus biologischem Anbau heute einer der grössten Anbieter dieser Produkte in der Schweiz ist. Als Anbieter dieser Produkte beliefert Frilog gemäss Meldung Grosskunden wie Coop und Migros mit gewissen Bio-Früchten und –Gemüse. Ausserdem bietet die Frilog ihren Kunden sämtliche Dienstleistungen rund um Früchte und Gemüse an. Hierzu gehören: Transporte, Logistkdiensleistungen wie Kommissionierung, Lagerung und Verpackung. Dementsprechend beliefert Frilog Verteilzentralen im ganzen Land. Die Verteilung ihrer Produkte organisiert Frilog mit Logistikpartnern. Allerdings verfügt Frilog über keinen eigenen Fahrzeugpark.

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 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 Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

11. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU, SR 251.4).

12. Raida ist Alleinaktionärin von Kellenberger. Am 28. Januar 2008 schlossen fenaco und Raida einen Vertrag über den Verkauf aller Aktien von Kellenberger an fenaco ab. Damit erwirbt fenaco 100% der Aktien der Kellenberger. Folglich erlangt fenaco die vollständige Kontrolle über Kellenberger.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. 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

14. Zusammenschlussvorhaben sind gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

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

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

15. Gemäss Meldung liegen die Umsatzzahlen für das Jahr 2007 zum Zeitpunkt der Meldung noch nicht vor. Deshalb gibt die Meldung die Umsatzzahlen für das Jahr 2006 an. Die in der Schweiz im Jahr 2006 erzielten Umsätze waren gemäss Meldung die folgenden:

Gesellschaft	Umsatz Schweiz 2006 (in Mio. CHF)	
	weltweit	in der Schweiz
fenaco	4'831	4'800
Kellenberger	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Damit sind vorgenannte Schwellenwerte vorliegend überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

16. 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).

17. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind

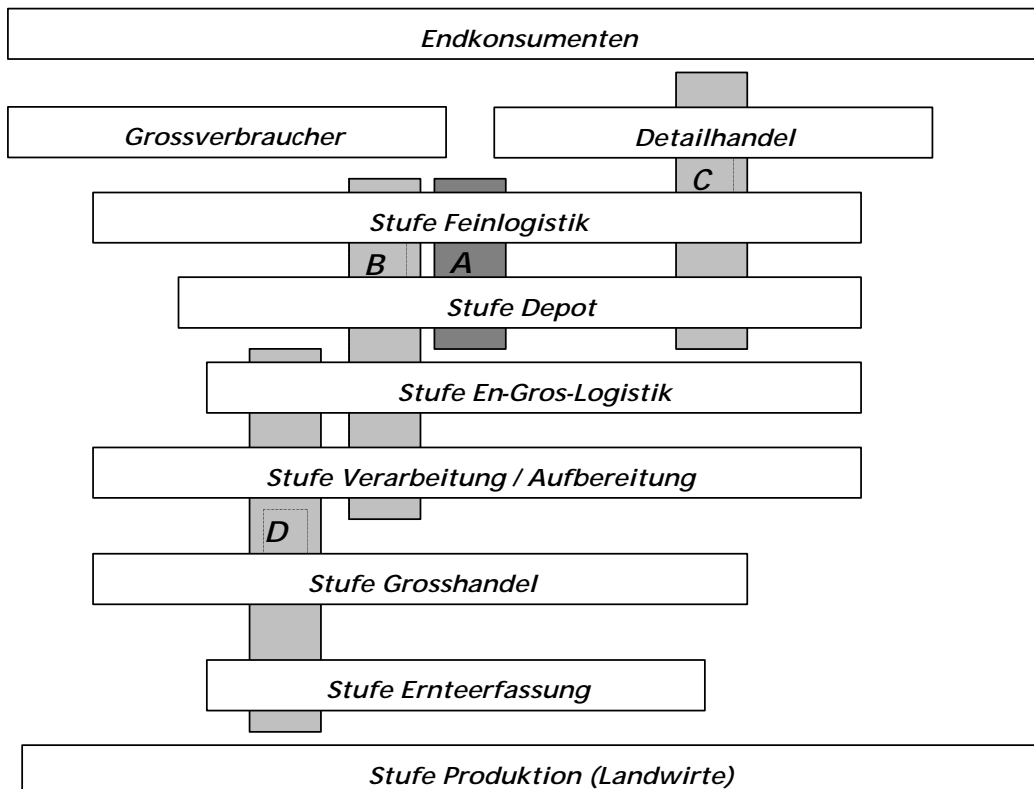
zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

B.4.1.1.1 Vorbemerkung: Marktstufen und Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen



A Kellenberger
C Volg Konsumwaren AG (fenaco)

B Frigemo (fenaco)
D fenaco

19. Die Landwirte liefern ihre Produkte an selbständige Ernteefassungsstellen oder an von Grosshändlern betriebene Sammelstellen, verarbeitende Betriebe oder direkt an Grossverbraucher oder Endkonsumenten. Auf Stufe Grosshandel werden die Produkte je nach Absatzkanal zu konsum- oder verarbeitungsfertigen Frisch- oder Convenience-Produkten veredelt und zu Grosshandlungsmengen gebündelt. Auf Stufe En-Gros-Logistik werden die Produkte von den verarbeitenden Betrieben an die regionalen Depots der Feinverteiler überführt. Die Abnehmer der En-Gros-Lieferanten sind somit nicht die Grossverbraucher oder die Detailhändler. Die Depots werden in der Regel von den Unternehmen auf Feinlogistik-Stufe (z.B. Feinverteilungshändler, Cash & Carry) betrieben. Die Feinlogistikstufe bedient Grossverbraucher und die einzelnen Filialen der Detailhändler.

20. Im Gegensatz zu den En-Gros-Lieferungen erfolgen Feinverteillieferungen in der Regel zeitkritisch. Während zudem auf Stufe En-Gros-Logistik je nach Ware Lastwagen mit gekühltem, tiefgekühltem oder ungekühltem Laderaum verwendet werden, besitzen die (kleineren) Last- oder Lieferwagen der Feinverteiler normalerweise sowohl über ein gekühltes als auch ein tiefgekühltes Abteil.

21. Aus der obenstehenden Tabelle wird ersichtlich, dass fenaco und Kellenberger grundsätzlich auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind. Die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen überschneiden sich im Bereich Depot und Feinlogistik, in welchen fenaco über die Frigemo und die Volg Konsumwaren AG tätig ist.

B.4.1.1.2 Grossverbrauchermarkt

22. Kellenberger als zu übernehmendes Unternehmen erzielt einen Teil ihres Umsatzes mit dem Vertrieb von Obst, Gemüse, Milchprodukten, küchenfertigen Frischprodukten ("Küfe-Produkte") und Tiefkühlprodukten an Grosskonsumenten. Dieser Markt wurde von der Wettbewerbskommission im Entscheid "transgourmet Holding AG" (RPW 2005/2, S. 342ff.) als Grossverbrauchermarkt abgegrenzt. Darunter versteht man den Markt zur regelmässigen Versorgung der Grossverbraucher in der Gastronomie, industriellen Betrieben (Heime, Spitäler und Kantinen) und der Zusatzgastronomie (z.B. Autobahnraststätten, Sportstätten, Catering-Betriebe) mit Food- und Near-Food-Produkten.

23. Unternehmenszusammenschlüsse können Auswirkungen auf die Absatz- und die Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben (RPW 2005/2, S. 343, Rz. 17). Im Grossverbrauchermarkt ist daher im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

a. den Absatzmärkten, auf denen sich die Grossverteiler als Anbieter den Grossverbrauchern gegenüberstehen und

b. den Beschaffungsmärkten, auf denen die Grossverteiler als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen.

a. Absatzmärkte

24. Im Grossverbrauchermarkt kann unterschieden werden zwischen Anbietern, welche die Grossverbraucher mit Produkten beliefern und solchen, bei denen die

Grossverbraucher die Waren selber abholen ("Cash & Carry"). Zentrales Entscheidungskriterium der Nachfrager ist aber nicht die Frage, ob das gewünschte Produkt geliefert wird oder abgeholt werden muss. Die Wahl zwischen Zustellgrosshändlern und Cash & Carry Märkten wird von weiteren Faktoren wie Lagermöglichkeiten, nachgefragte Menge, Transportmöglichkeiten und so weiter beeinflusst. Die Marktgegenseite wird sich demnach je nach den gegebenen Umständen für oder gegen eine Lieferung entscheiden. Die Zustellgrosshändler sowie die Cash & Carry Abholmärkte sind somit demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Der Detailhandel gehört demgegenüber nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt an (RPW 2005/2, S. 343, Rz. 21).

25. Es stellt sich die Frage, ob der Grossverbrauchermarkt in verschiedene Produktgruppen unterteilt werden sollte. Im bereits mehrfach zitierten Entscheid "transgourmet Holding AG" (RPW 2005/2, S. 343, Rz. 22) wurde diese Frage verneint, da Grossabnehmer in der Regel nicht für jede Produktgruppe oder gar für jedes einzelne Produkt eine Entscheidung bezüglich des Anbieters fällen, sondern vielmehr einen Anbieter aufgrund der Attraktivität von dessen Gesamtangebot wählen. Allerdings könne angesichts der grossen bezogenen Mengen die direkte Belieferung durch einen spezialisierten Lieferanten oder den Fachhandel für Grossverbraucher eine valable Alternative zum Bezug bei einem Vollsortimentsanbieter sein (RPW 2005/2, S. 344, Rz. 23). Folglich sollen spezialisierte Gastro-Anbieter und die Produzenten, welche Grossabnehmer direkt beliefern, aufgrund ihrer disziplinierenden Wirkung auf das Verhalten der Vollsortimentsanbieter, in den sachlich relevanten Absatzmarkt miteinbezogen werden.

26. Der sachlich relevante Absatzmarkt umfasst somit den gesamten Grossverbrauchermarkt, auf dem die Bedürfnisse von Grosskunden durch Zustellgrosshändler, Cash & Carry Märkte und Direktlieferungen befriedigt werden.

b. Beschaffungsmärkte

27. Die Marktgegenseite der Grossverteiler auf der Beschaffungsseite sind die Hersteller von Food- und Near-Food-Produkten. Diesen stehen verschiedene Absatzkanäle zur Verfügung, so beispielsweise der Detailhandel, E-Commerce, Export und Vertrieb an Grossverteiler. Sie können die Grosskonsumenten (z.B. Restaurants, Spitäler, Catering) aber auch direkt beliefern.

28. Nach Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen werden von den Grossverteilern bei den frischen Früchten und Gemüsen mehrere Lieferanten für jedes Produkt gewählt, da der Feinverteilhandel zeitkritisch sei und die Versorgung mit den Gütern jederzeit sichergestellt sein müsse.

29. Auf eine präzise Abgrenzung der Beschaffungsmärkte wird im vorliegenden Zusammenhang verzichtet, da die Marktanteile bei jeder denkbaren Markt- oder Beschaffungsmarktabgrenzung weit unterhalb von 20% liegen und somit beschaffungseitig kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.1.1.3 Detailhandel

30. Kellenberger erzielt einen Teil ihres Umsatzes mit der Distribution von Lebensmitteln an Detailhändler. Dabei handelt es sich vorwiegend um den Vertrieb von Milchprodukten, aber auch Früchte und Gemüse, Küfe-Produkte und Tiefkühlprodukte werden von Kellenberger vertrieben.

31. Auch im Bereich der Distribution an den Detailhandel ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

a. den Absatzmärkten, auf denen sich die Grossverteiler als Anbieter den Detailhändlern gegenüberstehen und

b. den Beschaffungsmärkten, auf denen die Grossverteiler als Nachfrager den Herstellern gegenüberstehen.

a. Absatzmärkte

32. Die Distribution von Lebensmitteln an Detailhändler ist eine Logistikdienstleistung auf Grosshandelsstufe, die zwischen den Herstellern und den Detaillisten anzusetzen ist. Kellenberger beliefert [...], Detailhändler, Lebensmittelgeschäfte, Bäckereien, Käsereien und Molkeereien.

33. Es stellt sich die Frage, ob der Markt für die Distribution von Lebensmitteln an Detailhändler hinsichtlich der verschiedenen Produktkategorien zu unterteilen ist. Der Schwerpunkt der Distribution von Kellenberger liegt bei Molkereiprodukten. Daneben vertreibt Kellenberger in geringen Mengen Früchte und Gemüse sowie Küfe- und Tiefkühlprodukte. Da die Marktanteile jedoch selbst bei einer engen Marktabgrenzung weit unterhalb von 20% liegen und somit absatzseitig kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, kann die Frage nach der genauen Marktabgrenzung im vorliegenden Fall offen bleiben.

b. Beschaffungsmärkte

34. Die Marktgegenseite der Verteiler von Lebensmitteln an Detaillisten auf der Beschaffungsseite sind die Hersteller von Food- und Near-Food-Produkten. Diesen stehen verschiedene Absatzkanäle zur Verfügung, so beispielsweise E-Commerce, Export, Vertrieb an Grosskonsumenten (z.B. Restaurants, Spitäler Catering) und an Grossverteiler. Sie können die Detailhändler aber auch direkt beliefern.

35. Nach Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen werden von den Grossverteilern bei den frischen Früchten und Gemüsen mehrere Lieferanten für jedes Produkt gewählt, da der Feinverteilhandel zeitkritisch sei und die Versorgung mit den Gütern jederzeit sichergestellt sein muss. Grundsätzlich beschaffen fenaco und Kellenberger die Produkte für den Detailhandel bei den gleichen Lieferanten wie für die Grosskonsumenten. Der einzige Unterschied besteht nach Angaben der Parteien darin, dass teilweise unterschiedliche Packungsgrößen bestehen.

36. Da die Marktanteile selbst bei einer engen Marktabgrenzung weit unterhalb von 20% liegen und somit auch beschaffungsseitig kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt, kann die Frage nach

der genauen Marktabgrenzung im vorliegenden Fall offen bleiben.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

37. 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.4.1.2.1 Grossverbrauchermarkt

a. Absatzmarkt

38. Feinverteilerhändler können grundsätzlich in die ganze Schweiz ausliefern. Da Abnehmer oft grössere Mengen einkaufen, kann es für die Feinverteiler lohnenswert sein, trotz höherer Transaktionskosten einen weiteren Weg in Kauf zu nehmen (vg. RPW 2005/2, S. 344, Rz. 31). Um die Fahrwege zu verkürzen, verfügen viele Betriebe an mehreren Orten über Warendepots. Kellenberger betreibt seine Feinverteilung aus Depots in Zürich und Kerzers.

39. Im Entscheid "transgourmet Holding AG" hat die Weko festgehalten, dass der Grosshandelsmarkt stark fragmentiert ist und rund 70% des Marktes vom regionalen Belieferungsgrosshandel, von den Produzenten selber sowie vom Fach- und Detailhandel versorgt werden. Dadurch entstehe eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehne (RPW 2005/2, S. 344, Rz. 29). Es ist somit in vorliegendem Zusammenhang von einem nationalen Markt auszugehen.

b. Beschaffungsmarkt

40. Die Weko hat im Rahmen des Zusammenschlussvorhaben "transgourmet Holding AG" festgestellt, dass der relevante Markt mindestens nationale, eventuell sogar internationale Dimensionen aufweist (RPW 2005/2, S. 344, Rz. 34).

41. Feinverteilerhändler werden von verarbeitenden Betrieben, Zwischenhändlern und Produzenten aus der ganzen Schweiz beliefert. Die Lieferungen von den verarbeitenden Betrieben an die Feinverteiler erfolgen zu einem grossen Teil direkt ab Fabrik.

42. Da die Marktanteile bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung weit unterhalb von 20% liegen, kann die Frage nach einer genauen räumlichen Marktabgrenzung offengelassen werden.

B.4.1.2.2 Detailhandel

a. Absatzmarkt

43. Wie bereits oben (Rz. 41) erwähnt, liefern die Distributeure grundsätzlich in der ganzen Schweiz aus. Es ist von einem nationalen Markt auszugehen.

b. Beschaffungsmarkt

Die Beschaffung der Produkte für den Detailhandel erfolgt im Wesentlichen gleich wie diejenige für den Grossverbrauchermarkt. Die Distributeure werden von Herstellern aus der ganzen Schweiz beliefert, und es ist somit von einem nationalen Markt auszugehen. Da die Marktanteile bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung weit unterhalb von 20% liegen, kann die Frage nach einer genauen räumlichen Marktabgrenzung offengelassen werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

44. 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.

B.4.2.1 Grossverbrauchermarkt

45. Der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Kellenberger im Markt für Grossverbraucher liegt nach Angaben der beteiligten Unternehmen unter 10%. Es handelt sich somit nicht um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.2.2 Detailhandel

46. Der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Kellenberger im Markt für die Distribution von Milchprodukten beträgt weniger als 10%. Im Markt für die Distribution von Früchten und Gemüse liegt der kumulierte Marktanteil unter 10%. Es handelt sich somit nicht um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

B.4.3 Ergebnis

47. Im vorliegenden Fall sind keine Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen. 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

5. Sony Ericsson Mobile Communications AB/Motorola, Inc.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Dezember 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2007

A SACHVERHALT

1. Am 22. November 2007 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben der Sony Ericsson Mobile Communications AB, Lund, Schweden (Sony Ericsson) und der Motorola, Inc., Schaumburg, USA (Motorola) erhalten. Danach beabsichtigen die beiden Unternehmen, die heute alleine von Sony Ericsson kontrollierte UI Holdings B.V., Amsterdam (UI Holdings) der gemeinsamen Kontrolle von Sony Ericsson und Motorola zu unterstellen, insbesondere um ein in der Industrie weit akzeptiertes User Interfaces (UI) samt Application Framework zu entwickeln und zu lizenzieren.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Motorola ist eine in den USA domizilierte Gesellschaft, deren Geschäftsaktivitäten im Bereich der drahtlosen und breitbandigen Kommunikationstechnologie sowie der dazu gehörenden elektronischen Produkten liegen.

3. Sony Ericsson ist ein Joint Venture von Sony Corporation und LM Ericsson, welches im Jahre 2001 gegründet wurde, und im Bereich Entwicklung, Produktion und Vermarktung von sprachbasierten, mobilen Kommunikationsgeräten samt Zubehör tätig ist.

4. UI Holdings ist eine Holdinggesellschaft, deren Geschäftstätigkeit sich im Halten und Verwalten bzw. Erwerben und Verkaufen von Gesellschaftsanteilen erschöpft. Die einzige Tochtergesellschaft der UI Holdings, UIQ Technology AB, Ronneby, Schweden (UIQ), ist in der Forschung im Bereich Entwicklung von User Interfaces (UI) und Application Frameworks für Mobiltelefone und Smartphones sowie deren Lizenzierung tätig.

A.2 Aufgaben und Ziele von UI Holdings

5. Zweck des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist die Förderung der Technologie von UIQ und insbesondere deren finanzielle Abstützung. UIQ war ursprünglich eine Tochtergesellschaft der Symbian Ltd., London, England (Symbian), welche UI an Hersteller von Mobilgeräten lizenzierte. Symbian ihrerseits gehört zu 47,9% der Nokia Group, Finnland, welche selbst erfolgreich UI (S60, S80 und S90) auf den Markt bringt.

6. Die UI Holdings wurde von Sony Ericsson gegründet, um Aktien in UIQ zu erwerben und zu halten, wobei sämtliche Aktien der UIQ am 2. Februar 2007 von Sym-

bian an UI Holdings übergangen. [...] Mittels Beteiligung von Sony Ericsson und Motorola erschliessen sich weitere finanzielle Mittel für diese Zielsetzung. Die Zusammenschlussparteien sehen als erstrebenswerte Lösung auch die Beteiligung weiterer Hersteller von Mobilgeräten an der UI Holdings.

7. Das Joint Venture soll zudem eine Grundlage für ein UI schaffen, das interessierten Drittparteien zur Lizenzierung zur Verfügung steht. Diese Lizenzen sollen Dritten zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen erteilt werden. Kein beteiligter Gerätehersteller soll die Technologie dominieren, womit ein hoher Level an Innovation und Vielfalt beabsichtigt wird.

A.3 Meldung des Zusammenschlussvorhabens bei der Europäischen Kommission

8. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wurde am 14. November 2007 bei der Europäischen Kommission angemeldet (Fall COMP/M.4953).

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

9. 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. 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. 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 ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

12. An UI Holdings ist zurzeit Sony Ericsson zu 100% beteiligt, wobei durch vorliegendes Zusammenschlussverfahren 50% der Beteiligung an UI Holdings an Motorola übertragen werden soll.

13. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs.

1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

14. Die gemeinsame Kontrollübernahme über ein Gemeinschaftsunternehmen durch zwei Unternehmen stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von zwei oder mehr Unternehmen kontrolliert (*infra* a) und
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen (*infra* b).

a) Gemeinsame Kontrolle

15. 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 anderen Unternehmens auszuüben (vgl. Art. 1 Bst. a VKU).

16. 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).

17. Zurzeit ist Sony Ericsson zu 100% an der UI Holdings beteiligt, wobei im Rahmen des geplanten Zusammenschlusses 50% der Beteiligung an Motorola übertragen werden soll.

18. Der Verwaltungsrat der UI Holdings besteht anfänglich aus nicht mehr als [...] Mitgliedern, von denen [...] von Sony Ericsson und [...] von Motorola entsandt werden können (Shareholder Agreement, Ziff. 5.1). Der Verwaltungsrat der UIQ soll nicht mehr als [...] Mitglieder haben, bestehend aus den Aktionärsvertretern der UI Holdings, einem Vorsitzenden und bis zu zwei weiteren unabhängigen Verwaltungsräten sowie einer bestimmten Zahl von Arbeitnehmervertretern (Shareholder Agreement, Ziff. 5.12).

19. Der Vorsitzende wird durch einen ausserordentlichen Beschluss der Aktionärsversammlung bestimmt [...] (Shareholder Agreement, Ziff. 5.8 f.).

20. U.a. bedürfen folgende Massnahmen eines ausserordentlichen Beschlusses des Verwaltungsrates (Shareholder Agreement, Interpretation i.V.m. Shareholder Agreement Schedule 3): [...]

21. Mittels ausserordentlichem Beschluss der Generalversammlung der Aktionäre (Shareholder Agreement, Interpretation i.V.m. Shareholder Agreement Schedule 4) wird über [...].

22. Weiter bedürfen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die Auflösung der Gesellschaft und weitere der Zustimmung von mindestens [...] der Aktionäre (Shareholder Agreement Interpretation i.V.m. Schedule 4).

23. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheidungen gemeinsam treffen und folglich UI Holdings durch UIQ gemeinsam kontrollieren.

b) Vollfunktionsunternehmen

24. 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 im 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.

25. UI Holdings wird im Markt mit Ihrer Tochtergesellschaft UIQ als Anbieterin von UIs bzw. Lizenzen dafür auftreten, wobei nach den Angaben der Parteien die UIQ langfristig über ihre Geschäftsaktivitäten als eigenständiges Unternehmen bestehen werden könne. Das UIQ UI wird zurzeit und soll auch in Zukunft Dritten zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen angeboten werden. Die UI Holdings dient einzig dem Halten und Verwalten bzw. Erwerben und Verkaufen von Gesellschaftsanteilen.

26. 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 investieren sowohl Sony Ericsson als auch Motorola in UI Holdings in der Höhe von EUR [...] Mio., um die Geschäftstätigkeiten des Joint Ventures auf- und auszubauen.

27. UIQ weist heute in seiner Bilanz Vermögenswerte von rund EUR [...] Mio. aus. Zudem wird gemäss Funding Schedule (Beilage 5, Annex 2 S. 9) sowohl Sony Ericsson als auch Motorola im Verlaufe des Jahres 2008 je EUR [...] Mio. einbringen. UIQ verfügt ebenfalls entsprechend dem Geschäftsbericht 2006 über Verwaltungsräte und Geschäftsführer sowie zurzeit [...] Angestellte.

28. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass UI Holdings durch UIQ die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

c) Ergebnis

29. Der Kontrollwechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle über UI Holdings stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

31. 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).

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

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Sony Ericsson	148'890	[...]
Motorola	52'302	[...]
UIQ¹	[...]	0
Kumuliert	[...]	[...]

33. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006 einen kumulierten, auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und zwei der beteiligten Unternehmen (Sony Ericsson und Motorola) erzielten einen Umsatz von je 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

34. 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).

35. 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.

36. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Parteiangaben [...].

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevanter Markt

37. 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).

38. Als Operating System (OS) wird die Software bezeichnet, welche das Zusammenwirken von Hard- und Software regelt. Darauf bauen sämtliche Softwarekomponenten eines Mobilgerätes auf, wobei für Smartphones folgende OS verfügbar sind: Symbian OS, Microsoft Windows Mobile, PalmSource und mehrere Linux basierte OS.

39. UI seinerseits ist die auf das entsprechende OS aufbauende Softwarekomponente, welche die Funktionalitäten eines Smartphones dem Nutzer präsentiert und dessen Eingaben entgegennimmt. Ein UI stellt in diesem Fall die Schnittstelle zwischen dem Benutzer eines Smartphones und dem Betriebssystem, welches die Hardware steuert (OS), dar. Das UI hat entscheidenden Einfluss auf das Erscheinungsbild des Smartphones, auf Form und Grösse des Bildschirms, sodass für den Endkunden, abgesehen vom Geräteäusseren, das Smartphone wesentlich durch das UI bestimmt ist.

40. Ein UI wird immer für ein bestimmtes OS entwickelt und funktioniert grundsätzlich ausschliesslich auf diesem. Auf einem OS können aber mehrere UI laufen. OS und UI können entweder als Einheit von einem Entwickler (z.B. Microsoft Windows Mobile) oder einzeln von unterschiedlichen Entwicklern lizenziert werden. Stammen OS und UI vom gleichen Anbieter, werden sie i.d.R. nicht getrennt lizenziert.

41. Smartphones sind primär auf Sprachkommunikation ausgerichtete Geräte, die jedoch eine Vielzahl weiterer Applikationen ermöglichen, z.B. Datensynchronisation

¹ Wirtschaftlich betrachtet entspricht der Umsatz der UI Holdings dem Umsatz von UIQ, da zweitgenannte die einzige Tochtergesellschaft der erstgenannten Gesellschaft ist.

mit Computern (Email, Kalender, etc.) und für die Bearbeitung von geschäftsüblichen Dateien (Microsoft Office Dokumente) zugänglich sind, wobei Smartphones stark auf Funktionalität ausgerichtet sind.

42. Zu unterscheiden sind Smartphones von herkömmlichen Mobiltelefonen und von sog. Personal Digital Assistants (PDA). Mobiltelefone sind primär auf Sprachkommunikation ausgelegt und kennen nur wenige andere Funktionalitäten. In technischer Hinsicht verfügen sie regelmässig über ein proprietäres geschlossenes OS, welches keine Applikationen von Drittparteien zulässt. PDA sind vorwiegend auf Datenkommunikation ausgerichtet, wobei die Sprachkommunikation im Hintergrund steht. Nebst einer normalen Computer-Tastatur oder einem Touchscreen sind sie so ausgestattet, dass sie mit zwei Händen benutzt werden können. Anzumerken ist jedoch, dass die Abgrenzungen zwischen diesen drei Produktarten fließend und Unterscheidungen immer weniger deutlich sind.

43. Die Kriterien, nach welchen ein UI ausgesucht wird, sind u.a. das OS, auf welchem es läuft, Preis, Anwenderfreundlichkeit, Möglichkeiten, die Software an unterschiedliche Hardware anzupassen und die Individualisierungsmöglichkeiten für Mobilgerätehersteller, die das gleiche UI nutzen.

44. Als sachlich relevanter Markt werden der von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Marktabgrenzung folgend die UI für Smartphones mit Symbian OS definiert, wobei eine genaue Marktabgrenzung offengelassen werden kann, weil sich, unabhängig von der Marktdefinition, für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteile ergeben, welche weitere Abklärungen rechtfertigen würden.

B.4.1.b Räumlich relevanter Markt

45. 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).

46. Im vorliegenden Fall ist für den Markt UI auf Symbian OS entsprechend den Parteiangaben von einem internationalen Markt auszugehen. Zwar können sich je nach regionalen Gegebenheiten teilweise Unterschiede bei Angebot und Nachfrage ergeben. Im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens wird jedoch von einem internationalen Markt ausgegangen, weil weder mit Bezug auf die Angebote noch auf die Nachfrage wesentliche Unterschiede bestehen.

47. Auch im Beschluss des Bundeskartellamtes vom 8. Juni 2004 B7-29/04 wird von einem Weltmarkt ausgegangen, wobei der japanische Markt aus der Betrachtung ausgeschlossen wurde, zumal die Präferenzen der Konsumenten und die Nachfragemacht der japanischen Netzbetreiber stark von den Verhältnissen beispielsweise in Europa oder den USA abweichen.

48. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung muss hier jedoch nicht erfolgen, da auch eine engere Abgrenzung keine Auswirkung auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hat.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

49. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder 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.

50. Das führende OS für Smartphones ist Symbian. Im Jahre 2005 entfielen rund [...] der Marktanteile integrierter Betriebssysteme an Symbian OS, im 2006 [...]. Zurzeit gibt es fünf damit interoperable UIs (Nokia: S60, S80 und S90; MOAP(S) und UIQ), wobei nur Nokia S60 und UIQ allgemein für Mobilgerätehersteller lizenziert werden. MOAP(S) wird gemäss Parteiangaben nur für den japanischen Markt an Dritte lizenziert, S80 und S90 von Nokia werden nicht an Dritte lizenziert.

51. Faktisch besteht somit für einen Lizenznehmer, der sich für das Symbian OS entscheidet, nur die Wahl zwischen zwei UI, dem S60 von Nokia und UI von UIQ, vorausgesetzt, dass kein eigenes UI durch den Lizenznehmer entwickelt wird, was aber aus Zeit- und Kostengründen von den Parteien als unrealistisch erachtet wird.

52. Von den Smartphones, welche auf Symbian OS laufen, weisen rund [...] ein UI von Nokia (S60, S80 oder S90) auf. Daneben liefen im Jahr 2006 weltweit [...] der Smartphones mit Symbian OS mit MOAP(S), womit der Anteil des UI von UIQ rund [...] beträgt.

53. Das mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben verfolgte Ziel ist die Konzentration finanzieller Mittel beider Zusammenschlussparteien zur Unterstützung der Technologie. Diese soll mittels dieser finanziellen Unterstützung in die Lage versetzt werden, ein konkurrenzfähiges UI zu entwickeln, welches interessierten Drittparteien zur Lizenzierung zur Verfügung steht. Eine solche Lizenzierung soll zu fairen und nicht diskriminierenden Bedingungen erfolgen.

54. Zudem beabsichtigen die beteiligten Zusammenschlussparteien auch weiteren interessierten Parteien die Möglichkeit einer Beteiligung an der zu schaffenden Plattform zu bieten.

55. Da weiter [...], ist von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

B.4.3 Ergebnis

56. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss keine/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

6. Altor/Papyrus

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. April 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. April 2008

1. Am 25. März 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das vorstehend erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt die indirekt von der Investmentgesellschaft Altor Limited kontrollierte Goldcup 2733 ED AB, zur Zeit in Umfirmierung zu P Holding AB (nachfolgend: P Holding), den Kauf mehrerer Gesellschaften (nachfolgend: Papyrus Gesellschaften) von Stora Enso Oyi (nachfolgend: Stora Enso), Finnland.

2. P Holding mit Sitz in Stockholm, Schweden, ist eine von mehreren Tochtergesellschaften des Investmentfonds Altor Fund II. Dieser Fonds ist einer von zwei Altor Investmentfonds. Die von den Altor Investmentfonds kontrollierten Unternehmen sind in sehr unterschiedlichen Sektoren tätig, beispielsweise in den Bereichen Inkassowesen, Telekommunikation und Freizeitboote.

3. Zu den Papyrus Gesellschaften gehören die Papyrus AB, Schweden, und weitere mit ihr verbundene Gesellschaften, welche allesamt direkte oder indirekte Tochtergesellschaften von Stora Enso sind. Die Papyrus Gesellschaften sind hauptsächlich im Papiergrosshandel in verschiedenen europäischen Ländern tätig. Zudem verfügen sie über Geschäftsaktivitäten im Handel mit Verpackungsmaterial und Verbrauchsartikeln für Geschäftskunden.

4. 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.

B 2.3

7. Orior/Spiess

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. März 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. März 2008

1. Am 6. Februar 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigte die Orior AG (nachfolgend "Orior") bzw. ihre Tochtergesellschaft Rapelli SA (nachfolgend "Rapelli") durch Aktienerwerb die Kontrolle über die Albert Spiess Holding AG (nachfolgend "Spiess") zu erlangen.

2. Die von Capvis Equity Limited Partnership (nachfolgend "Capvis II"), einem Private Equity Fund mit Sitz in Jersey, kontrollierte Orior besitzt Rapelli zu 100%. Orior ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Zürich, welche über ihre Tochtergesellschaften Lebensmittel für den Detailhandel und die Gastronomie herstellt und vertreibt. Zu den hergestellten Produkten zählen Charcuterie-Spezialitäten, Fertiggerichte, Teigwaren, Geflügel und vegetarische Produkte.

3. Spiess ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Schiers GR, welche über ihre Tochtergesellschaften Fleischprodukte (insbesondere getrocknete und geräucherte Fleischspezialitäten, gekochte und rohe Würste sowie Fertiggerichte) herstellt und diese an den Detailhandel und die Gastronomie vertreibt.

4. 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.

B 2.3

8. Torm/Projektor S.A.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. April 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom ..

A SACHVERHALT

1. Am 4. Februar 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung des Zusammenschlussvorhabens A/S Dampskibsselskabet Torm (nachfolgend: Torm)/Projector S.A. (nachfolgend: Projector) erhalten. Danach beabsichtigt Torm 50% der FR8 Holdings Pte.Ltd. (nachfolgend: FR8) zu übernehmen um zusammen mit Projector die gemeinsame Kontrolle über FR8 zu erwerben. FR8 wird über die Zwischengesellschaft FR8 Limited durch Projector kontrolliert.

2. Das übernehmende Unternehmen Torm ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Hellerup, Dänemark. Sie ist die Muttergesellschaft der Tormgruppe und besteht aus einer Tankerdivision (Beförderung von reinen Erdölprodukten wie Benzin, Düsentreibstoff, Naphta und Diesel) sowie einer Massengutfrachterdivision (Beförderung von verschiedenen Rohwaren wie Getreide, Kohle und Eisenerz). Die Tankerdivision wird von der Zentrale in Hellerup aus geleitet. Die grössten Kunden sind weltweit tätige Ölhändler und internationale Mineralölkonzerne. Die Massengutfrachterdivision zählt weltweit tätige Rohstoffhändler und Transportschiffunternehmen zu ihren Kunden. Torm besitzt in der Schweiz weder eine Tochtergesellschaft noch eine Niederlassung.

3. Die Veräussererin, Projector, ist ein internationales Ölhandelsunternehmen mit Sitz in Belize City, Belize, welches im internationalen Grosshandel mit Rohöl und verarbeiteten Erdölprodukten (wie Benzin, Gasöl, Naphta, Düsentreibstoff, Kerosin und Heizöl) tätig ist. Projector ist hauptgewichtig im physischen Geschäft aktiv und kauft, verkauft und transportiert mit Hilfe von Öltransportunternehmen Rohöl und verarbeitete Erdölprodukte auf der ganzen Welt (insbesondere Europa, Asien, Amerika, den Mittleren Osten, Russland und Westafrika). Projector besitzt mehrere Tochterunternehmen und verfügt über eine Handelsniederlassung in Genf¹.

4. Die zur Hälfte zu veräussernde und zu übernehmende FR8 ist eine Holdinggesellschaft mit Sitz in Singapur. Sie ist ein internationales Tankerunternehmen und transportiert reine Erdölprodukte sowie unreine Produkte (Heizöl) und Rohöl auf allen wichtigen Routen im Atlantik, im Mittelmeer, in der Nordsee, im arabischen Golf, in Fernost, in der Karibik und im Golf von Mexiko. Die Kunden von FR8 sind weltweit tätige Ölhändler und internationale Mineralölkonzerne². Sie besitzt in der Schweiz keine Tochterunternehmen oder Niederlassungen.

5. Torm erhält durch den Zusammenschluss Zugang zum Öltransportgeschäft von FR8 und Projector.

6. Das Zusammenschlussvorhaben unterliegt auch in Norwegen und Griechenland der Fusionskontrolle³.

B ERWÄGUNGEN**B.1 Geltungsbereich**

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

10. Die Parteien haben am 24. Januar 2008 einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen. Gemäss diesem erwirbt Torm von der Zwischengesellschaft FR8 Limited 50% der Anteile von FR8. Gleichzeitig haben Torm, Projector sowie die Zwischengesellschaft FR8 Limited einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen, wonach der Verwaltungsrat aus [...] Mitgliedern bestehen wird (Art. 6.1 f.). [...] Mitglieder werden von Torm und [...] von FR8 Limited ernannt, womit die Anzahl der Stimmen der Verwaltungsräte der jeweiligen Anzahl der von den Parteien gehaltenen Aktien entspricht (Art. 6.12). Alle Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Stimmen gefällt, der Verwaltungsratspräsident hat keinen Stichtscheid (Art. 6.11 / 6.14). Bestimmte wichtige Geschäfte, die in Anhang 1 des Aktionärsbindungsvertrages aufgezählt sind, benötigen die schriftliche Zustimmung von Torm und FR8 Limited (Art. 8.1).

11. Bei der geplanten Übernahme von 50% der Aktien von FR8 wird ein Gemeinschaftsunternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) be-

¹ KMA Services S.A., welche lediglich administrative Tätigkeiten ausführt.

² Die grössten Kunden sind [...].

³ Die Parteien haben keine Angaben über den Stand des Verfahrens gemacht.

gründet, da ein Vorgang gegeben ist, bei welchem zwei Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrolliert haben und das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

12. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 24. Januar 2008 bekannt gegeben, der Vollzug soll Ende Februar erfolgen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. 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

14. 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 zwei Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenen Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Werden die Umsatzschwellen im Sinne von Art. 9 Abs. 1-3 KG und Art. 3-8 VKU erreicht, so liegt ein meldepflichtiger Zusammenschluss vor.

16. Die beteiligten Unternehmen erzielten 2006 folgende Umsätze (in Schweizer Franken, "CHF"):

Umsätze 2006 in CHF ⁴		
	Weltweit	Schweiz
Torm	[...]	[...]
Projector	[...]	[...]
FR8	[...]	[...]

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

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

18. 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).

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

B.4.1 Relevante/r Markt/Märkte

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

20. 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).

21. Der Zusammenschluss betrifft den Überseetransport mit Öltankern. Torm und FR8 sind in diesem Geschäft aktiv. In den anderen Bereichen der beteiligten Unternehmen, dem Überseetransport von Rohwaren von Torm und dem internationalen Ölhandelsgeschäft von Projector bestehen keine betroffenen Märkte⁵.

22. Beim Überseetransport von Rohöl und Erdölprodukten handelt es sich hauptsächlich um "Trampdienste"⁶. Die Transportanbieter bedienen grundsätzlich jeden Ausgangspunkt und Lieferort mit eigenen oder gecharterten Transportschiffen. Bei den Kunden handelt es sich um private und staatlich kontrollierte internationale Mineralölkonzerne, internationale Ölhändler, grosse Energie- und Versorgungsunternehmen, Chemieunternehmen sowie Regierungen und verschiedene andere Organisationen. Das Angebot der Transportverträge ist vielseitig (bspw. Zeitfracht-, Reisecharter- oder Seefrachtvertrag).

23. Es stellt sich die Frage, ob von einem Gesamtmarkt für den Transport von Rohöl (Erdöl), anderen unreinen Erdölprodukten⁷ und reinen Erdölprodukten⁸ mit Öltankern auszugehen ist oder ob eine engere Marktabgrenzung in die zwei Segmente, Transport von

⁴ Die Parteien haben mit einem durchschnittlichen Jahreswechsellkurs 2006 EUR:CHF= 1:1.57331 und USD:CHF=1:1.25364 gerechnet.

⁵ Torm und Projector schätzen deren jeweiligen Marktanteile auf den relevanten weltweiten Märkten deutlich unter [...]. Sie verfügen über keine Zahlen für die Schweiz, gehen jedoch davon aus, dass in der Schweiz die Marktanteile ebenfalls deutlich unter [...] liegen.

⁶ Anders als beim Linierverkehr handelt es sich bei den Trampdiensten um nicht regelmässige oder nicht angekündigte Fahrten (Art. 1 Abs. 3 Bst. a Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf den Seeverkehr).

⁷ Bspw. Heizöl, Dieselöl, unreine Kondensate und Vakuumsöl.

⁸ Bspw. Reine Kondensate, Dieselöl, Gasöl, verschiedene Grade von Benzin, Düsentreibstoff, Schiffsdieselöl und Naphta.

Erdöl/unreinen Erdölprodukten und Transport von reinen Erdölprodukten vorzunehmen ist⁹. Aufgrund nachfolgender Ausführungen erscheint die engere Marktabgrenzung sachgerecht.

a) Transport von Erdöl und unreinen Erdölprodukten

24. Erdöl und unreine Erdölprodukte können sowohl auf "unreinen" Öltankern verschiedenster Grössen - gemessen in Bruttoregistertonnen (BRT)¹⁰, - auf "reinen" Produkttankern, auf Tankern für chemische Stoffe und auf kombinierten Massengutfrachtern transportiert werden. Der Seetransport von Erdöl ist gemäss der Meldung teilweise durch Landtransport substituierbar, zum Beispiel über Pipelines. Es besteht ein starker Wettbewerb bezüglich des Preises und der unterschiedlichen Tankergrössen¹¹. Die Kunden, internationale Mineralölkonzerne, die den Transport zwischen Produktions-, Lagerorten und Raffinerien weltweit nachfragen, können vom Markt profitieren und die für sie günstigsten Konditionen wählen.

25. Die Parteien definieren im Rahmen einer vorsichtigen Arbeitshypothese, bei der alternative Transportmöglichkeiten über Pipelines oder mit "reinen" Erdöltankern sowie Tankern für chemische Stoffe ausser Betracht bleiben, einen relevanten Teilmarkt für den Transport von Erdöl und unreinen Erdölprodukten mittels "unreinen" Tankern.

26. Torm bietet Transporte von Erdöl und unreinen Erdölprodukten nur gelegentlich an. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keiner Überschneidung auf diesem Teilmarkt.

27. Die Frage, ob dieser von den Parteien als Arbeitshypothese gewählte, sachlich relevante Teilmarkt abzugrenzen ist, kann im Folgenden offen gelassen werden, da selbst bei dieser engstmöglichen Marktabgrenzung – d.h. ein sachlich relevanter Markt für Transporte von Erdöl und unreinen Erdölprodukten mittels "unreinen" Tankern – der geplante Zusammenschluss weder in der Schweiz (national) noch weltweit zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Eine definitive Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall insofern nicht notwendig und wird deshalb auch nicht vorgenommen.

b) Transport von reinen Erdölprodukten

28. Erdölprodukte werden mit Produkttankern verschiedener Grössen – gemessen in BRT¹² - transportiert, die untereinander mehrheitlich austauschbar sind und oft sowohl unreine als auch reine Erdölprodukte transportieren können. Ebenso können einige reine Erdölprodukte auch in Tankern für chemische Stoffe oder für Gasprodukte transportiert werden.

29. Die Parteien grenzen im Rahmen einer vorsichtigen Arbeitshypothese einen Teilmarkt für den Transport von reinen Erdölprodukten mittels "reinen" Erdöltankern ab.

30. Torm und FR8 sind auf diesem Teilmarkt aktiv. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit zu Überschneidungen.

31. Die Frage, ob dieser von den Parteien als Arbeitshypothese gewählte sachlich relevante Teilmarkt abzugrenzen ist, kann wiederum im Folgenden offen gelas-

sen werden, da selbst bei dieser engstmöglichen Markt-abgrenzung – d.h. ein sachlich relevanter Markt für Transporte von reinen Erdölprodukten mittels "reinen" Erdöltankern – der geplante Zusammenschluss weder in der Schweiz (national) noch weltweit zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Eine definitive Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall insofern nicht notwendig und wird deshalb auch nicht vorgenommen.

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

32. 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).

33. Erdöl- und Erdölprodukttransporte werden von jedem beliebigen Ausgangspunkt und Lieferort auf der ganzen Welt angeboten und nachgefragt. Es gibt gemäss der Meldung keine speziellen regionalen oder nationalen Marktzutrittschranken. Aufgrund des weltweiten Ölhandels ist auch der Transportmarkt weltweit abzugrenzen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

35. Torm und Projector besitzen gemäss den Parteien einen Marktanteil von ca. [...] auf dem Gesamtmarkt für den Öltransport mit Öltankern.

36. In den zwei Segmenten Transport von Erdöl /unreinen Erdölprodukten und Transport von reinen Erdölprodukten gliedern sich die Marktanteile wie folgt¹³:

a) Transport von Erdöl und unreinen Erdölprodukten

37. Nur FR8 ist in diesem Teilmarkt aktiv, das Zusammenschlussvorhaben führt zu keiner Überschneidung.

38. FR8 verfügt über [...] Panamax-Tankern mit einem Fassungsvermögen von rund [...] BRT. Weltweit existieren mindestens 1641 "unreine" Tanker mit einem Fassungsvermögen von 260.97 Millionen BRT¹⁴. Der Marktanteil von FR8 beträgt [...] gemessen an der Anzahl

⁹ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 740.

¹⁰ Grössenklassen: Very Large Crude Carriers („VLCCs“): 200'000 plus BRT, Suezmax: 120'000-200'000 BRT, Aframax 80'000-120'000 BRT, Panamax 50'000-80'000 BRT und Handysize: 10'000-50'000 BRT.

¹¹ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 746.

¹² Grössenklassen: LR2: 80'000-100'000 BRT, LR1 50'000-80'000 BRT, MR 30'000-55'000 BRT und Handysize (20'000-40'000).

¹³ Die Parteien verfügen über keine Daten speziell für die Schweiz, gehen jedoch davon aus, dass die weltweiten Marktanteile mit denen in der Schweiz zu vergleichen sind, mit Hinblick darauf, dass die Schweiz als Binnenland nur virtuell vom Öltankergeschäft betroffen ist.

¹⁴ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 742.

Tankern und [...] gemessen am Fassungsvermögen.

b) Transport von reinen Erdölprodukten

39. In diesem Teilmarkt sind sowohl Torm und FR8 aktiv.

40. Weltweit existieren mindestens 1852 "reine" Tanker mit einem Fassungsvermögen von 80.15 Millionen BRT¹⁵. Torm kontrolliert [...] Produkttanker mit einem Fassungsvermögen von rund [...] BRT, was einen Marktanteil von [...] gemessen an der Anzahl der Tanker und [...] gemessen am Fassungsvermögen ausmacht. FR8 kontrolliert [...] Produkttanker mit einem Fassungsvermögen von rund [...] BRT und hat damit einen Marktanteil von ca. [...] bzw. [...] (gemessen an der Anzahl Tanker bzw. am Fassungsvermögen).

41. Der gemeinsame Marktanteil beträgt, gemessen an der Anzahl Tanker, [...], und, gemessen am Fassungsvermögen, [...].

42. Daraus folgt, dass weder zwei der beteiligten Unternehmen zusammen über einen Marktanteil in der Schweiz von 20% verfügen, noch dass ein beteiligtes Unternehmen mehr als 30% Marktanteile in der Schweiz hat. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind somit nicht erreicht, und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.4.3 Ergebnis

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

¹⁵ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 742.

B 2.3

9. BSI SA/Banca del Gottardo

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

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

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

Comunicazione del 24 gennaio 2008 giusta l'articolo 16 capoverso 1 OCCI

A FATTISPECIE

1. Il 28 dicembre 2007 la Segreteria della Commissione della concorrenza ha ricevuto l'annuncio di un progetto di concentrazione tra la BSI SA ("BSI") e la Banca del Gottardo ("BdG").

2. La BSI è una banca ai sensi della legge sulle banche,¹ attiva principalmente nel settore della gestione patrimoniale per la clientela privata. Essa è attiva principalmente in Svizzera. La sua sede si trova a Lugano e dispone di succursali a Bellinzona, Chiasso, Ginevra, Locarno, Losanna, St. Moritz e Zurigo e di filiali a Guernsey, Hong Kong, Londra, Monaco, Nassau, Panama, Parigi e Singapore. Inoltre dispone di uffici di rappresentanza a Buenos Aires, Hong Kong, Montevideo e Panama. La BSI appartiene al gruppo Generali, con sede a Trieste (Italia). Il gruppo Generali ("Generali"), alla cui guida si trova la Generali Assicurazioni S.p.A., dispone di filiali attive in più di 40 paesi, la maggior parte delle quali sono attive nel settore assicurativo.

3. La BdG è una banca ai sensi della legge sulle banche, attiva principalmente nel settore della gestione patrimoniale per la clientela privata. Essa è attiva principalmente in Svizzera. La sua sede si trova a Lugano e dispone di succursali a Bellinzona, Chiasso, Ginevra, Locarno, Losanna, Zurigo, Lussemburgo e Nassau. Essa detiene inoltre partecipazioni dirette / filiali alle Bahamas, in Francia, Italia, Lussemburgo, Spagna e possiede degli uffici di rappresentanza ad Atene, Hong Kong e Taiwan. La BdG appartiene alla Swiss Life Holding ("Swiss Life"), con sede a Zurigo, società attiva in Svizzera nel settore della previdenza finanziaria.

4. La vendita di BdG da parte di Swiss Life è una conseguenza dell'intenzione di quest'ultima di concentrarsi sulla propria attività nel settore della previdenza finanziaria. L'acquisto di BdG da parte di BSI rientra nel piano di realizzazione degli obiettivi strategici di Generali. Generali infatti, tramite la sua filiale BSI, intende incrementare la propria presenza nel settore della gestione patrimoniale per la clientela privata.

5. La BSI intende assumere il controllo diretto sulla BdG. A questo scopo, il 7 novembre 2007, BSI e Swiss Life hanno concluso un contratto ("Share Purchase Agreement") che prevede l'acquisto da parte di BSI di tutte le azioni della BdG da Swiss Life.

B CONSIDERAZIONI**B.1 Campo d'applicazione**

6. La legge sui cartelli² si applica alle imprese di diritto privato e di diritto pubblico che fanno parte di un cartello o di altri accordi in materia di concorrenza, dominano il mercato o partecipano a concentrazioni di imprese (art. 2 cpv. 1 LCart).

B.1.1 Imprese

7. Secondo l'articolo 2 capoverso 1^{bis} LCart sono considerati imprese i richiedenti o offerenti di beni e servizi nel processo economico, indipendentemente dal loro statuto giuridico o dalla loro forma organizzativa. Le imprese partecipanti al progetto di concentrazione oggetto di questa procedura sono da considerare imprese ai sensi della LCart.

B.1.2 Concentrazioni di imprese

8. BSI e Swiss Life hanno concluso il 7 novembre 2007 un contratto che prevede l'acquisto da parte di BSI di tutte le azioni della BdG da Swiss Life. Il prezzo di vendita è di CHF 1.875 Mia. In un secondo momento è prevista la fusione tra la BSI e la BdG. Il contratto prevede inoltre che al momento del "Closing" la BdG ceda i settori "Mortgage Factory Business" e "Swiss Life Investment Accounts Plattform" a Swiss Life.

9. Tramite la transazione oggetto del progetto di concentrazione la BSI intende assumere il controllo diretto sulla BdG. Si tratta quindi di una concentrazione ai sensi dell'articolo 4 capoverso 3 lettera b LCart. Dato che l'impegno di vendita è stato concluso, la transazione può essere annunciata.

B.2 Prescrizioni riservate

10. Nell'ambito dei mercati che occorre valutare in questa sede non vi sono prescrizioni che li escludono dalla concorrenza. Prescrizioni riservate secondo l'articolo 3 capoverso 1 e 2 LCart non vengono fatte valere neanche dalle parti in causa.

B.3 Obbligo d'annuncio

11. Le concentrazioni d'impresе sono sottoposte all'obbligo di annuncio se superano le soglie delle cifre d'affari elencate all'articolo 9 capoverso 1 lettere a, b LCart. Dato che sia l'acquirente che l'impresa che viene acquistata sono delle banche, la determinazione dei valori limite va calcolata secondo l'articolo 9 capoverso 3 LCart e l'articolo 8 OCCI³. Per Generali, in quanto compagnia di assicurazione, i valori limiti sono calcolati secondo l'articolo 9 capoverso 3 LCart e l'articolo 6 OCCI.

¹ Legge federale sulle banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, LBCR; RS 952.0).

² Legge sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (legge sui cartelli, LCart; RS 251).

³ Ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese del 17 giugno 1996 (OCCI; RS 231.4)

Dalla tabella seguente si possono desumere le cifre d'affari totali (rispettivamente il totale dei ricavi lordi e il totale lordo dei premi annui) per l'anno civile 2006:

cifra d'affari 2006 (in Mio. CHF)	nel mondo	in Svizzera
BSI ⁴	CHF [...]	CHF [...]
BdG	CHF 624	CHF 365
BSI e BdG assieme	CHF [...]	CHF [...]

Fonte: annuncio

12. Le imprese partecipanti hanno raggiunto congiuntamente nel 2006 a livello mondiale una cifra d'affari superiore ai CHF 2 Mia. e in Svizzera una cifra d'affari superiore a CHF 500 Mio. I valori limite dell'articolo 9 capoverso 1 lettera a LCart sono quindi raggiunti. Entrambe le imprese partecipanti hanno realizzato nel 2006 in Svizzera una cifra d'affari superiore ai CHF 100 Mio. Anche il valore limite dell'articolo 9 capoverso 1 lettera b LCart è quindi raggiunto. Il progetto di concentrazione in questione sottostà dunque all'obbligo d'annuncio.

B.4 Competenza della Commissione federale delle banche

13. La Commissione federale delle banche, con lettera del 7 gennaio 2008, ha comunicato che non intende far valere interessi dei creditori. La Commissione della concorrenza ("Comco") è quindi competente per l'esame di questo progetto di concentrazione (art. 10 cpv. 3 LCart).

B.5 Valutazione del progetto di concentrazione dopo l'esame preliminare

14. Le concentrazioni sottoposte all'obbligo di annuncio sottostanno ad un esame da parte della Comco semprechè da un esame preliminare risulti l'indizio che esse creino o rafforzino una posizione dominante (art. 10 cpv. 1 LCart).

15. Per poter valutare l'esistenza di indizi, secondo i quali la concentrazione crea o rafforza una posizione dominante, vanno prima delimitati i mercati rilevanti. In seguito va poi valutato il cambiamento della posizione delle imprese partecipanti alla concentrazione su questi mercati dovuto alla concentrazione stessa.

B.5.1 Mercati rilevanti

B.5.1.a Mercati reali

16. Il mercato reale comprende tutte le merci o prestazioni di servizi che la controparte sul mercato considera sostituibili quanto alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (art. 11 cpv. 3 lett. a OCCl).

17. Le due banche partecipanti alla concentrazione oggetto del presente esame preliminare sono attive in più mercati reali del settore bancario. La loro attività principale si concentra nella gestione di patrimoni e nella con-

sulenza sugli investimenti, in primo luogo a clienti privati e in misura minore anche a clienti istituzionali e imprese (settori descritti nella prassi della Comco come parte del "private banking" e dell'"Asset Management nel senso stretto"⁵). In modo secondario BSI e BdG offrono ai propri clienti, su richiesta, altre prestazioni (in seguito: "prestazioni secondarie") quali la negoziazione di fondi d'investimento, le operazioni di deposito, la negoziazione di derivate, la negoziazione di divise, i crediti a imprese, il Custody, la negoziazione di titoli quotati in borsa, i crediti ipotecari e operazioni sul mercato monetario. Dato che queste prestazioni secondarie vengono offerte quasi esclusivamente a clienti già esistenti, le parti le considerano prestazioni complementari alle prestazioni principali (gestione di patrimoni e consulenza sugli investimenti a clienti privati, clienti istituzionali e imprese) e sono dell'avviso che esse non costituiscano mercati reali separati ma che rientrino nelle prestazioni fornite nell'ambito del "private banking" e dell'"Asset Management nel senso stretto".

18. La delimitazione dei mercati reali va effettuata in primo luogo in funzione della prestazione offerta/del prodotto offerto. Solo in un secondo momento va valutata la necessità di un'ulteriore delimitazione in funzione del tipo di cliente che richiede una prestazione.

19. In questo caso il progetto di concentrazione tocca principalmente i *mercati della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti*. La Comco nella sua prassi ha suddiviso questi mercati in mercato della gestione di patrimoni e mercato della consulenza sugli investimenti *per clienti privati da una parte e per clienti istituzionali e imprese dall'altra*.⁶ Tale differenziazione è giustificata anche dalla delimitazione del mercato territoriale (cfr. n. marg. 23 ss.). Dato che su questi mercati – e su ogni singolo sub segmento - la quota congiunta di BSI e di BdG si situa ampiamente al di sotto del [0-5%] (cfr. n. marg. 30 s.), non è necessario in questa sede delimitarli in modo definitivo.

⁴ Contiene anche i valori di Generali.

⁵ DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 20 (Barclays/ABN AMRO).

⁶ DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 20 (Barclays/ABN AMRO).

20. La delimitazione del mercato reale delle *prestazioni secondarie* va effettuata singolarmente per ogni prestazione offerta (cfr. n. marg. 18). Il fatto che tali prestazioni vengono offerte solo a clienti già esistenti non può quindi portare a considerare tali prestazioni come parte del "private banking" e dell'"Asset Management nel senso stretto". Offrendo queste prestazioni ai loro clienti le due banche sono attive su questi mercati distinti. In questa sede non è necessario delimitare il mercato reale di ogni singola prestazione secondaria, essendo le quote di mercato congiunte delle due banche nei singoli segmenti ampiamente sotto il [0-5%] (per il mercato del credito ipotecario cfr. n. marg. 33).⁷

B.5.1.b Mercati territoriali

21. Il mercato territoriale comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato (residente in Svizzera) domanda o offre le merci o prestazioni di servizi che compongono il mercato reale (art. 11 cpv. 3 lett. b OCCI).

22. Anche a livello territoriale non è necessario delimitare definitivamente i mercati interessati da questo progetto di concentrazione. Infatti non vi sono indizi che lasciano presupporre l'esistenza o il rafforzamento di una posizione dominante (cfr. n. marg. 29 ss.). In seguito verrà quindi unicamente riportata brevemente la posizione delle parti e quella della Comco in relazione ai mercati della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti per clienti privati da una parte e per clienti istituzionali e imprese dall'altra e la posizione della Comco sui mercati delle prestazioni secondarie.

23. Le parti sono dell'avviso che il mercato *della gestione di patrimoni* e quello *della consulenza sugli investimenti a clienti privati* sia da delimitare a livello internazionale.

24. La Comco ha delimitato il mercato territoriale della *gestione di patrimoni* e quello *della consulenza sugli investimenti a clienti privati* residenti in Svizzera a livello nazionale.⁸ È in effetti poco probabile che clienti privati residenti in Svizzera siano disposti a trasferire il loro patrimonio e richiedere all'estero queste prestazioni.

25. La Comco, come le parti, è dell'avviso che il mercato territoriale *della gestione di patrimoni* e quello *della consulenza sugli investimenti* a clienti istituzionali e imprese vada delimitato a livello internazionale (eccezione fatta per le casse pensioni, per le quali il mercato territoriale va delimitato a livello nazionale⁹). Al contrario dei clienti privati, è infatti probabile che i clienti istituzionali e le imprese trasferiscano parte del loro patrimonio all'estero e che richiedano all'estero le prestazioni di gestione di patrimoni e di consulenza sugli investimenti.¹⁰

26. La Comco ha finora delimitato i singoli mercati territoriali *delle prestazioni secondarie* almeno a livello nazionale¹¹, eccezione fatta per i *mercati del credito ipotecario* (delimitato in Ticino a livello cantonale¹²) e *dei crediti a imprese* (per crediti inferiori ai 2 mio.: regionale/cantonale; per crediti al di sopra dei 2 mio.: nazionale/internazionale)¹³.

B.5.2 Posizione sui mercati interessati

27. Vengono analizzati in modo approfondito unicamente quei mercati rilevanti, nei quali due o più imprese par-

tecipanti detengono in Svizzera una quota comune di mercato pari o superiore al 20% o nei quali un'impresa partecipante detiene in Svizzera una quota di mercato pari o superiore al 30% (cfr. art. 11 cpv. 1 lett. d OCCI). Nei casi in cui queste quote di mercato non vengono raggiunte, la concentrazione non dovrebbe sollevare difficoltà e di regola non occorre effettuare un esame più approfondito.

28. Come mostrato in precedenza le attività della BSI e della BdG si concentrano principalmente sui mercati della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti in primo luogo per clienti privati e in misura minore per clienti istituzionali e imprese.

29. Per il calcolo dei volumi di mercato in questi segmenti ci sono poche fonti pubbliche e non è quindi possibile calcolare le quote di ogni singolo mercato reale. Per questo motivo il volume dei mercati *gestione di patrimoni e consulenza sugli investimenti per clienti privati* da un lato e *il volume degli stessi segmenti per clienti istituzionali e imprese dall'altro* verrà in seguito calcolato in modo congiunto. Per calcolare tali volumi viene fatto riferimento al valore totale dei patrimoni amministrati da banche in Svizzera. Secondo statistiche della Banca nazionale Svizzera ("BNS") il volume totale degli stock di titoli amministrati nei depositi della clientela presso banche svizzere nel 2006 ammonta a CHF 5'017 Mia.¹⁴ Il 33% di questo volume riguarda patrimoni di clienti privati, mentre il 67% si riferisce a clienti istituzionali e imprese.¹⁵ Il volume dei patrimoni amministrati per conto di clienti privati in Svizzera nel 2006 ammonta quindi a CHF 1'656 Mia., quello dei patrimoni amministrati per conto di clienti istituzionali e imprese a CHF 3'361 Mia.

30. Il volume di BSI nei settori della *gestione di patrimoni* e *della consulenza sugli investimenti per clienti privati* nel 2006 è di CHF [...] Mia. La sua quota di mercato è quindi di [0-5%]. Il volume di BdG negli stessi settori nel 2006 è di CHF [...] Mia., il suo volume ammonta quindi a [0-5%]. La quota di mercato congiunta di BSI e BdG nel 2006 sui mercati della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti per clienti privati è quindi di [0-5%].¹⁶

⁷ Per la prassi della Comco in relazione a queste prestazioni cfr. DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 21 ss. (Barclays/ABN AMRO); DPC 2005/4, pag. 651 n. marg. 19 ss. (Julius Bär Holding AG/BDL/ ecc.); DPC 2001/3, pag. 528 n. marg. 13 s. (Allianz AG/Dresdner Bank AG).

⁸ DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 26 (Barclays/ABN AMRO); DPC 1997/4, pag. 527 n. marg. 17 (CS/Winterthur); DPC 2002/4, pag. 610 n. marg. 25 (Valiant Holding/IRB/Luzerner Regiobank AG).

⁹ DPC 1997/4, pag. 527 n. marg. 17 (CS/Winterthur).

¹⁰ DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 27 (Barclays/ABN AMRO).

¹¹ DPC 2007/4, pag. 546 n. marg. 27 (Barclays/ABN AMRO); DPC 2005/4, pag. 653 n. marg. 32 ss. (Julius Bär Holding AG/BDL/ ecc.); DPC 2002/3, pag. 499 n. marg. 15 (ZKB/BZ-Visionen); DPC 1997/4, pag. 527 n. marg. 17 ss. (CS/Winterthur).

¹² DPC 1998/2, pag. 282 n. marg. 25 ss., pag. 293 n. marg. 69 (UBS/SBV).

¹³ DPC 2002/4, pag. 610 n. marg. 25 (Valiant Holding/IRB/Luzerner Regiobank AG); DPC 1998/2, pag. 288 n. marg. 46 ss. (UBS/SBV).

¹⁴ Schweizerische Nationalbank. Die Banken in der Schweiz, 2006, 91. Jahrgang, Zurigo 2007, pag. A140, tabella 38b, colonna 1.

¹⁵ Swiss Banking/BAK Basel Economics. Bankenbarometer 2007: Die Branchenkonjunktur der Banken in der Schweiz, September 2007, pag. 16 figura 5-2.

¹⁶ I volumi di mercato di BSI e di BdG nei settori della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti per clienti privati e per clienti istituzionali e imprese si basa su stime effettuate dai "Chief Financial e Risk Officer" delle due banche.

31. Il volume di BSI nei settori della *gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti per clienti istituzionali e imprese* è di CHF [...] Mia. La sua quota di mercato è quindi di [0-5%]. Il volume di BdG in questi settori è di CHF [...] Mia. e la sua quota di mercato è di [0-5%]. La quota congiunta di BSI e di BdG nel 2006 sui mercati della gestione di patrimoni e della consulenza sugli investimenti per clienti istituzionali e imprese è quindi inferiore al [0-5%].¹⁷

32. Per calcolare il volume dei mercati delle *prestazioni secondarie* esistono ancora meno fonti pubbliche rispetto ai mercati principali. Eccezion fatta per il segmento del credito ipotecario e per quello dei crediti alle imprese, per i quali sono disponibili delle statistiche della BNS¹⁸, tutti gli altri volumi si basano su stime effettuate dalle parti.

33. La quota congiunta di BSI e di BdG si situa su ogni singolo mercato chiaramente al di sotto del [0-5%], eccezion fatta per il mercato dei crediti ipotecari, dove, limitando il mercato a livello territoriale al solo Cantone Ticino, la quota comune si situa al [0-10%].¹⁹

B.5.3 Conclusioni

34. Dalle affermazioni precedenti risulta che le quote comuni di BSI e BdG sui mercati toccati dal progetto di concentrazione sono molto basse. Dato che la quota comune di mercato in Svizzera è inferiore al 20% e nessuna delle imprese partecipanti detiene in Svizzera una quota del 30%, non vi sono mercati interessati ai sensi dell'articolo 11 capoverso 1 lettera d OCCl.

B.5.4 Risultato

35. Dall'esame preliminare del progetto di concentrazione non sono emersi indizi secondo i quali l'acquisto di BdG da parte di BSI crei o rafforzi una posizione dominante. Le condizioni per un esame approfondito ai sensi dell'articolo 10 LCart non sono quindi adempiute.

¹⁷ La quota di [0-5%] si riferisce al mercato svizzero. Dato che il mercato territoriale di queste prestazioni è però da delimitare a livello internazionale (cfr. n. marg. 25), la reale quota congiunta di BSI e di BdG è inferiore a questo valore.

¹⁸ Schweizerische Nationalbank. Die Banken in der Schweiz, 2006, 91. Jahrgang, Zurigo 2007.

¹⁹ Considerata la forte posizione delle grosse banche e della banca cantonale sul mercato del credito ipotecario nel Cantone Ticino, anche in caso di una delimitazione del mercato a livello regionale non vi sono indizi che lasciano presupporre l'esistenza o il rafforzamento di una posizione dominante.

B 2.3

10. OJSC Novolipetsk Steel/Novex Trading (Swiss) SA und Novexco (Cyprus) Ltd.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Mai 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2008

1. Am 17. April 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die OJSC Novolipetsk Steel (nachfolgend "NLMK") die Novex Trading (Swiss) SA (nachfolgend "Novex") sowie die Novexco (Cyprus) Limited (nachfolgend "Novexco") zu übernehmen.

2. NLMK ist ein internationaler, vertikal integrierter Stahlhersteller mit Sitz in Lipetsk, Russland. NLMK ist hauptsächlich im Bereich der Herstellung, der Verarbeitung und des Verkaufs von verschiedenen halbfertigen und fertigen Flacherzeugnissen aus unlegiertem Stahl (Kohlenstoffstahl, carbon steel) und Produkten aus Elektro-

stahl (electrical steel) sowie weiteren Produkten einschliesslich Rohmaterialien zur Stahlherstellung tätig. Die NLMK-Gruppe besteht aus der Muttergesellschaft NLMK und zahlreichen Tochtergesellschaften, die sie direkt oder indirekt alleine kontrolliert.

3. Novex ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Lugano, wurde im Jahre 2007 gegründet und hat den statutarischen Zweck, insbesondere Stahlerzeugnisse zu kaufen, zu verkaufen und zu vertreiben. Novexco ist eine Aktiengesellschaft nach dem Recht Zyperns mit Sitz in Nicosia, Zypern. Novex und Novexco werden von der United Steel Group Ltd. gehalten. Im Jahre 2007 haben Novex und Novexco die Handelsgeschäfte der Moorfield Commodities Company, der Tuscany Intertrade (UK) SLP und der Steelco Mediterranean LTD erworben. Diese international tätigen Grosshandelsgesellschaften waren bereits seit mehreren Jahren als Exporthändler exklusiv für NLMK tätig.

4. 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.

B 2.3

11. Dow Chemicals/CP Chemicals (Americas Styrenics)

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. April 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. April 2008

1. Am 11. April 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen The Dow Chemical Company (nachfolgend: Dow) und Chevron Phillips Chemical Company (nachfolgend: CP Chem) ein Gemeinschaftsunternehmen zur Herstellung und Vermarktung von Polystyrol in Nord-, Mittel- und Südamerika zu gründen.

2. Dow ist eine nach US-amerikanischem Recht konstituierte und an der New York Stock Exchange kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Michigan, USA. Sie ist eines der weltweit führenden Unternehmen in Chemikalien, Kunststoffen, landwirtschaftlichen Produkten und anderen spezialisierten Produkten und Dienstleistungen.

3. CP Chem ist eine indirekte Tochtergesellschaft und ein Gemeinschaftsunternehmen von Chevron Corporation und Phillips Petroleum Company (nun Conoco Phillips), mit Sitz in Texas, USA. CP Chem umfasst seit dem 1. Juli 2000 die Geschäftsbereiche Chemikalien der beiden US-amerikanischen Firmen.

4. 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.

B 2.3

12. fenaco/Steffen-Ris Holding AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. März 2008

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 10. März 2008

A. TERMINOLOGIE

1. Die nachfolgende Terminologie wird teilweise aus der Stellungnahme der Parteien vom 11. Februar 2008 zur vorläufigen Beurteilung der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2008 übernommen.

2. Dieser Entscheid der Wettbewerbskommission über das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris vom 17. März 2008 wird nachfolgend als *Entscheid* bezeichnet.

3. Die Stellungnahme der Parteien zur vorläufigen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens fenaco / Steffen-Ris durch die Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2008, datiert vom 11. Februar 2008, wird nachfolgend als *Stellungnahme* bezeichnet.

4. Die Stellungnahme der Parteien vom 10. März 2008 zu den von der Wettbewerbskommission vorgeschlagenen Auflagen wird nachfolgend als *Stellungnahme vom 10. März 2008* bezeichnet.

5. Die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens fenaco / Steffen-Ris vom 25. Januar 2008 wird nachfolgend als *vorläufige Beurteilung* bezeichnet.

6. Die Zuschrift der Parteien vom 10. Januar 2008 mit ergänzenden Angaben betreffend das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris wird nachfolgend als *Ergänzung vom 10. Januar 2008* bezeichnet.

7. Die Zuschrift der Parteien vom 19. Dezember 2007 mit ergänzenden Angaben betreffend das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris wird nachfolgend als *Ergänzung vom 19. Dezember 2007* bezeichnet.

8. Die Zuschrift der Parteien vom 15. Oktober 2007 mit ergänzenden Angaben betreffend das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris wird nachfolgend als *Ergänzung vom 15. Oktober 2007* bezeichnet.

9. Die Meldung des Zusammenschlussvorhabens fenaco / Steffen-Ris durch die Parteien vom 1. Oktober 2007 wird nachfolgend als *Meldung* bezeichnet.

10. Die LANDIs, welche Genossenschafter der fenaco sind, werden als *Mitglied-LANDI* bezeichnet.

11. fenaco mit ihren Tochtergesellschaften und die Mitglied-LANDI zusammen werden als *fenaco-LANDI-Gruppe* bezeichnet.

12. Landwirte, welche Genossenschafter einer Mitglied-LANDI sind, werden als *LANDI-Mitglieder* bezeichnet.

13. Unter *landwirtschaftliche Produktionsmittel* werden nachfolgend Pflanzenschutzmittel, Dünger, Saatgut und Futtermittel zusammengefasst. Dies entspricht der Begriffsverwendung durch das Bundesamt für Landwirtschaft (vgl. www.blw.admin.ch Stand: 15. Februar 2008).

14. Das Freihandelsabkommen im Agrar- und Lebensmittelbereich zwischen der Schweiz und der EU wird als *FHAL Schweiz-EU* bezeichnet.

B. SACHVERHALT**B.1. Gegenstand**

15. Im Zusammenschlussvorhaben zwischen fenaco und der Steffen-Ris Holding AG beabsichtigt fenaco [...] % der Aktien der Steffen-Ris und damit die Kontrolle über dieselbe zu erwerben. Mit dem Erwerb der Holding erhält fenaco auch die mittelbare Kontrolle über die Steffen-Ris AG und über die FRILOG Frisch Logistik AG.

16. Die beteiligten Unternehmen sind im Handel mit Agrargütern tätig und agieren insbesondere als Abnehmer der Ernten der Landwirte. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft die Ernteabnahme von Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten, Zwiebeln und Tafelobst, sowie den Handel mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln.

17. Die fenaco ist eine Genossenschaft der schweizerischen Agrarwirtschaft mit Sitz in Bern. Sie bezweckt die Versorgung der Landwirtschaft und weiterer Kreise mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln, Verbrauchsgütern und Dienstleistungen. Sie betreibt Import und Handel mit Mineralölprodukten. Weiter vermarktet und veredelt sie pflanzliche und tierische Erzeugnisse. Die fenaco ist auf den Stufen Handel, Produktion und Dienstleistungen tätig. Die strategischen Geschäftsfelder der fenaco sind in Divisionen zusammengefasst, zu denen sowohl Stammhaus-Geschäftsbereiche, als auch Tochtergesellschaften gehören können. Die Tätigkeit der fenaco im Bereich "Früchte, Gemüse und Kartoffeln" gehört zur Division Landesprodukte und wird grösstenteils vom Stammhaus koordiniert. Beispielsweise machen bei der fenaco-Gruppe die Speise- und Veredelungskartoffeln anhand der Meldung vom 1. Oktober 2007 ungefähr [...] % des Umsatzes aus.

18. Gemäss Stellungnahme ist fenaco Eigentümerin von 70% der Aktien des Düngerhandelsunternehmens Agroline AG und damit Mehrheitsaktionärin. Gemäss Mitteilung der fenaco vom 10. Dezember 2007 beteiligt sie sich an der Agroline AG, Basel, indem sie per 1. Januar 2008 die Beteiligungsquote der bisherigen Mehrheitsaktionärin CPH Chemie + Papier Holding AG, Perlen, übernimmt. Die Agroline AG soll in der fenaco als Tochtergesellschaft mit eigenständigem Marktauftritt im Departement Pflanzenbau weitergeführt werden. Mit dem Handel von Düngemittel realisiert die Agroline AG einen jährlichen Umsatz von rund CHF 30 Mio.

19. Die Steffen-Ris Holding AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Utzensdorf (BE). Sie bezweckt den Kauf, den Verkauf und die Verwaltung von Beteiligungen aller Art. Sie ist Eigentümerin sämtlicher Aktien der Steffen-Ris AG (nachfolgend Steffen-Ris), mit Sitz in Utzensdorf (BE). Steffen-Ris bezweckt den Binnen-, Import- und Exporthandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen aller Art. Sie ist Eigentümerin sämtlicher Aktien der FRILOG Frisch-Logistik AG (nachfolgend FRILOG). Beispielsweise der Handel mit Speise- und Veredelungskartoffeln, macht anhand der Meldung vom 1. Oktober 2007 ungefähr [...] % des Gesamtumsatzes von Steffen-Ris aus.

20. FRILOG mit Sitz in Kerzers bezweckt den Binnen-, Import- und Exporthandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und landwirtschaftlichen Hilfsstoffen aller Art, sowie die Erbringung von logistischen Dienstleistungen.

21. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 handelt es sich beim Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris um eine Folge der Entwicklungen im Agrarbereich und des verstärkten Wettbewerbs. Es soll den beteiligten Unternehmen ermöglichen, wettbewerbsfähig zu bleiben. Die gesamte Agrar- und Nahrungsmittelindustrie stehe in einem zunehmend schärferen Preiswettbewerb. Die Märkte für Obst, Gemüse und Kartoffeln seien aus qualitativen Gründen sehr anspruchsvoll. Die Konsumenten würden eine hervorragende und konstant hohe Produktqualität erwarten. In der Schweiz habe der Grosshandel noch eine grosse Bedeutung. Zu dessen traditionellen Aufgaben gehörten die Zusammenfassung der Produkte aus der Produktion, deren Aufbereitung, Lagerung, Transport und der Weiterverkauf an den Detailhandel oder an die Verarbeitungsbetriebe. Schliesslich habe die zunehmende Agrarmarktliberalisierung Auswirkungen auf den Grosshandel. Zu diesen Auswirkungen gibt die Meldung vom 1. Oktober 2007 eine Studie der Universität St. Gallen¹ an. Dieser Studie sei zu entnehmen, dass bei einem Agrarfreihandel zwischen der Schweiz und der EU die Mehrheit der Grosshandelsbetriebe mit anderen Grosshändlern kooperieren werde.

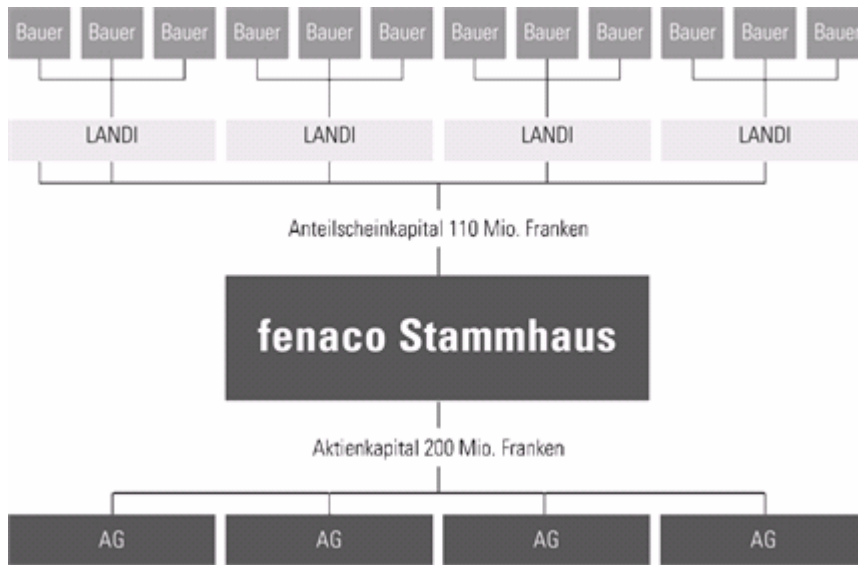
22. Anlässlich der Anhörung der Parteien durch die Wettbewerbskommission vom 3. März 2008 hat Herr Lienhard Marschall, Präsident der Verwaltung von fenaco darauf verwiesen, dass die Konzentration im Grosshandel vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) vorangetrieben werde. Im Zusammenhang mit dem FHAL Schweiz-EU, hätten Herr Willy Gehriger, Vorsitzender der Geschäftsleitung von fenaco, und er mit der Vorsteherin des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD, Bundesrätin Doris Leuthard, ein Gespräch geführt. Im Rahmen dieses Gesprächs sei ihnen unmissverständlich klar gemacht worden, dass Betriebe wie fenaco und Steffen-Ris sich Gedanken machen müssten, um effizienter zu arbeiten. In anderen Worten müsse man zusammenarbeiten und Synergien nutzen. Genau das werde nun gemacht. Die Weko sei demselben Departement unterstellt und überprüfe das Zusammenschlussverfahren trotzdem. Der Aufwand und die Kosten dieses Verfahrens würden in keinem Verhältnis zu dem stehen, was die Bundesrätin fenaco auferlegt

habe. Zu dieser Kritik sei folgendes vermerkt: Obwohl die Wettbewerbskommission organisatorisch dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) zugeordnet ist, besteht keine Weisungsgebundenheit der Wettbewerbskommission. Vielmehr handelt es sich um eine unabhängige Verwaltungsinstanz. Die Wettbewerbskommission hat die Kompetenz, unabhängig vom Departement zu entscheiden. Liegen Anhaltspunkte vor, dass ein Zusammenschlussvorhaben auf einem bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, hat die Wettbewerbskommission diesen Zusammenschluss zu prüfen (Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995; Kartellgesetz, KG, SR 251).

B.2. Organisationsstruktur der fenaco

23. Das Stammhaus der fenaco ist als Genossenschaftsverband im Sinne von Art. 921 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) organisiert. Der Genossenschaftsverband ist eine Genossenschaft, deren Mitglieder ausschliesslich oder mehrheitlich Genossenschaften sind (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honseil/ Nedim Peter Vogt/ Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. A. Basel/Genf/München 2002 – Ernst F. Schmid, Art. 921 N 1). Gemäss Ergänzung vom 19. Dezember hat fenaco 359 Mitglied-Genossenschaften (Mitglied-LANDI), welche ihrerseits rund 51'000 Genossenschafter haben. Bei Letzteren handle es sich überwiegend um aktive Landwirte (LANDI-Mitglieder). Damit seien rund 75-80% der aktiven Landwirte in der Schweiz indirekt an der fenaco beteiligt (vgl., S. 18, Ziff. 5). Folgende Darstellung soll die Organisationsstruktur von fenaco verdeutlichen (www.fenaco.ch, Stand: 28. Dezember 2007):

¹ Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 handelt es sich um den Forschungsbericht „Auswirkungen eines Agrarfreihandelsabkommens CH-EU auf die Produktion und den Grosshandel von Tafeläpfeln, Lagerkarotten und Rispentomaten in der Schweiz“, Universität St. Gallen, 2007.



24. Das fenaco-Stammhaus seinerseits hat verschiedene Tochtergesellschaften u.a. in den Bereichen Agrar (z.B. Landor), Detailhandel (z.B. LANDI und Volg), Brenn-/ Treibstoffe und Transporte (z.B. Agrola und Travoco), Nahrungsmittel (z.B. frigemo und Unidrink) und Diverses (z.B. Agro Data nova AG und UFAG Laboratorien). Das fenaco-Stammhaus hält ein Aktienkapital von rund CHF 200 Mio. an seinen Tochtergesellschaften (www.fenaco.ch, Stand: 4. Januar 2008).

25. Bei der Genossenschaft handelt es sich um eine personenbezogene Körperschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl. Ihr Zweck liegt zur Hauptsache in der Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe (Art. 828 OR). Die Rechtsform der Genossenschaft spielt im Wirtschaftsleben, insbesondere in der Landwirtschaft und im Lebensmittelhandel eine bedeutende Rolle (BSK OR II – Carl Baudenbacher – Art. 828 N 2). Im Unterschied zur Aktiengesellschaft (Art. 620 OR), bei welcher der Aktionär seine Aktie als Kapitalanlage erwirbt und es keiner persönlichen Beziehung zum Tätigkeitsgebiet der Gesellschaft braucht, steht bei der Genossenschaft das Erreichen des Gesellschaftszwecks in gemeinsamer Selbsthilfe, d.h. unter persönlicher Mithilfe der Genossenschafter im Vordergrund. Dabei können Pflichten nicht finanzieller Art eine wichtigere Rolle spielen als die finanzielle Beteiligung. Im Vordergrund steht die Persönlichkeit des Mitgliedes, dessen Eigenschaften und Fähigkeiten. So kann z.B. nur Mitglied einer Viehzuchtgenossenschaft sein, wer eine bestimmte Rasse züchtet oder nur Mitglied einer Einkaufsgenossenschaft, wer als Detailhändler in einer bestimmten Branche tätig ist (Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A. Bern 2004, § 19 N 9 f.).

26. Die fenaco bezeichnet sich als eine genossenschaftlich organisierte, moderne Selbsthilfeunternehmung der Schweizer Bauern. Deren übergeordnetes Ziel sei es, eine möglichst hohe Inlandproduktion von Lebensmitteln zu erhalten und dadurch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Bauern zu fördern. In verbindlicher Partnerschaft mit den LANDIs (landwirtschaftlichen Genossenschaften) versorge sie die Landwirte mit allen Produktionsmitteln (Sämereien, Futtermittel, Pflanzennahrung u.a.), die

diese benötigen, um qualitativ hochwertige Lebensmittel produzieren zu können. Gleichzeitig übernehme fenaco die Erzeugnisse der Bauern wie Saatgut, Getreide, Ölsaaten, Kartoffeln, Schlachtvieh, Eier, Mais, Gemüse, Obst und Weintrauben, veredele diese und vermarkte sie. Als wichtige Ergänzungsgeschäfte betriebe die fenaco die Detailhandelsketten Volg und LANDI und verkaufe unter der Marke AGROLA Heizöl, Diesel und Benzin (www.fenaco.ch, Stand: 4. Januar 2008).

27. Entsprechend der personenbezogenen Struktur der Genossenschaft sind auch die Rechte und Pflichten der Genossenschafter persönlichkeits- und nicht kapitalbezogen. Art. 866 OR statuiert die Pflicht der Genossenschafter, die Interessen der Genossenschaft in guten Treuen zu wahren. Gemäss Bundesgericht wird der Inhalt der Treuepflicht durch die Statuten bestimmt. Letztere sind damit Grundlage und Schranke der Treuepflicht des Genossenschafers (BGE 101 II 127). Die Pflicht zur Wahrung genossenschaftlicher Interessen besteht nur im Rahmen körperschaftlicher Grundlagen. Ob die Handlung eines Genossenschafers höherwertige Gesellschaftsinteressen verletzt, ergibt sich folglich aus dem Gesellschaftszweck und den Statuten (BSK OR II – Hans Nigg – Art. 866 N 4). So kann beispielsweise aus dem Zweckartikel einer Konsumgenossenschaft zumindest hergeleitet werden, dass deren Mitglieder die von ihnen benötigten Waren und Güter nicht ausschliesslich bei Konkurrenzunternehmen der Genossenschaft einkaufen dürfen, sofern die gleichen Produkte zu gleich günstigen Konditionen von der Genossenschaft bezogen werden können. Bei einer engen Verbundenheit von Genossenschaft und Mitgliedern, wie es bei landwirtschaftlichen Genossenschaften häufig der Fall ist, kommt der Treuepflicht eine massgebende Bedeutung zu. Doch bedürfen intensive Nutzungsverpflichtungen der Genossenschaft auch bei engen Bindungen im vorgenannten Sinn einer statutarischen Grundlage (BSK OR II – Hans Nigg – Art. 866 N 6).

28. Die Statuten der fenaco halten unter dem Titel "Wahrung der Interessen" folgende Treuepflicht fest: "Jedes Mitglied ist verpflichtet, die Interessen von fenaco in guten Treuen zu wahren, indem es seine Geschäftstätigkeit grundsätzlich über fenaco abwickelt. Die Leistun-

gen von fenaco gegenüber ihren Mitgliedern haben einem vorteilhaften Preis-/Leistungsverhältnis zu entsprechen." Damit dürfte die Treuepflicht der Mitglied-LANDIs im Lichte vorstehender Erwägungen zumindest beinhalten, dass sie die landwirtschaftlichen Produktionsmittel in erster Linie bei fenaco und nicht bei deren Konkurrenz beziehen bzw. die von den Bauern übernommenen Agrarprodukte primär an fenaco abliefern.

29. Durch die Gründung eines Genossenschaftsverbandes im Sinne des fenaco-Stammhauses entsteht ein körperschaftlicher Konzern. Gemäss Art. 663e Abs. 1 OR liegt ein Konzern vor, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst. Charakteristisch für den Konzern ist demnach die Zusammenfassung von mehreren rechtlich selbständigen Gesellschaften unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung (Roland Von Büren, Walter A. Stoffel, Rolf H. Weber, Grundriss des Aktienrechts, Zürich/Basel/Genf 2005; S. 325 N 1534 ff).

30. Im Geschäftsbericht heisst es, fenaco bilde zusammen mit den Mitglied-LANDIs einen Genossenschaftsverband im Sinn von Art. 921 OR (körperschaftlicher Konzern).

31. Den körperschaftlichen Konzern kennzeichnet, dass die abhängigen Unternehmen Mitglieder des beherrschenden Unternehmens sind, welches seinerseits die einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzt (Roland Von Büren, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Basel/Frankfurt a.M. 1997; S. 28 ff.). Oberstes Organ des Genossenschaftsverbandes ist die Versammlung der Delegierten der abhängigen Genossenschaften bzw. Gesellschaften (Art. 922 Abs. 1 OR). Diese Delegierten legen den Konzernzweck in den Statuten der herrschenden Genossenschaft fest und bestimmen, in welchen Bereichen das herrschende Unternehmen Konzernleitungsbefugnis erhält. Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, bilden die Delegierten die Verwaltung, welche die Konzernleitungsmacht ausübt (Art. 923 OR).

32. Gemäss Geschäftsbericht sind die Mitglied-LANDIs durch je einen Delegierten pro LANDI-Mitglied an der Delegiertenversammlung der fenaco vertreten. Am 31. Dezember 2006 zählte die fenaco 359 Mitglieder mit 1572 Delegiertenstimmen. Die Delegiertenversammlung wählt die Verwaltung von fenaco. Die Verwaltungsmitglieder werden regional durch die Mitglied-LANDIs zur Wahl vorgeschlagen. Die Verwaltung besteht derzeit aus 17 Mitgliedern. Die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung und auch der Präsident der Verwaltung müssen Landwirte sein; zudem sind Präsidenten von Mitglied-Genossenschaften (LANDI), Geschäftsführer von Mitglied-Genossenschaften (LANDI) und unabhängige externe Fachpersonen in der Verwaltung vertreten. Damit werde ein enger fachlicher Bezug zur Geschäftstätigkeit und ein persönlicher Bezug zur Trägerschaft sichergestellt.

33. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Mitglied-LANDIs einerseits und die Tochtergesellschaften der fenaco andererseits allesamt der fenaco zugehörige Konzerngesellschaften sind. Sie sind zwar rechtlich selbständige Gesellschaften, unterstehen aber

einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung durch das Stammhaus. Diese Gesellschaften bilden gemeinsam die fenaco-LANDI-Gruppe. Für das vorliegende Prüfungsverfahren hat dies u.a. folgende Konsequenzen:

- Für die Beurteilung der Meldepflicht nach Art. 9 KG i.Vm. Art. 5 VKU werden die Umsätze sämtlicher Konzerngesellschaften dem fenaco-Stammhaus zugerechnet.

- Weil der Konzern eine wirtschaftliche Einheit darstellt, innerhalb welcher es keinen Wettbewerb gibt (Von Büren/Stoffel/Weber, S. 332 N 1570), sind für die Beurteilung der voraussichtlichen Stellung der beteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten, die Marktanteile aller Konzernunternehmen zu berücksichtigen.

34. Gemäss Stellungnahme der Parteien akzeptiert fenaco die Qualifikation der fenaco-LANDI-Gruppe als körperschaftlicher Konzern. Allerdings enthält die Stellungnahme folgende Präzisierung: "Das in der vorläufigen Beurteilung umschriebene körperschaftliche Konzernverhältnis endet auf der Stufe der Mitglied-LANDI und erstreckt sich nicht auch auf deren Mitgenossenschaftler (Mitglieder genannt; Mitglieder sind überwiegend aktive Landwirte)." Begründet wird dies damit, dass körperschaftliche Konzernstrukturen bei Genossenschaften nicht über Beteiligungsverhältnisse geschaffen würden. Entscheidend sei vielmehr, inwiefern das herrschende Unternehmen anderweitig Einfluss auf die abhängigen Genossenschaften ausüben könne. In der Stellungnahme wird die Ansicht vertreten, weder fenaco noch die Mitglied-LANDIs würden über derartigen Einfluss auf die Mitglieder der LANDIs verfügen, als dass sie deren Unternehmen in ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit einschränken könnten. fenaco habe damit weder unmittelbar noch mittelbar die Möglichkeit auf die Willensbildung der LANDI-Mitglieder Einfluss zu nehmen. Die Parteien bringen vor, anders als zwischen fenaco und den LANDIs würden zwischen den LANDIs und ihren Mitgliedern keine Bindungen oder Treuepflichten bestehen. Insbesondere enthalten die Statuten der LANDIs gemäss Meldung keine mit Art. 12 der fenaco-Statuten vergleichbaren Treuepflichten. Dies wird mit der Beilage von den als Musterstatuten bezeichneten Statuten der LANDI Melchnau-Bützberg untermauert.

35. Gestützt auf die Aussagen der Parteien in der Stellungnahme, wonach fenaco keine Möglichkeit zur wirtschaftlichen Kontrolle der Unternehmen der Mitglieder der LANDIs hat, ist davon auszugehen, dass der Konzern fenaco-LANDI-Gruppe die Unternehmen der LANDI-Mitglieder nicht umfasst. Folglich sind allfällige Marktanteile, welche die LANDI-Mitglieder auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten erzielen, nicht der fenaco-LANDI-Gruppe zuzurechnen.

36. Die der Stellungnahme beigelegten Musterstatuten der LANDI Melchnau-Bützberg weisen keine Bestimmung auf, welche die LANDI-Mitglieder zum Bezug von Waren bei der LANDI oder zur Ablieferung von Erzeugnissen bei derselben anhält.

37. Allerdings entsprechen nicht alle Statuten der LANDIs den vorgenannten Musterstatuten der LANDI Melchnau-Bützberg.

nau-Bützberg. Beispielsweise findet sich in den Statuten der Landwirtschaftlichen Genossenschaft Bucheggberg, einer Mitglied-LANDI der fenaco, folgende Bestimmung: "Die Mitglieder sind verpflichtet, die Interessen der LANDI zu wahren und die Beschlüsse und Anordnungen der Genossenschaftsorgane zu befolgen. Insbesondere haben die Mitglieder ihren Bedarf an den von der LANDI geführten Waren dort zu beziehen und die im Betrieb erzeugten Produkte in erster Linie ihr abzuliefern." Da die Mitglieder der LANDI Bucheggberg statutarisch einerseits dazu angehalten werden, ihre Waren bei den LANDIs zu beziehen und andererseits ihre Produkte bei ihr abzuliefern, sind die LANDI-Mitglieder in ihrer Willensbildung nicht völlig frei. Aus diesem Umstand kann nicht geschlossen werden, dass die Betriebe der LANDI-Mitglieder unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung der fenaco stehen, zumal rechtlich die LANDI-Mitglieder als Genossenschafter über die LANDIs bestimmen und nicht umgekehrt. Allerdings wird durch die statutarische Bezugspflicht und die Pflicht, landwirtschaftliche Erzeugnisse in erster Linie der LANDI abzuliefern, eine Bindung geschaffen, die den Mitglied-LANDIs und damit der fenaco-LANDI-Gruppe gegenüber ihren Konkurrenten besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern verschafft.

38. Des Weiteren ist anzunehmen, dass auch jene LANDI-Mitglieder, die keine statutarische Treuepflicht trifft, als Genossenschafter einen Anreiz haben, ihre Produktionsmittel primär bei "ihrer" LANDI zu beziehen und ihre Produkte primär an diese abzuliefern.

39. Fazit: Da die Betriebe der LANDI-Mitglieder gemäss Stellungnahme nicht unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung durch fenaco stehen, werden deren Umsätze und Marktanteile in der Beurteilung nicht zur fenaco-LANDI-Gruppe gerechnet. Es kann allerdings festgehalten werden, dass die LANDI-Mitglieder ein Interesse daran haben, in erster Linie mit "ihrer" LANDI und nicht mit deren Konkurrenz zu handeln. Die Statuten einzelner LANDIs enthalten entsprechende Bezugs- und Ablieferungspflichten der Genossenschafter. Ob die LANDI-Mitglieder als Genossenschafter aus eigenem Anreiz oder gestützt auf eine statutarische Bestimmung primär mit "ihrer" LANDI handeln, ist für die vorliegende Beurteilung nicht von Bedeutung. Relevant ist jedoch die Tatsache, dass fenaco indirekt - über die Mitglied-LANDIs - über einen besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern verfügt als ihre Konkurrenz.

B.3. Verfahren

40. Am 25. September 2007 geht beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Vororientierung über das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris Holding AG ein.

41. Gemeldet wird das Zusammenschlussvorhaben am 3. Oktober 2007. Gleichentags wird der in der Sache federführenden Rechtsvertretung der Eingang der Meldung bestätigt.

42. Am 8. Oktober 2007 werden an 10 Grosshändler (AG für Fruchthandel; Geiser agro.com ag; LV-Gemüsezentrale Rheintal; Lagerhaus Lohn Maison Virchaux AG; Emil Knopf AG; Spavetti AG; Gugger-Guillod SA; Agrol Sierre SA; Alpruits SA; Biofruits SA), 5 Ver-

bände (Schweizerischer Bauernverband (SBV); Schweizerische Vereinigung integriert produzierender Bauern und Bäuerinnen (IP-Suisse); Bergbauernverein; Schweizerischer Obstverband; Verband Schweizerischer Gemüseproduzenten), 7 Detailhändler (Migros; Coop; Carrefour; Manor; Spar; Casino; Aldi; Lidl) und an einen verarbeitenden Betrieb (Bischofszell AG) in der Schweiz Fragebogen verschickt. Die Marktteilnehmer werden u.a. zu den von ihnen erwarteten Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens befragt. Mehr oder weniger ausführliche Antworten und zum Teil wertvolle Hinweise erhält das Sekretariat von 6 Grosshändlern, 3 Verbänden, allen befragten Detailhändlern und dem befragten verarbeitenden Betrieb.

43. Mit Zuschrift vom 9. Oktober 2007 wird den federführenden Rechtsvertretern die Unvollständigkeit der Meldung angezeigt. Nachzureichen sind Marktdaten im Bereich der betroffenen Bio-Produkte. Diese Daten werden am 16. Oktober 2007 beim Sekretariat eingereicht. Gleichentags wird den Rechtsvertretern die Vollständigkeit der Meldung bestätigt, womit die Frist zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens am 17. Oktober 2007 beginnt und am 19. November 2007 endet.

44. Am 14. November 2007 entscheidet die Wettbewerbskommission, eine Prüfung gemäss Art. 32 ff. KG durchzuführen. Die Einleitung einer Prüfung wird den Parteien mit Zuschrift vom 15. November 2007 mitgeteilt. In der gleichen Zuschrift stellt das Sekretariat den Parteien die Entscheidungsfindung der Wettbewerbskommission vom 15. November 2007 dar. Mit Mitteilung der Einleitung der Prüfung am 15. November 2007 endet die Frist für die Durchführung der Prüfung am Montag, den 17. März 2008 (Art. 20 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren, VwVG; SR 172.021).

45. Mit Zuschrift vom 20. November 2007 lädt das Sekretariat die Geschäftsleitungen von fenaco und Steffen-Ris zu einer Besprechung am 3. Dezember 2007 ein. Diese Besprechung findet am 3. Dezember 2007 statt.

46. Die Parteien nehmen zwischen dem 27. November 2007 und dem 7. Dezember 2007 Einsicht in die Akten.

47. Die Durchführung einer Prüfung wird durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), Nr. 232 vom 29. November 2007 und im Bundesblatt (BBl.), Nr. 50 vom 11. Dezember 2007 bekannt gegeben.

48. Am 30. November 2007 fragt das Sekretariat folgende Bundesstellen für eine Einschätzung der Öffnung des schweizerischen Agrarmarktes an: das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und das Generalsekretariat des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD). Ebenfalls am 30. November 2007 holt das Sekretariat weitere Einschätzungen der Situation im Agrarbereich ein. Für diese Einschätzungen fragt das Sekretariat ein Agrarhandelsunternehmen, drei Organisationen mit Schwerpunkt Kartoffelhandel und ein mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen handelndes Unternehmen an. Spezifisch zum Bereich Kartoffeln befragt das Sekretariat am 4. Dezember 2007 sechs Unternehmen, welche Kartoffeln verarbeiten. Am 5. Dezember 2007 stellt das Sekretariat

einem Förderverein für erdgebundene Berufe Fragen zur Situation im Bereich Kartoffeln.

49. Mit Fragebogen vom 7. Dezember 2007 befragt das Sekretariat drei Westschweizer Unternehmen, die im Bereich Grosshandel mit Kartoffeln tätig sind. Mit Datum vom 7. Dezember 2007 treffen beim Sekretariat drei identische Eingaben zum Zusammenschlussvorhaben ein. Diese Eingaben stammen von drei Unternehmen, welche sich mit Steffen-Ris zu einem Unternehmen für die Lieferung von Kernobst zusammenschlossen. Am 11. Dezember 2007 befragte das Sekretariat ein weiteres kartoffelverarbeitendes Unternehmen. Am 13. Dezember 2007 erhält das Sekretariat weitere Eingaben von drei Agrarhandelsunternehmen. Gleichentags fragt das Sekretariat den Saatgutproduzentenverband für eine Einschätzung der Situation im Agrarbereich an.

50. Am 14. Dezember 2007 fragt das Sekretariat eines der Unternehmen, welches mit Datum vom 13. Dezember 2007 eine Eingabe machte, um eine Einschätzung der Situation im Agrarbereich an. Mit einer Zuschrift vom 14. Dezember 2007 sendet ein befragtes Unternehmen dem Sekretariat die Beantwortung des Fragebogens in Form einer Stellungnahme. In ihrer Zuschrift vom 14. Dezember 2007 machen fenaco und Steffen-Ris dem Sekretariat weitere Angaben zum Bereich Kartoffeln.

51. Eine Stellungnahme eines weiteren Unternehmens ist auf den 15. Dezember 2007 datiert. Mit Datum vom 17. Dezember 2007 beantwortet ein Kartoffelverarbeitendes Unternehmen den entsprechenden Fragebogen. Vom gleichen Tag datiert ist die Eingabe eines Unternehmens, welches mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen handelt. Ebenso auf den 17. Dezember datiert ist die Stellungnahme des Bundesamtes für Landwirtschaft BLW zur Öffnung des Agrarbereichs. Die Stellungnahme eines Agrarverbandes trägt ebenfalls das Datum 17. Dezember 2007.

52. Mit Zuschrift vom 19. Dezember 2007 machen fenaco und Steffen-Ris zusätzliche Angaben. Ebenfalls das Datum 19. Dezember 2007 trägt eine Zuschrift des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO. In dieser Zuschrift gibt das SECO an, welche Textstellen in ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2007 vertrauliche Angaben darstellen.

53. Mit einer Zuschrift vom 20. Dezember 2007 sendet das Sekretariat eine Eingabe seinem Absender zurück. Der Absender bezeichnet die Eingabe als integral vertraulich.

54. Am 20. Dezember 2007 sendet das Sekretariat den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Zuschrift. Diese Zuschrift informiert die beteiligten Unternehmen über die Möglichkeit von Ausstandsbegehren im Verfahren der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens.

55. Zwei befragte Unternehmen senden dem Sekretariat ihre Antworten mit Zuschrift vom 21. Dezember 2007.

56. Mit Zuschrift vom 3. Januar 2008 ergänzt ein Unternehmen seine Stellungnahme vom 14. Dezember 2007.

57. Das Sekretariat fragt die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen mit Zuschrift vom 7. Januar 2008 für weitere Informationen zum Zusammenschlussvorhaben an.

Ebenso mit Zuschrift vom 7. Januar 2008 erbittet das Sekretariat präzisierende Informationen von einem kartoffelverarbeitenden Unternehmen, welches bereits einen Fragebogen erhielt. Dieses Unternehmen macht die präzisierenden Informationen am 9. Januar 2008 per Fax.

58. Eine Zuschrift vom 10. Januar 2008 beantwortet die zusätzlichen Fragen vom 7. Januar 2008, welche das Sekretariat den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stellt.

59. Am 18. Januar 2008 sendet das Sekretariat den beteiligten Parteien eine Zuschrift mit dem Aktenverzeichnis. Die Zuschrift mit dem Aktenverzeichnis sendet das Sekretariat vorab per Fax.

60. Mit Zuschrift vom 21. Januar 2008 bestellen die Parteien Kopien diverser im Aktenverzeichnis aufgeführter Verfahrensakten. Die geschäftsbereinigten Kopien dieser Akten werden den Parteien am 22. Januar 2008 zugestellt.

61. Die vorläufige Beurteilung wird den Parteien am 25. Januar 2008 in der Form eines PDFs vorab per E-Mail und per Post zugestellt. Die Parteien werden im Begleitschreiben dazu aufgefordert, bis zum 11. Februar 2008 zur vorläufigen Beurteilung Stellung zu nehmen.

62. Am 4. Februar 2008 wird den Parteien bekannt gegeben, dass die Wettbewerbskommission eine Anhörung der Parteien wünscht. Als Termin wird Montag, 3. März 2008 festgelegt.

63. Mit Schreiben vom 8. Februar 2008 bestätigen die Parteien den Anhörungstermin und geben bekannt, welche Personen von fenaco und Steffen-Ris anwesend sein werden.

64. Am 11. Februar 2008 stellen die Parteien dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ihre Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vorab per Fax und per Post zu.

65. Die Stellungnahme der Parteien enthält zusätzliche Informationen und Kritikpunkte. Das Sekretariat wird zudem aufgefordert, für die räumliche Abgrenzung des Düngemarkts Zollstatistiken beizuziehen und beim Schweizerischen Bauernverband (SBV) um eine Präzisierung einer Aussage nachzufragen.

66. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission fragt in der Folge den SBV, das Bundesamt für Statistik, das Bundesamt für Landwirtschaft, das Bundesamt für Umwelt, die Oberzolldirektion, Bio-Suisse, den Verband Schweizerischer Düngehändler und Agricura für Ausführungen und Statistiken zum Düngemittelmarkt an und erhält von allen eine Antwort.

67. Der SBV präzisiert seine Aussage mit Schreiben vom 20. Februar 2008.

68. Am 3. März 2008 hört die Wettbewerbskommission die Parteien an. An der Anhörung nehmen Vertreter der fenaco und von Steffen-Ris sowie Rechtsvertreter teil. Das Protokoll der Anhörung wird den Parteien am 4. März 2008, vorab per E-Mail, zugestellt. Die von den Parteien ergänzte und korrigierte Version wird dem Sekretariat am 7. März 2008, vorab per E-Mail, unterzeichnet zugestellt.

69. Am 7. März 2008 stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Parteien mögliche Auflagen vorab per E-Mail zur Stellungnahme zu. Die Parteien erklären sich mit Schreiben vom 10. März 2008, das beim Sekretariat vorab per E-Mail eingeht, mit den Auflagen einverstanden.

70. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Dr. Jürg Niklaus (Mitglied der Wettbewerbskommission) im Ausstand.

C. ERWÄGUNGEN

C.1. Geltungsbereich

71. 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).

C.1.1. Unternehmen

72. 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.

C.1.2. Unternehmenszusammenschluss

73. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU, SR 251.4).

74. Mit dem Erwerb von 60% der Aktien der Steffen-Ris Holding AG verfügt fenaco über die Stimmenmehrheit an derselben. Aus dem Aktionärsbindungsvertrag geht hervor, dass der Verwaltungsrat in der Startphase zwar paritätisch zusammengesetzt ist, fenaco aber bei Stimmgleichheit den Stichentscheid hat (vgl. Ziffer 2.2. des Aktionärsbindungsvertrags). Folglich erwirbt fenaco die vollständige Kontrolle über die Steffen-Ris Gruppe.

C.2. Vorbehaltene Vorschriften

75. Die Stellungnahme betont, dass die Meldung, entgegen den Ausführungen in der vorläufigen Beurteilung, vorbehaltene Vorschriften vorbringt. Gemäss Stellungnahme nennt die Meldung für eine vorbehaltene Vorschrift die Förderung der Verwertung von Kartoffeln durch den Bund nach Bundesgesetz über die Landwirtschaft (SR 910.1; LwG). Mit der Förderung der Kartoffelverwertung hält der Bund den Anbau von Kartoffeln auf einem für die Landesversorgung angemessenen Stand. Zu diesem Zweck könne der Bund Beiträge ausrichten. Neben dem Zollschutz erhielten die Landwirte somit zusätzliche Anbauanreize durch eine gesetzliche Be-

stimmung: eine garantierte Abnahme ihrer Kartoffeln. Dazu beauftragt das BLW Organisationen mit der Verwertung von Kartoffeln (Art. 5 Art. der Verordnung über die Verwertung sowie die Ein- und Ausfuhr von Kartoffeln (Kartoffelverordnung, SR 916.113.11). Unterstützt werden gemäss Art. 8 Kartoffelverordnung folgende Verwertungsmassnahmen: Frischverfütterung von deklassierten Kartoffeln, Lagerhaltung von Speisekartoffeln, Verarbeitung von unerlesenen Kartoffeln sowie Speise- und Veredlungskartoffeln zu Futtermitteln durch Trocknung. Die Beiträge an die Frischverfütterung und Lagerhaltung sind allerdings nach oben begrenzt.

76. Für die Saatkartoffeln bestehen eigene Regelungen über die Verwertung. Diese Regelungen weichen von den Regelungen für die Speise- und Veredlungskartoffeln ab. Nach Art. 13 der Kartoffelverordnung richtet der Bund für die Verwertung von inländischen Saatkartoffeln, die nicht für den Anbau im Inland vermarktet werden können, jährlich einen Pauschalbeitrag aus. Unterstützt werden folgende Verwertungsmassnahmen: Frischverfütterung, Verarbeitung zu Futtermitteln durch Trocknung und Ausfuhr.

77. Zusätzlich legte die Meldung dar, dass

- "aufgrund der grundsätzlichen Unterversorgung des helvetischen Marktes mit Agrargütern und der im Bereich der Einfuhr derzeit noch bestehenden restriktiven Einschränkungen für alle in der Schweiz angebauten Agrarprodukte de facto eine Abnahmegarantie für die Produzenten besteht; und
- dass beispielsweise im Kartoffelmarkt die "swisspat" als eine paritätisch zusammengesetzte Branchenorganisation der Kartoffelwirtschaft Richtpreise für Produzenten und Empfehlungen über Qualität und Grösse der Kartoffeln, wie im LwG vorgesehen, empfiehlt."

78. In der Stellungnahme und der Meldung wird zusätzlich mit Hinweis auf den Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 4. Mai 2005 betreffend Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln darauf hingewiesen, dass der Schweizer Markt derzeit noch durch Zölle geschützt ist.

79. Gemäss Stellungnahme handelt es sich bei den genannten Regelungen um wettbewerbsrelevante staatliche Eingriffe, welche bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen sind. Zudem sei in die Erwägung einzubeziehen, dass im Kartoffelmarkt

- Branchenpreise festgelegt wurden,
- die Verteilung der Saatkartoffeln von den Saatenorganisationen geregelt ist,
- Importkontingente festgelegt werden und
- die Überschussverwertung staatlich unterstützt wird.

Dies erhelle, dass der Kartoffelmarkt teilreguliert sei.

80. Die Regelungen über die Anbauanreize durch eine garantierte Abnahme und Unterstützungszahlungen betreffen Kartoffelproduzenten. Der Bund unterstützt die Verwertungsmassnahmen. Verwertungsmassnahmen

erfolgen durch Organisationen. Folglich erhalten die Grosshändler weder Unterstützungszahlungen, noch sind sie zur Abnahme verpflichtet. Mit den Regelungen steuert der Bund die Kartoffelmenge auf Stufe Produktion. Somit stellen diese in der Meldung und der Stellungnahme angegebenen Vorschriften keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar, die Wettbewerb im Bereich Grosshandel von Agrargütern nicht zulassen.

81. Ebensowenig verunmöglichen die Festlegung von Richtpreisen und Importkontingenten sowie die Verteilung der Saatkartoffeln durch Organisationen Wettbewerb zwischen Agrarhandelsunternehmen. Denn Wettbewerb kann grundsätzlich auch über andere Variablen als der Preis stattfinden. Beispielsweise ist Wettbewerb über Mengen, Qualität oder Standort möglich. Zudem erfolgt die Festlegung von Importkontingenten oft anhand der Inlandleistung. Bei den Kartoffeln beispielsweise bestimmt Art. 21 Kartoffelverordnung die Zuteilung von Kontingentsanteilen aufgrund einer Inlandleistung: Zollkontingentsanteile für Saat-, Speise- und Veredlungskartoffeln werden auf Grund einer Inlandleistung zugeteilt. Eine solche Zuteilungsart schliesst Wettbewerb im Bereich Grosshandel in der Schweiz nicht aus.

82. Schliesslich ist in der Schweiz der Handel mit Agrargütern trotz Zollschatz möglich. Zollschatz schliesst Wettbewerb zwischen Agrarhandelsunternehmen in der Schweiz nicht aus.

83. Folglich gibt es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.3. Meldepflicht

84. Zusammenschlussvorhaben sind meldepflichtig, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielen; und b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 KG). Die Meldung enthält keine Angaben zu allenfalls international erzielten Umsätzen. Die in der Schweiz im Jahr 2006 erzielten Umsätze waren gemäss Meldung die folgenden:

Gesellschaft	Umsatz Schweiz 2006 (in CHF)
fenaco	4,831 Mia.
Steffen-Ris (inkl. FRILOG)	[...] Mio.
Total	[...] Mia.

Damit sind vorgenannte Schwellenwerte vorliegend überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

85. Im Rahmen der Erörterung der Organisationsstruktur (s. oben Abschnitt A.2.) von fenaco wurde darauf hingewiesen, dass es sich bei der fenaco um einen Konzern handelt, der u.a. die Mitglied-LANDI Genossenschaften umfasst. Für das vorliegende Verfahren hat dies wie erwähnt zur Folge, dass für die Berechnung des Umsatzes nach Art. 9 KG i.V.m. art. 5 VKU sämtliche konzerninternen Umsätze herangezogen werden. Da die in Art. 9 KG statuierten Umsatzschwellen vorliegend allerdings bereits allein durch den Umsatz des fenaco-Stammhauses bzw. die Umsätze von fenaco und Steffen-Ris weit überschritten werden, erübrigt sich eine Darstellung sämtlicher Umsätze der 359, am fenaco-Stammhaus beteiligten, Genossenschaften (Mitglied-LANDI).

C.4. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksa-

mer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

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

C.4.1. Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung

87. Gestützt auf Art. 4 Abs. 2 KG gelten Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem bestimmten Markt entweder als Anbieter oder als Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Bei der Beurteilung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, ist dessen relative Marktmacht im Vergleich zu den anderen Marktteilnehmern zu prüfen und sind insbesondere auch konkrete (strukturelle) Abhängigkeitsverhältnisse in Betracht zu ziehen. Eine Marktbeherrschung liegt daher nicht nur in Fällen vor, in denen ein Unternehmen über eine gegenüber seinen Konkurrenten überragende Marktstellung verfügt, sondern auch wenn andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager von diesem Unternehmen abhängig sind, ohne dass sie diese Abhängigkeit durch unternehmerisches Fehlverhalten selbst verschuldet haben (PHILIPPE M. REICH, Kartellgesetz, Baker & McKenzie, Bern 2007; Art. 10 N 8).

88. Für eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens unterscheidet die Stellungnahme vom 11. Februar 2008 in Rz. 55 zwischen Fällen bei Zusammenschlüssen und Fällen nach Art. 7 KG. Gemäss der Stellungnahme vom 11. Februar 2008 ist der Begriff der marktbeherrschenden Stellung bei der Prüfung eines Zusammenschlusses vom Begriff der marktbeherrschenden Stellung bei der Prüfung nach Art. 7 KG verschieden. Zur Bestimmung des Begriffes der marktbeherrschenden Stellung bei Zusammenschlüssen zieht die Stellungnahme vom 11. Februar 2008 in Rz. 55 den Bundesgerichtsentscheid BGE 133 II 104 heran: "Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann und es über die Möglichkeit verfügt, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten." Deshalb müssten die Elemente Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs und die Möglichkeit des Verdrängens oder Unterdrückens bestehender Konkurrenten oder des Verhinderns neuer Konkurrenten kumulativ vorliegen (Stellungnahme vom 11. Februar 2008, Rz. 56).

89. Der Vollständigkeit halber folgt der Wortlaut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 133 II 104). "Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 783)."

90. Ein Vergleich der in der Stellungnahme vom 11. Februar 2008 widergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem tatsächlichen Wortlaut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt einen wesentlichen Unterschied auf. Die Stellungnahme vom 11. Februar 2008 fügt zwischen der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs und dem Verhältnis gegenüber Konkurrenten das Wort "und" ein: "... fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann **und** es über die Möglichkeit verfügt, ... ". Dagegen schliesst das Bundesgericht den Satz mit der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit einem Punkt ab: "... fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, ...". Vor allem führt das Bundesgericht seinen Satz mit „demnach“ weiter. Diese Fortführung mit "demnach" impliziert eine nähere Beschreibung der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

91. Folglich weicht die Wiedergabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch die Stellungnahme vom 11. Februar 2009 von der tatsächlichen ab. Diese Abweichung führt dann zu der Aussage in der Stellungnahme vom 11. Februar 2008, dass die Elemente Möglichkeit

der Beseitigung des Wettbewerbs und die Möglichkeit des Verdrängens oder Unterdrückens bestehender Konkurrenten oder des Verhinderns neuer Konkurrenten kumulativ vorliegen müssen.

92. Kumulatives Vorliegen der genannten Elemente gemäss Stellungnahme vom 11. Februar 2008 entspricht jedoch nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bedeutet, dass Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nur dann vorliegt, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Demnach beinhaltet diese Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs die Möglichkeit, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Jede dieser drei Möglichkeiten kann zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Folglich müssen die Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs und die Möglichkeit des Verdrängens oder der Behinderung bestehender Konkurrenten oder des Verhinderns neuer Konkurrenten nicht kumulativ vorliegen.

93. Zudem verwendet die Stellungnahme vom 11. Februar in Rz. 227 folgende Definition für eine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG: "Eine Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt *nur* dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, **das heisst** über die Möglichkeit verfügt, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten." Diese Formulierung mit "das heisst" impliziert, dass die Möglichkeit des Verdrängens oder der Behinderung bestehender Konkurrenten oder des Verhinderns neuer Konkurrenten die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bedeutet.

94. Damit fällt eine gesonderte Überprüfung der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs dahin. Denn die Überprüfung der Möglichkeit des Verdrängens oder der Behinderung bestehender Konkurrenten oder des Verhinderns neuer Konkurrenten stellt fest, ob die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht. Damit wird auch die von der Stellungnahme vom 11. Februar 2008 vorgeschlagene gesonderte Überprüfung der Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs hinfällig.

95. Diese Feststellung zum kumulativen Vorliegen der genannten Elemente gilt für alle Stellen der Stellungnahme vom 11. Februar 2008. Deshalb erwähnt die Wettbewerbskommission diese Feststellung nicht jedes Mal, wenn das Argument des kumulativen Vorliegens in der Stellungnahme auftritt.

96. Um zu beurteilen, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen.

C.4.1.1. Relevante Märkte

C.4.1.1.1. Vorbemerkungen

97. Steffen-Ris und fenaco betreiben im Wesentlichen Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten, Zwiebeln und Tafelobst. Die Gemüse und Früchte werden gewaschen, sortiert und den Kundenwünschen entsprechend kalibriert, verpackt und gelagert. Daneben handeln die beiden Unternehmen mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen wie Saatkartoffeln, Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung.

98. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 befinden sich die Märkte für die Ernteabnahme in einer Umbruchs- und Konsolidierungsphase: Es stehen in der Schweiz noch wenige grosse Anbieter, darunter die beteiligten Unternehmen einer Vielzahl kleineren Unternehmen gegenüber. Es handle sich um kleinräumige und ineffiziente Strukturen, die in der Vergangenheit nur durch die Abschottung der Märkte mittels Zöllen und anderen Massnahmen aufrecht erhalten werden konnten. Während früher gelegentlich lokale Ernteabnehmer und landwirtschaftliche Selbsthilfeorganisationen kooperierten oder sich zusammenschlossen, seien heute zunehmend grössere Unternehmen an Zusammenschlüssen beteiligt. Bei der erwarteten Markttöfung und den Möglichkeiten des passiven Veredelungsverkehrs würden die Schweizer Unternehmen wesentlich stärkeren ausländischen Konkurrenten gegenüberstehen. Die Verarbeitung, Sortierung, Lagerung und das Abpacken der Agrarprodukte auf der Stufe der Ernteabnahme erfordere eine vielschichtige Infrastruktur. Aufgrund der vielen kleinen Unternehmen, die solche Anlagen besitzen, seien die Verarbeitungskapazitäten in der Schweiz überdimensioniert. Gewisse Unternehmen würden aufgrund der Kosten nur einen Teil der Anlagen erstellen, wodurch die Infrastruktur räumlich verzettelt und eine effiziente Nutzung erschwert werde. Die Zusammenführung eines Teils der Infrastruktur ermögliche eine rationellere

Nutzung und bessere Auslastung der Infrastruktur, sowie eine Reduktion der Unterhaltskosten und führe dadurch zu einer wesentlichen Effizienzsteigerung.

99. Hinsichtlich der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird in der Meldung die Ansicht vertreten, eine Unterscheidung zwischen einem Bio- und einem Nicht-Bio-Markt sei vorliegend nicht vorzunehmen. Frilog verarbeite zwar Bio-Lagergemüse, fenaco und Steffen-Ris ihrerseits seien Bio-zertifiziert, bisher aber nicht selbstständig in diesem Markt tätig gewesen. In der Schweiz würden nur etwa 2 bis 5% des Lagergemüses aus biologischem Anbau stammen. Beim Bio-Lagergemüse handle es sich folglich um einen kleinen Markt, auf welchem vorliegender Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führe.

100. Zwecks Untersuchung der Stellung von fenaco und Steffen-Ris auf den Märkten für Agrarprodukte aus biologischem Anbau, hat das Sekretariat - ohne sich auf eine Unterscheidung zwischen Bio- und Nicht-Biomarkt festzulegen - den Gesuchsteller aufgefordert, die Meldung vom 3. Oktober 2007 mit detaillierten Angaben zu Umsätzen und Marktanteilen von fenaco und Steffen-Ris auf dem Bio-Markt zu ergänzen. Die Ergänzungen sind dem Sekretariat am 16. Oktober 2007 zugegangen.

101. Bei einer zusätzlichen Unterscheidung der Märkte in Bio und Nicht-Bio-Produkte ist folgendes festzustellen: Das Zusammenschlussvorhaben führt sowohl bei der weiteren Abgrenzung von Märkten, die Bio- und Nicht-Bio-Produkte umfassen, als auch bei der engeren Abgrenzung von Märkten, die nur Bio-Produkte umfassen zu betroffenen Märkten. Mit betroffenen Märkten sind in diesem Zusammenhang jene gemeint, auf welchen der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr oder jener eines beteiligten Unternehmens 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Dies sei anhand der folgenden Tabelle vereinfacht illustriert:

Produkt	Markt für den Handel von <i>Bio- und Nicht-Bio-Produkten</i>		Markt für den Handel von <i>Bio-Produkten</i>	
	Marktanteile Steffen-Ris + fenaco inkl. Mitglied-LANDI	Betroffener Markt	Marktanteile Steffen-Ris + fenaco inkl. Mitglied-LANDI	Betroffener Markt
Tafelobst	20-30%	ja	10-20%	nein
Karotten	20-30%	ja	20-30%	nein
Zwiebeln	20-30%	ja	20-30%	nein

Produkt	Markt für den Handel von <i>Bio- und Nicht-Bio-Produkten</i>		Markt für den Handel von <i>Bio-Produkten</i>	
	Marktanteile Steffen-Ris + fenaco inkl. Mitglied-LANDI	Betroffener Markt	Marktanteile Steffen-Ris + fenaco inkl. Mitglied-LANDI	Betroffener Markt
Speise- und Veredelungskartoffeln	40-50%	ja	20-30%	ja
Saatkartoffeln	20-30%	ja	40-50%	Ja
Pflanzennahrung	50-60%	ja	10-20%	nein
Pflanzenschutzmittel	50-60%	ja	50-60%	Ja

102. Ob die konventionellen Produkte aus der Sicht der Nachfrager mit Bio-Produkten substituierbar sind, lässt sich anhand der vorhandenen Informationen nicht abschliessend beurteilen. Die Produktionsumstellungsflexibilität ist aus der Sicht der Produzenten von Agrarprodukten als gering einzustufen. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 verlangt das regulatorische Umfeld, dass ein Bio-Bauer auf dem gesamten Hof Bio-Produkte anbaut, womit gemischte Höfe nicht möglich sind. Zudem müssten die Verarbeiter von Bio-Produkten zertifiziert sein. Dies wäre als Indiz dafür zu werten, dass aus Sicht der Produzenten keine Substituierbarkeit von Bio- und Nicht-Bio-Produkten vorliegt. Der sachliche Beschaffungsmarkt wäre folglich in einen Markt für Bio- und einen Markt für Nicht-Bio-Produkte zu unterteilen. Absatzeitig besteht einseitige Substituierbarkeit, da die Detailhändler und die verarbeitenden Betriebe Bio-Produkte problemlos in den Nicht-Bio-Kanal verschieben können, dies jedoch umgekehrt nicht möglich ist. Die Nachfrage des Detailhandels und der verarbeitenden Betriebe wird von der Nachfrage der Endkonsumenten gesteuert.

103. An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass ohne Unterscheidung zwischen einem Markt mit Nicht-Bio-Produkten und einem Markt mit Bio-Produkten alle erwähnten Bereiche betroffene Märkte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen. Mit anderen Worten: die Unterteilung in Märkte mit Bio- und Nicht-Bio-Produkten führt zu keinem betroffenen Markt, der ohne Unterteilung in diese zwei Bereiche nicht betroffen ist. Folglich berücksichtigt eine Analyse der voraussichtlichen Stellung auf den betroffenen Märkten im vorliegenden Fall ohne eine Unterscheidung zwischen Bio- und Nicht-Bio-Produkten auch immer die Bio-Produkte. Aus diesen Gründen erfolgt bei der Marktabgrenzung für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Unterscheidung zwischen Bio- und Nicht-Bio-Produkten. Die Auswirkungen

auf Bio-Produkte durch das Zusammenschlussvorhaben zwischen fenaco und Steffen-Ris sind in der Analyse enthalten. Diese Schlussfolgerung und Vorgehensweise gilt jedoch nur für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben. In anderen Fällen können sich abweichende Situationen ergeben. Damit ergeben sich auch abweichende Vorgehensweisen.

C.4.1.1.2. Sachlich relevante Märkte

104. 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).

105. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen²

- den Beschaffungsmärkten auf denen die Grosshändler den Produzenten als Nachfrager gegenüberstehen, und
- den Absatzmärkten, auf denen die Grosshändler den Detailhändlern, der verarbeitenden Industrie und der Gastronomie als Anbieter gegenüberstehen.

Nachfolgend werden zuerst die Beschaffungs- und anschliessend die Absatzmärkte bestimmt.

C.4.1.1.2.1 Sachliche Beschaffungsmärkte

106. fenaco und Steffen-Ris sind als Ernteabnehmer in den Bereichen Lagerung, Sortieren und Abpacken von

² CoopForte, RPW 2005/1, S. 146 ff.; Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364 ff.; Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559 ff.; Siehe in der EU: Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Carrefour/Promodes EU IV/M 1684.

Tafelobst, Karotten, Zwiebeln, Speise- und Veredelungskartoffeln sowie Saatkartoffeln, Pflanzennahrung und Pflanzenschutzmitteln tätig. Marktgegenseite der Ernteabnehmer auf dem Beschaffungsmarkt sind inländische Produzenten von Tafelobst, Karotten, Zwiebeln und Speise- und Veredelungskartoffeln, sowie in- und ausländische Produzenten von Pflanzennahrung und Pflanzenschutzmitteln. Bei der Marktabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Produzenten und deren Absatzalternativen massgeblich.

Produktgruppen

107. Die Produzenten von Agrargütern produzieren in der Regel einzelne Produkte (z.B. Tafelobst oder Speise- und Veredelungskartoffeln) oder Produktgruppen (z.B. Lagergemüse) und sind nicht in der Lage, ihre Produktion ohne weiteres auf andere Produkte umzustellen. Die Nachfrage der Grosshändler bezieht sich in der Regel auf eine bestimmte Produktgruppe. Gemäss Meldung besteht eine Tendenz des Detailhandels, die Anzahl Lieferanten zu reduzieren und möglichst ganze Produktgruppen bei einem Grosshändler zu beziehen (s. unten Rz. 123 zum NEMIFRI-Konzept). Es kann daher nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Grosshandel ausgegangen werden, sondern es sind verschiedene Beschaffungsmärkte nach Produktgruppen bzw. Produkten zu unterscheiden.

108. Gemäss Meldung zählen Speise- und Veredelungskartoffeln sowie Zwiebeln und Karotten zum Lagergemüse. Die Produzenten von Speise- und Veredelungskartoffeln würden in der Regel ebenfalls Karotten und Zwiebeln produzieren, wobei sich diese Produkte sowohl im Anbau als auch hinsichtlich der Verkaufskanäle nicht unterscheiden würden. Da vorgenannte Agrarprodukte aus Sicht der Produzenten untereinander substituierbar seien, könne die Abgrenzung eines sachlichen Markts für die Beschaffung von Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln überlegt werden.

109. In der Stellungnahme wird u.a. kritisiert, die vorläufige Beurteilung gehe davon aus, dass die Produzenten von Agrargütern in der Regel einzelne Produkte (z.B. Tafelobst oder Speise- und Veredelungskartoffeln) produzieren würden. Diese Annahme treffe nicht zu, da die meisten Landwirte in mehreren Bereichen (z.B. Anbau von Speisekartoffeln, Anbau von Getreide, Milchwirtschaft und/oder Schweinezucht/Schweinemast) tätig seien.

110. Weiter wird in der Stellungnahme darauf hingewiesen, die Annahme, dass die Produzenten von Agrargütern nicht in der Lage seien, ihre Produktion ohne weiteres auf andere Produkte umzustellen, treffe nicht zu. Vielmehr bestehe seitens der Landwirte eine Angebotsumstellungsflexibilität. Begründet wird dies folgendermassen: "Um zu verhindern, dass die Böden einseitig oder übermässig genutzt werden und auslaugen, haben die Landwirte eine Fruchtfolge zu beachten. Um die Regeneration der Böden sicher zu stellen, müssen die Produzenten wechselseitig verschiedene Kulturen anbauen. Dies ist auch eine Auflage im Rahmen des ökologischen Leistungsnachweises." Damit sei es den Produzenten mit ihrer Infrastruktur, den Maschinen, dem

Know-How und den Handelsbeziehungen möglich, über die Jahre wechselweise verschiedene Produkte anzupflanzen und zu vermarkten. Mit einem "überbetrieblichen" Maschineneinsatz sei es einem Landwirt möglich, den Schwerpunkt seiner Tätigkeit zu verschieben und in einem Jahr ein anderes Produkt in grösseren Mengen anzubauen als er dies im Vorjahr getan hat.

111. Bei der Frage nach der Substituierbarkeit eines Produktes aus Sicht des Produzenten geht es darum zu beurteilen, ob dieser kurzfristig auf eine veränderte Nachfrage reagieren kann. Die Tatsache, dass die Landwirte eine Fruchtfolge zu befolgen haben, spricht gegen eine kurzfristige Reaktion auf eine veränderte Nachfrage. Als Folge der Revision der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV; SR 910.13) traten anfangs 2004 die revidierten Bestimmungen zum ökologischen Leistungsnachweis in Kraft. Der wichtigste Bestandteil dieser Bestimmungen ist die Fruchtfolgeregelung für den Freiland-Gemüsebau, welche die für die einzelnen Kulturen empfohlenen Unterbrechungsjahre aufführt (vgl. Robert Theiler und Otto Vidalli, Fruchtfolge im Freilandgemüsebau, Agroscope FAW Wädenswil 2004, S. 1). Die kulturspezifischen Fruchtfolgerichtlinien sind vom BLW anerkannt und sehen die maximale Anzahl Belegungen und z.T. die Anbaupausen vor. Rechtsgrundlage bilden die Art. 5 bis 16 sowie der Anhang der DVZ. Die Richtlinie definiert die Anzahl maximaler Belegungen der Hauptkulturen innerhalb von sieben Jahren. Als Hauptkulturen zählen Kulturen mit einer Kulturdauer von über 14 Wochen. Gemäss einer Fruchtfolge-Tabelle von Agroscope, die auf dieser Richtlinie basiert, können in einer 7-Jahresperiode z.B. maximal 2 Hauptkulturen Kartoffeln oder 3 Hauptkulturen Karotten angebaut werden (Theiler/Vidalli, S. 10 f.). Von einer Angebotsumstellungsflexibilität der Produzenten ist damit nicht auszugehen.

112. Im Lichte vorstehender Erwägungen ist aus Sicht der Produzenten weder von einer Substituierbarkeit von Gemüse, noch von Lagergemüse auszugehen. Folglich ist vorliegend von je separaten Märkten für die Kartoffeln, Karotten und Zwiebeln auszugehen.

113. Für Speise- und Veredelungskartoffeln ist eine weitere Marktabgrenzung in diese zwei Bereiche möglich. Gemäss Art. Abs. 2 der Verordnung über die Verwertung sowie die Ein- und Ausfuhr von Kartoffeln (Kartoffelverordnung, SR 916.113.11) sind Speisekartoffeln erlesene, konsumfähige Kartoffeln, die für die menschliche Ernährung bestimmt sind. Veredelungskartoffeln sind ebenfalls erlesene Kartoffeln. Jedoch sind Veredelungskartoffeln gemäss Art. 2 Abs. 3 Kartoffelverordnung erlesene, verarbeitungsfähige Kartoffeln, die zur industriellen Verarbeitung zu Kartoffelprodukten bestimmt sind.

114. Eine mögliche Unterscheidung zwischen Speise- und Veredelungskartoffeln ergibt sich aus den unterschiedlichen Ansprüchen an Speise- und Veredelungskartoffeln. swisspatat beispielsweise beschreibt, dass bei den Veredelungskartoffeln (Kartoffeln zur Verarbeitung zu Frites und Chips) zum Teil andere Grössenmasse gelten als bei den Speisekartoffeln. Gemäss Angaben von swisspatat überlappen sich die Sorten für Speisekartoffeln mit den Sorten für Veredelungskartoffeln kaum. In anderen Worten: Die Sorten für Speisekartoff-

feln sind grösstenteils andere Sorten als diejenigen für Veredelungskartoffeln.

115. Eine weitere Sparte von Kartoffeln sind gemäss Art. 2 Abs. 6 Kartoffelverordnung die deklassierten Kartoffeln: Deklassierte Kartoffeln sind unerlesene Kartoffeln, Speise- oder Veredelungskartoffeln, die zur Frischverfütterung bestimmt und dazu mit einem bewilligten Lebensmittelfarbstoff gekennzeichnet worden sind. Somit sind die deklassierten Kartoffeln nicht für die menschliche Ernährung oder die industrielle Verarbeitung zu Kartoffelprodukten bestimmt. Diese deklassierten gehören folglich nicht zu den Speise- und Veredelungskartoffeln.

116. Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zwischen fenaco und Steffen-Ris genügt allerdings eine gemeinsame Betrachtung von Speise- und Veredelungskartoffeln. Eine gemeinsame Betrachtung von Speise- und Veredelungskartoffeln genügt aber nur im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben. Hingegen ist in anderen Fällen eine getrennte Betrachtung der Bereiche Speise- und Veredelungskartoffeln möglich oder notwendig.

117. Folglich sind folgende Märkte abzugrenzen:

- Markt für die Beschaffung von Speise- und Veredelungskartoffeln
- Markt für die Beschaffung von Karotten
- Markt für die Beschaffung von Zwiebeln

118. Die Produzenten von Tafelobst produzieren gemäss Meldung in der Regel sowohl Äpfel als auch Birnen, wobei sich diese Produkte sowohl im Anbau als auch hinsichtlich der Verkaufskanäle nicht unterscheiden würden. Aus der Sicht der Produzenten sind Äpfel und Birnen folglich Substitute. Daher ist folgender Markt abzugrenzen:

- Markt für die Beschaffung von Tafelobst

119. Weiter betreiben fenaco und Steffen-Ris Handel mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen. Diese können in die folgenden Produktgruppen unterteilt werden: Pflanzennahrung (Dünger), Pflanzenschutzmittel (Herbizide, Insektizide, Fungizide und Wachstumsregulatoren) und Saatkartoffeln. Es sind daher folgende Märkte abzugrenzen:

- Markt für die Beschaffung von Pflanzenschutzmittel
- Markt für die Beschaffung von Pflanzennahrung
- Markt für die Beschaffung von Saatkartoffeln

Absatzkanäle

120. Der Grosshandel ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Produzenten von Agrarprodukten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind z.B. die verarbeitende Industrie, die Gastronomie oder der Detailhandel. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass sich die Landwirte vermehrt entschliessen würden, ihre Produkte direkt an Detailhändler, verarbeitende Betriebe und Endabnehmer zu verkaufen. fenaco ist über die ihr integrierten LANDIs selbst im Detailhandel tätig. Gemäss Meldung werden in den LANDIs Saat-

kartoffeln, Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung verkauft.

C.4.1.1.2.2 Sachliche Absatzmärkte

121. Marktgegenseite der Grosshändler auf dem Absatzmarkt sind gemäss Meldung der Detailhandel (z.B. Migros und Coop), die verarbeitende Industrie (z.B. Bischofszell Nahrungsmittel AG) und die Gastronomie. Die verarbeitenden Betriebe treten einerseits als Kunden des Grosshandels auf dem Absatzmarkt für Kartoffeln auf. Andererseits treten sie auf dem Beschaffungsmarkt für Kartoffeln zum Grosshandel in Konkurrenz (siehe unten, C.1.2.4.8 Kartoffeln). Die Nachfrage des Detailhandels wird durch die Nachfrage des Endkonsumenten bestimmt. Dieser fragt ein Vollsortiment an Lebensmitteln nach. Der Detailhandel und die verarbeitende Industrie wiederum fragen beim Grosshandel bestimmte Produktgruppen nach.

122. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass sich der Detailhandel mit zunehmender Tendenz für bestimmte Produktgruppen auf einige wenige Lieferanten konzentrieren wird. Als Beispiel wird das Projekt "Neue Migros Frische" (NEMIFRI) genannt. Mit NEMIFRI plant Migros gemäss eigenen Angaben die Bündelung der Beschaffung und Logistik im Bereich Frische, um Arbeitsprozesse zu vereinfachen und die Effizienz von Abläufen zu steigern. Dadurch würden die Kunden von einem hochwertigen Frischesortiment profitieren, das in allen Filialen der Migros in gleicher Qualität angeboten werden könne. Charakteristisch für dieses Sortiment ist der Mix von nationalen und regionalen Produkten. Eine wesentliche Massnahme für die Umsetzung von NEMIFRI und Erreichung der Ziele ist die Reduktion der Anzahl Lieferanten.

123. Gemäss Meldung sind vom Projekt NEMIFRI auch das Tafelobst, die Kartoffeln, die Karotten und die Zwiebeln betroffen. Die vier Produktgruppen würden von der Migros individuell ausgeschrieben und es sei davon auszugehen, dass in jeder Produktgruppe mehrere Lieferanten ausgewählt werden. Gestützt auf diese Angaben sind die Märkte für den Absatz von Grosshändlern von Agrargütern nach Produktgruppen abzugrenzen:

- Markt für den Absatz von Tafelobst
- Markt für den Absatz von Speise- und Veredelungskartoffeln
- Markt für den Absatz von Karotten
- Markt für den Absatz von Zwiebeln

124. Bei der Zusammenfassung von Speise- und Veredelungsmarkt in einen Markt für deren Absatz gilt das gleiche wie beim Markt für die Beschaffung von Speise- und Veredelungskartoffeln.

125. Im Bereich der landwirtschaftlichen Hilfsstoffe wird davon ausgegangen, dass aus der Sicht der Abnehmer keine Substituierbarkeit von Pflanzennahrung, Pflanzendünger und Saatkartoffeln besteht. Folglich sind folgende Märkte abzugrenzen:

- Markt für den Absatz von Pflanzennahrung
- Markt für den Absatz von Pflanzenschutzmittel
- Markt für den Absatz von Saatkartoffeln

C.4.1.1.3. Räumlich relevante Märkte

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

C.4.1.1.3.1 Räumliche Beschaffungsmärkte

127. Gemäss den Angaben in der Meldung vom 1. Oktober 2007 vermag die inländische Produktion von Lagergemüse die Nachfrage nach Lagergemüse nicht zu decken. Bei den Karotten beträgt der Deckungsgrad nicht einmal 60%, bei den Speise- und Veredelungskartoffeln rund 90%. Infolge der grundsätzlichen Unterversorgung des helvetischen Marktes mit Agrargütern und der Regelung, dass Importe erst dann getätigt werden dürften, wenn die Nachfrage nicht mehr durch die inländische Produktion befriedigt werden kann, bestehe de facto eine Abnahmegarantie für die Produzenten³.

128. Aus diesem Grund und wegen der höheren Preise von Schweizer Agrargütern komme es kaum zu Exporten von Lagergemüse. Bei den Kartoffeln werde z.B. nur 1% der Ernte in Form von Kartoffelprodukten exportiert. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 sind die Transportkosten für Lagergemüse gering und können diese auch über längere Distanzen hinweg frisch an Abnehmer in der gesamten Schweiz geliefert werden. Zudem würden insbesondere die Detailhändler nicht mehr nur Agrarprodukte aus der Region, sondern aus der gesamten Schweiz nachfragen. Gestützt auf diese Angaben sind die Beschaffungsmärkte für die Beschaffung von Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln je national abzugrenzen.

129. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 liegt auch der Selbstversorgungsgrad im Bereich des Tafelobstes unter 100%. Bei einer Überproduktion würde die Verwertung staatlich unterstützt. Die Ein- oder Ausfuhr von Äpfeln oder Birnen verlange eine Generalbewilligung. Exporte ins Ausland seien schwierig, weil die realisierten Verkaufspreise für Tafelobst in der EU auf Produzenten- und Grosshandelsstufe durchschnittlich etwa 50% tiefer liegen als in der Schweiz. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass die Gross- und Detailhändler nicht auf Tafelfrüchte aus ihrer Region spezialisiert sind, sondern überwiegend ein Vollsortiment anbieten. Gestützt auf diese Angaben ist räumlich von einem nationalen Markt für die Beschaffung von Tafelobst auszugehen.

130. Marktgegenseite im Bereich der Pflanzenschutzmittel sind die Hersteller derselben. Die Hersteller von Pflanzenschutzmitteln sind gemäss Meldung weitgehend international tätige Grossunternehmen wie beispielsweise Bayer und Syngenta. Pflanzenschutzmittel werden gemäss Meldung sowohl in der Schweiz hergestellt, als auch in wesentlich grösseren Mengen importiert. Gemäss Meldung ist fenaco im Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln tätig und kauft Pflanzenschutzmittel bei Importeuren, internationalen Herstellern und bei kleineren Importhandelsfirmen ein. Wegen der hohen Regulationsdichte kaufe fenaco Pflanzenschutzmittel hauptsächlich in der Schweiz ein. Es bestünden viele Sicherheits- und Qualitätsbestimmungen. Deshalb sei gemäss Meldung auf dem Beschaffungsmarkt für Grosshändler von einem nationalen Markt auszugehen.

131. Im Gegensatz zur räumlichen Marktabgrenzung in der Meldung eines nationalen Beschaffungsmarktes für Pflanzenschutzmittel hält die Stellungnahme in Rz. 65 fest, dass auf dem Beschaffungsmarkt für Pflanzenschutz von einem internationalen Markt ausgegangen werden muss. Der Grund für einen internationalen Beschaffungsmarkt sei der Import von Pflanzenschutzmitteln durch Grosshändler und Landwirte. Zum Beweis verweist die Stellungnahme auf die entsprechenden Zollstatistiken, deren Beizug von der Oberzolldirektion beantragt wird. Zudem verweist die Stellungnahme zur räumlichen Marktabgrenzung im Bereich landwirtschaftlicher Hilfsstoffe auf Abschnitt 6.2. der Ergänzung vom 19. Dezember 2007. Allerdings behandelt der Abschnitt 6.2 der Ergänzung vom 19. Dezember 2007 nur den Bereich Pflanzennahrung.

132. Auf Antrag der Parteien erfragte die Wettbewerbsbehörde die entsprechenden Zollstatistiken bei der Oberzolldirektion. Zu den Pflanzenschutzmitteln fragte die Wettbewerbsbehörde die Oberzolldirektion nach der Aussenhandelsstatistik für die Waren mit der Tarifnummer 3808. Bei den Waren mit der Tarifnummer 3808 handelt es sich um Insektizide, Rodentizide, Fungizide, Herbizide, Keimhemmungsmittel und Pflanzenwuchsregulatoren, Desinfektionsmittel und ähnliche Erzeugnisse, in Formen oder Aufmachungen für den Einzelverkauf oder in Form von Zubereitungen oder Waren, wie Schwefelbänder, Schwefelfäden, Schwefelkerzen und Fliegenfänger. Aufgrund dieser Erfassung der Aussenhandelsstatistik sind darin auch Waren enthalten, welche nicht im Agrarbereich oder von landwirtschaftsfremden Betrieben verwendet werden. Weil die Aussenhandelsstatistik auch andere als landwirtschaftsbezogene Waren erfasst, hat diese keine Aussagekraft zum Anteil der importierten Pflanzenschutzmittel, gemessen am schweizerischen Verbrauch im Landwirtschaftssektor. Leider ist eine Aufschlüsselung der Aussenhandelsstatistik in Pflanzenschutzmittel für den Sektor Landwirtschaft alleine gemäss Oberzolldirektion unmöglich.

133. Für aufschlussreiche Angaben zum Anteil der importierten Pflanzenschutzmittel fragt die Wettbewerbsbehörde die SGCI Chemie Pharma Schweiz (SGCI) an. Im Bereich Pflanzenschutzmittel führt die SGCI eine jährliche Statistik. Diese Pflanzenschutzmittelstatistik ist frei zugänglich. Beispielsweise lässt die SGCI die Statistik auch dem Schweizerischen Bauernverband zukommen. Die Daten für die Statistik erhebt die SGCI alljährlich bei ihren Mitgliederunternehmen. Alle diese Mitgliederfirmen sind direkt am schweizerischen Markt für Pflanzenschutzmittel tätig. Es sind Unternehmen aus der Schweiz oder ausländische Unternehmen mit schweizerischen Tochtergesellschaften. Dementsprechend verfügen die SGCI-Mitgliederunternehmen über Vertriebsorganisationen und -kanäle in der Schweiz. Den Marktanteil dieser am schweizerischen Markt tätigen Mitgliederunternehmen schätzt die SGCI auf ungefähr 90%. Somit stammen mindestens 90% der in der schweizerischen Landwirtschaft eingesetzten Pflanzenschutzmittel von Unternehmen, welche direkt am Schweizer Markt tätig

³ Der Selbstversorgungsgrad ist bei allen betroffenen Produkten unter 100%. Bei den Kartoffeln beträgt er mehr als 90%, was den höchsten Wert aller produzierten Agrargüter darstelle (www.landwirtschaft.ch).

sind. Oder in anderen Worten: höchstens 10% der in der Landwirtschaft eingesetzten Pflanzenschutzmittel sind via Unternehmen ohne schweizerische Vertriebsorganisation importiert.

134. Trotz den Importmöglichkeiten von Pflanzenschutzmittel ist deren Inverkehrbringen per Verordnung geregelt. Die Regelung erfolgt in der Verordnung über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (Pflanzenschutzmittelverordnung, SR 916.161). Namentlich regelt die Pflanzenschutzmittelverordnung das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln, die Zulassungsarten und -verfahren, die Verwendung von Daten früherer Gesuche zu Gunsten von späteren Gesuchstellerinnen, die Verkaufserlaubnis sowie die Einstufung, Verpackung, Kennzeichnung und das Sicherheitsdatenblatt. Die Zulassungsbehörde für Pflanzenschutzmittel ist das Bundesamt für Landwirtschaft BLW. In Zusammenarbeit mit andern Bundesämtern und den landwirtschaftlichen Forschungsanstalten erarbeitet das BLW wissenschaftliche Entscheidungsgrundlagen für die Zulassung und für allfällige Einschränkungen und Auflagen bei der Anwendung von Pflanzenschutzmitteln. Dementsprechend beurteilt ein Verfahren für jedes Pflanzenschutzmittel einzeln dessen Zulassung. Folglich muss ein Pflanzenschutzmittel vor dem Inverkehrbringen registriert und zugelassen werden.

135. Ausserdem wird der Vertrieb von Pflanzenschutzmitteln grundsätzlich auf nationaler Basis organisiert. Vielfach sind die Hersteller von Pflanzenschutzmitteln für den Vertrieb ihrer Produkte national organisiert. Beispielsweise vertreibt Bayer seine Produkte in der Schweiz über die Bayer (Schweiz) AG. Oder die niederländische RealChemie bietet ihre Produkte über ihre Tochtergesellschaft AGRO Seller Discount AG an. Möglich ist auch, dass ausländische Hersteller ihre Pflanzenschutzmittel an ein schweizerisches Unternehmen verkaufen, welches über eine nationale Vertriebsorganisation verfügt. Dieses Unternehmen kann selber ein Hersteller von Pflanzenschutzmitteln sein.

136. Deshalb scheint bei Pflanzenschutzmitteln für die Beschaffungsseite eine national räumliche Abgrenzung sinnvoll. Diese räumliche Marktabgrenzung ist in Einklang mit dem Entscheid der EU-Kommission im Fall Bayer/Aventis Crop Science (COMP/M.2547 vom 17. April 2002, L 107/1). Die EU-Kommission bewertet in ihrem Entscheid die Märkte für Pflanzenschutzmittel (Insektizide, Molluskizide, Herbizide, Fungizide, Mittel zur Saatgutaufbereitung, Mittel zur professionellen Schädlingsbekämpfung, Ektoparasitizide zur Kleintierbehandlung und Pflanzenschutzmittel für Haus und Garten) auf nationaler Basis. Neben der nationalen Registrierung von Pflanzenschutzmitteln und dem Vertrieb auf nationaler Basis gibt die EU-Kommission folgende zusätzliche Argumente für eine national räumliche Marktabgrenzung an. Gemäss Rz. 26 ff. des Entscheides der EU Kommission gelten Parallelimporte als schwer vermarktbar, unter anderem deshalb, weil die Markennamen und die Formulierungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein können. Im Weiteren können die Zulassungsgebühren hoch sein. Es kann auch lange dauern, bis die Registrierung erfolgt. Ein weiterer Grund für von Land zu Land unterschiedliche Produkte sind Unterschiede in den biologischen Bedin-

gungen und bei den von den Landwirten angewendeten Behandlungsformen. Schliesslich ist die Marktstellung der einzelnen Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich, je nachdem, wie sehr die Produkte auf den Bedarf der Märkte abgestimmt sind und wie stark die Vertriebsorganisation ist. Eine ausführliche Untersuchung dieser Argumente bietet der Entscheid der EU-Kommission AstraZeneca/Novartis (COMP/M.1806 vom 26. Juli 2000, L 110/1).

137. Im Bereich der Pflanzennahrung sind, wie im Bereich Pflanzenschutzmittel, beschaffungsseitig die Hersteller von Pflanzennahrung Marktgegenseite von fenaco und Steffen-Ris. Gemäss Meldung beschafft fenaco die Pflanzennahrung zu ungefähr [...] % im Ausland auf dem internationalen Markt. Lieferanten von Pflanzennahrung sind beispielsweise:

- Yara International ASA (Norwegen),
- Amfert (Israel),
- Kali AG oder Potasse SA (Gründung durch die französische SCPA Société Commerciale des Potasses et de l'Azote und der deutschen K+S Kali+Salz GmbH als Vertriebsgesellschaft für die Schweiz),
- DSM Agro (Hauptsitz in den Niederlanden),
- Rosier (Belgien),
- Fertiberia (Spanien),
- Agrolinz (Tochtergesellschaft von Borealis, welche zu 64% der International Petroleum Investment Company IPIC of Abu Dhabi gehört),
- Duslo (Slowakei),
- Konstantinov Kirovo-Chepetsky Khimichesky Kombinat (Russland),
- Haifa Chemicals Ltd. (Israel).

138. Die restlichen [...] % der von fenaco gehandelten Pflanzennahrung liefert die Agroline AG in Basel. Gemäss Meldung vertreibt die Agroline AG insbesondere Dünger aus der Schweiz (Lonza, CU Uetikon). fenaco erwarb gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 die Aktienmehrheit an der Agroline AG per 1. Januar 2008 (www.fenaco.ch, Stand 17. Februar 2008).

139. Gemäss Meldung bestehen im Bereich Pflanzennahrung gewisse Sicherheits- und Qualitätsbestimmungen. Die meisten Produkte sind jedoch nicht patentgeschützt. Deshalb ist der Import dieser Produkte frei. Aus diesem Grund ist gemäss Meldung auf dem Beschaffungsmarkt von Pflanzennahrung von einem internationalen Markt auszugehen.

140. Die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 und die Stellungnahme ergänzen die Informationen der Meldung zur räumlichen Marktabgrenzung für den Bereich Pflanzennahrung. Gemäss Stellungnahme vom 19. Dezember 2007 bestehen seit einiger Zeit keine Importbeschränkungen mehr. "In Lastwagendistanz zur fenaco sind mehrere internationale Grossverteiler wie die Coopadou, Timac, Feuerstein, Beiselen, Baywa, RZW, RWA." Schon bisher belieferten verschiedene Händler aus dem grenznahen Ausland verwendungsfertigen

Dünger in die Schweiz. Zur Illustration liegt der Stellungnahme vom 19. Dezember 2007 eine Übersicht der Düngerhändler in Lastwagendistanz (Beilage 8 der Ergänzung vom 19. Dezember 2007) bei.

141. Gemäss Stellungnahme werden die Rohstoffe zur Herstellung von Pflanzennahrung, insbesondere von verwendungsfertigen Düngern, im Ausland eingekauft. In der Schweiz würden mit Ausnahme von 60'000 Tonnen Stickstoff, welcher als Abfallprodukt bei Lonza anfällt, keine Rohstoffe für die Düngerherstellung hergestellt oder abgebaut. fenaco sei im internationalen Handel von Rohstoffen beteiligt, um damit den Bedarf für die schweizerischen Landwirte sicherzustellen. Zu diesem Zweck kaufe fenaco Phosphatlieferungen im Ausland, zweige einen Teil für den Schweizer Markt ab und verkaufe den übrig bleibenden (grösseren) Teil wiederum auf ausländischen Märkten. Damit sei die Handelstätigkeit mit Rohstoffen grenzüberschreitend.

142. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben geht es nicht um den Handel mit Rohstoffen zur Herstellung von Dünger. Es geht um den Handel von verwendungsfertigem Dünger. Folglich belegt die grenzüberschreitende Handelstätigkeit mit Rohstoffen zur Herstellung von Dünger keinen internationalen Markt für den Handel mit Dünger.

143. Verwendungsfertiger Dünger hingegen werde gemäss Stellungnahme zum einen Teil in der Schweiz aus importierten Rohstoffen abgemischt und vertrieben. Allerdings reichten die in der Schweiz hergestellten Dünger nicht für die Versorgung des ganzen Marktes aus. Deshalb werde zusätzlicher verwendungsfertiger Dünger importiert. Solche Importe würden sowohl von Grosshändlern als auch von Landwirten durchgeführt. Nach Schätzung der Stellungnahme betragen die von Dritten (auch Landwirtschaftsbetriebe) organisierten Importe von Dünger 5'000 bis 10'000 Tonnen im Jahr 2006.

144. Auf Antrag der Parteien erfragte die Wettbewerbsbehörde die entsprechenden Zollstatistiken bei der Oberzolldirektion. Die Oberzolldirektion lieferte die Aussenhandelsstatistiken für die folgenden Waren:

- Tarifnummer 3101.0000: Düngemittel, tierischer oder pflanzlicher Herkunft;
- Tarifnummer 3102: Stickstoffdüngemittel;
- Tarifnummer 3103: Phosphatdüngemittel;
- Tarifnummer 3104: Kalidüngemittel;
- Tarifnummer 3105: Düngemittel, mineralisch oder chemisch.

145. Allerdings hat die Aussenhandelsstatistik keine Aussagekraft zur räumlichen Marktabgrenzung. Erstens sagt die Aussenhandelsstatistik nicht aus, wie hoch der Anteil der in der schweizerischen Landwirtschaft verbrauchten Dünger am Total der importierten Düngemittel ist. Zweitens geht aus der Aussenhandelsstatistik nicht hervor, welcher Anteil der importierten Düngemittel auf Unternehmen mit Vertriebsorganisationen in der Schweiz entfällt. Drittens entsprechen die verwendungsfertigen Düngemittel nicht den importierten Düngemittel. Wie die Stellungnahme beschreibt, wird verwendungsfertiger Dünger in der Schweiz aus importierten Rohstof-

fen abgemischt und vertrieben. Aber die in der Schweiz zu verwendungsfertigen Dünger abgemischten Rohstoffen reichten nicht für die Versorgung des ganzen Marktes aus. Zusätzlicher verwendungsfertiger Dünger werde importiert. Diese Unterscheidung erfolgt in der Aussenhandelsstatistik nicht. Aus der Aussenhandelsstatistik ist nicht ersichtlich, wie hoch der Anteil der Düngerrohstoffe und wie hoch der Anteil der verwendungsfertigen Dünger ist.

146. Neben der Oberzolldirektion fragte die Wettbewerbsbehörde den Schweizerischen Bauernverband (SBV) für Angaben zum Import von Düngemittel an. Der SBV verfügt auch über Angaben zur Menge der verfügbaren Handelsdünger in der Schweiz. Für den SBV umfassen die verfügbaren Handelsdünger die in der Landwirtschaft gehandelten Dünger wie Mineraldünger, Klärschlamm, Kompost und übrige Dünger. Als Menge des verfügbaren Handelsdüngers in der schweizerischen Landwirtschaft verwendet der SBV den Stickstoff-, den Phosphor und den Kaligehalt. Der Stickstoffgehalt in den ausgebrachten Düngermengen beträgt im Jahr 2006 ungefähr 56'000 Tonnen. Ungefähr 17'000 Tonnen beträgt der Phosphorgehalt. Der Kaligehalt schliesslich beträgt ungefähr 31'000 Tonnen. Diese Angaben stellen provisorische Werte dar. Ein Vergleich mit dem Vorjahr zeigt Änderungen zwischen -8 und 3%.

147. Die Daten des SBV zeigen, dass beim gehandelten Stickstoffdünger ungefähr 93% importiert sind. Beim Phosphordünger sind ungefähr 79% importiert. Von den Kalidünger macht der Importanteil ungefähr 87% aus. Allerdings lassen auch diese Zahlen keinen Schluss darauf zu, ob die Dünger direkt importiert werden oder von Unternehmen mit Vertriebsorganisationen in der Schweiz verkauft werden.

148. Gemäss Schätzung der Stellungnahme betragen im Jahr 2006 die von Dritten (auch Landwirtschaftsbetriebe) organisierten Düngerimporte 5'000 bis 10'000 Tonnen. Somit sind dies Dünger, welche nicht über Unternehmen mit Vertriebsorganisationen in der Schweiz eingeführt werden. Diese 5'000 bis 10'000 Tonnen unterteilt die Stellungnahme nicht in Stickstoff-, Phosphor- und Kaligehalt auf. Damit drängt sich für einen Vergleich dieser Drittimporte mit dem in der Schweiz verfügbaren Handelsdünger eine Summierung der Handelsdünger auf. Die Summe der in der Schweiz verfügbaren Handelsdünger beträgt ungefähr 103'000 Tonnen. Folglich betragen die Drittimporte, gemessen an der Summe der verfügbaren Handelsdünger, ungefähr zwischen 5 und 10%.

149. Infolge einer Änderung der Verordnung über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (Pflanzenschutzmittelverordnung, PSMV; SR 916.161) durch den Bundesrat können seit dem 1. Januar 2008 ebenfalls im Bereich patentgeschützter Pflanzennahrung Parallelimporte getätigt werden. Zur Gesetzesänderung siehe unten Rz. 189 ff.

150. Auch wenn Parallelimporte von patentgeschützten Düngemittel möglich sind, regeln Verordnungen deren Inverkehrbringen. Nach Art. 2 der Verordnung über das Inverkehrbringen von Düngern (Dünger-Verordnung, SR 916.171) besteht eine Zulassungspflicht: Dünger dürfen nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie zugelassen

sind und den entsprechenden Anforderungen genügen. Die Zulassung von Dünger erfolgt auf zwei Arten. Bei der ersten Art sind Dünger zum Inverkehrbringen zugelassen, wenn sie einem Düngertyp der Düngerliste entsprechen (Art. 7 Dünger-Verordnung). Die zweite Art ist die Zulassung aufgrund eines Bewilligungsverfahrens (Art. 10 ff. Dünger-Verordnung). Zudem dürfen nach Art. 22 Abs. 2 Dünger-Verordnung bewilligungspflichtige Dünger nur vom Bewilligungsinhaber eingeführt werden.

151. Aus diesen Gründen ist auch im Bereich Grosshandel mit Pflanzenschutzmittel von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

C.4.1.1.3.2 Räumliche Absatzmärkte

152. Marktgegenseite der Grosshändler von Tafelobst, Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln auf dem Absatzmarkt sind die Detailhändler. Es geht folglich um die Frage, wo letztere die hier relevanten Waren beziehen. Wie bereits erwähnt, bestehen im Bereich von Agrargütern Regelungen bezüglich der Einfuhr. Gestützt auf Art. 21 der Verordnung über die Verwertung sowie die Ein- und Ausfuhr von Kartoffeln (Kartoffelverordnung, SR 916.113.11) werden Zollkontingentsanteile für die Einfuhr von Saatkartoffeln sowie Speise- und Veredelungskartoffeln auf Grund einer Inlandleistung zugeteilt. Die Inlandleistung ist in Art. 22 der Kartoffelverordnung definiert. Ein Grosshandelsunternehmen, das z.B. einen Anteil von 7% der in der Schweiz geernteten Speisekartoffeln handelt, erhält im Fall einer Unterversorgung mit Schweizer Kartoffeln, ein Kontingent zur Einfuhr von ausländischen Kartoffeln, das dem Mengenanteil der in der Schweiz gehandelten Speisekartoffeln entspricht. Weil die Kartoffel-Grosshändler gleich viel Kartoffeln importieren dürfen, wie sie Schweizer Kartoffeln handeln, beeinflussen die Importe die Marktanteile nicht. Folglich ist trotz der in geringem Umfang getätigten Importe nicht von einem internationalen, sondern von einem nationalen räumlichen Beschaffungsmarkt auszugehen. Bei den Äpfeln wird das Zollkontingent nach Massgabe der Marktanteile zugeteilt, bei den Karotten, den Zwiebeln und den Birnen erfolgt die Zuteilung nach Massgabe der Einfuhren der Berechtigten zum Kontingentszollansatz (KZ) und zum Ausserkontingentszollansatz (AKZA) im Vorjahr (Art. 6 i.V.m. *Anhang 1* der Verordnung über die Ein- und Ausfuhr von Gemüse, Obst und Gartenbauerzeugnissen; SR 916.121.10). Die Marktordnung im Bereich der Agrargüter hat zur Folge, dass der Detailhandel primär in der Schweiz produzierte Agrargüter nachfragt und erst bei einer Unterversorgung auf ausländische Agrargüter ausweicht. Folglich ist von einem nationalen Markt für den Absatz von Tafelobst, Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln auszugehen.

153. Absatzseitige Marktgegenseite im Bereich der Pflanzennahrung Pflanzenschutzmittel und Saatkartoffeln sind die Landwirte. Diese würden die Produkte gemäss Meldung vermehrt auch bei Direktimporteuren in der Schweiz (Realchemie, Agro-direct) nachfragen. Durch deren Markteintritt sei sowohl für den Gross- als auch für den Detailhandel Konkurrenz entstanden. Es bestehen keine Hinweise darauf, dass die Landwirte auch im Ausland nachfragen.

154. Zu den Absatzmärkten von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln gibt die Meldung an, dass fenaco keine Pflanzenschutzmittel ins Ausland verkaufe. Damit sei der Absatzmarkt im Bereich Pflanzenschutzmittel national. Das andere landwirtschaftliche Produktionsmittel, Pflanzennahrung, liefert fenaco gemäss Meldung in erster Linie an die eigenen LANDI in der Schweiz. Eine gewisse Menge Pflanzennahrung werde auch an die unabhängigen LANDI, die anderen Genossenschaftsverbände (GVS, LV-St. Gallen) und weitere Detailhändler verkauft. fenaco und ihre Konkurrenten verkauften nur unbedeutende Mengen Dünger ins Ausland. Damit sei der Absatzmarkt im Bereich Pflanzennahrung auch national.

155. Dagegen räumt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 zum Bereich Pflanzennahrung ein, dass in Lastwagendistanz zur fenaco mehrere internationale Grossverteiler wie die Coopadou, Timac, Feuerstein, Beiselen, Baywa, RZW, RWA vorhanden seien. "Schon bisher lieferten verschiedene Händler aus dem grenznahen Ausland verwendungsfertigen Dünger in die Schweiz." Schliesslich hält die Stellungnahme fest, dass hinsichtlich der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte im Bereich Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung auf der Absatzseite von internationalen Märkten ausgegangen werden muss. Für den Bereich Pflanzennahrung verweist die Stellungnahme auf die Begründung in der Ergänzung vom 19. Dezember 2007. Die internationale Marktabgrenzung für Pflanzenschutzmittel auf der Absatzseite begründet die Stellungnahme mit dem Import von Pflanzenschutzmitteln durch Grosshändler und Landwirte. Zum Beweis verweist die Stellungnahme auf die entsprechenden Zollstatistiken, deren Beizug von der Oberzolldirektion in der Stellungnahme beantragt wird.

156. Grundsätzlich umfasst der räumliche Markt gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Bei der absatzseitigen Betrachtung begrenzt folglich das Gebiet den räumlichen Markt, in welchem die Marktgegenseite die entsprechenden Waren oder Leistungen nachfragt. Bei den entsprechenden Waren oder Leistungen handelt es sich vorliegend um die landwirtschaftlichen Hilfsstoffe Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung. Marktgegenseite können Landwirtschaftsbetriebe, landwirtschaftliche Genossenschaften, Detailhändler, Privathändler oder Endkunden sein (Meldung Abschnitt 4.6.3, 4.7.2, 4.8.2 und 4.8.5.2).

157. Konkret für diesen Fall bedeutet dies, in welchem Gebiet sich die Abnehmer von Pflanzenschutzmitteln und Pflanzennahrung befinden. Zu dieser Fragestellung bietet eine wie von der Stellungnahme angeforderte Importstatistik jedoch keine Antwort. Eine Importstatistik aus Sicht der Schweiz gibt an, wie viele landwirtschaftliche Hilfsstoffe die Schweiz importiert. Ob beispielsweise französische oder deutsche Landwirte landwirtschaftliche Hilfsstoffe aus der Schweiz beziehen, ist aus einer Importstatistik nicht ersichtlich. Auf diese Frage ist der Beizug von Exportstatistiken notwendig. Exportstatistiken geben an, ob schweizerische Grosshändler ausländische Abnehmer beliefern. Die Wettbewerbsbehörde erfragte bei der Oberzolldirektion auch die Exportstatistiken. Aber wie bereits auf der Beschaffungsseite darge-

legt, ist die Aussagekraft von Zollstatistiken zu gering. Die Zollstatistiken sind zu aggregiert. Wegen der zu hohen Aggregation der Daten ist nicht ersichtlich, wer die landwirtschaftlichen Hilfsstoffe im Ausland bezieht. Es ist nicht ersichtlich, ob ausländische Landwirte, ausländische Genossenschaften, ausländische Grosshändler oder schweizerische Unternehmen mit Vertriebsorganisationen vor Ort die landwirtschaftlichen Hilfsstoffe beziehen.

158. Für die Abnehmer von landwirtschaftlichen Hilfsstoffen sind die Verhältnisse in jedem Land unterschiedlich. Wie bereits bei der beschaffungsseitigen, räumlichen Marktabgrenzung aufgezeigt, ist die Zulassung von landwirtschaftlichen Hilfsstoffen nach wie vor weitgehend national geregelt. Die EU-Richtlinie über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (RL 91/414/EWG; ABl. L 230 vom 19. August 1991, S. 1-32) schafft einheitliche Vorschriften über die Voraussetzungen und die Verfahren für die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln in den EU-Mitgliedstaaten. Art. 3 der Richtlinie lautet: "Die Mitgliedstaaten schreiben vor, dass in ihrem Gebiet nur die Pflanzenschutzmittel in Verkehr gebracht und angewendet werden dürfen, die sich nach den Bestimmungen dieser Richtlinie zugelassen haben...". Das System beruht folglich nicht auf einer gegenseitigen Anerkennung der Zulassungen der einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auf einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Einfuhr von Pflanzenschutzmitteln einer Prüfung zu unterziehen, die den Anforderungen in der EU-Richtlinie entsprechen. In Umsetzung dieser Richtlinie haben die Mitgliedstaaten ihre Zulassungsverfahren an die Anforderungen der Richtlinie angepasst (vgl. z.B. die deutsche Verordnung über Pflanzenschutzmittel und Pflanzenschutzgeräte vom 28. Juli 2007, BGBl. I S. 734 oder das französische Décret n° 94-359 relatif au contrôle des produits phytopharmaceutiques vom 5. Mai 1994). Abgesehen von den Anforderungen in der Richtlinie unterscheiden sich die Zulassungsverfahren in den Mitgliedstaaten. Gemäss Dr. Bernhard Speiser vom Forschungsinstitut biologischen Landbau (FiBL) ist die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln nach wie vor weitgehend national geregelt und wird in den verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich gehandhabt (Dr. Bernhard Speiser, Ökologie & Landbau; 135, 3/2005). Folglich kann ein französischer Landwirt ein Pflanzenschutzmittel, welches in Deutschland oder in der Schweiz zugelassen ist, ohne Zulassung in Frankreich nicht verwenden. Bei den Düngemitteln ist für die Mitgliedstaaten der EU die EG-Verordnung über Düngemittel (Verordnung Nr. 2003/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über Düngemittel; ABl. L 304 vom 21. November 2003 S. 1 – 194) massgebend. Die Verordnung "legt insbesondere die Bestimmungen über das Inverkehrbringen von Düngemitteln fest, d.h. die Voraussetzungen für die Bezeichnung als EG-Düngemittel, aber auch Vorschriften über die Kennzeichnung und Verpackung. Damit vereinfacht die Europäische Union die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Harmonisierung des Düngemittelrechts der Mitgliedstaaten und fasst alle einschlägigen Bestimmungen in einem einzigen Text zusammen. Ziel ist es, den freien Verkehr mit diesen Erzeugnissen innerhalb der Europäischen Union sicherzustellen (<http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/l21278.htm>).". Jedoch erlauben nationale Zu-

lassungen den Herstellern von Hilfsstoffen die Entscheidung, welche Produkte sie in welchem Land registrieren wollen. Die Hersteller von Hilfsstoffen haben immer noch die Möglichkeit, die internationalen Absatzgebiete zu segmentieren.

159. Unterschiede zwischen den Ländern bestehen auch bei den Preisen für landwirtschaftliche Hilfsstoffe. Zum Vergleich der Preise für Hilfsstoffe zwischen der Schweiz und den EU-Nachbarländern Deutschland und Frankreich führte die Schweizerische Hochschule für Landwirtschaft SHL Zollikofen eine Studie durch. Diese Studie ist unter www.blw.admin.ch (Stand: 9. Januar 2008) in der Rubrik Dokumentation abrufbar. Gemäss der Studie sind landwirtschaftliche Hilfsstoffe in der Schweiz bedeutend teurer als in den EU-Nachbarländern. Düngemittel sind in den EU-Nachbarländern 9-52% billiger. Die EU-Preise für Pflanzenschutzmittel betragen im vorliegenden Vergleich im ungewogenen Mittel 75% der Schweizer Preise.

160. Weitere Unterschiede können in der Anwendung der Hilfsstoffe bestehen. Der Entscheid der EU-Kommission AstraZeneca/Novartis (COMP/M.1806 vom 26. Juli 2000, L 110/1) hält fest, dass klimatische Bedingungen die Anwendung von Pflanzenschutzmittel beeinflussen. Unterschiedliche klimatische Bedingungen und unterschiedliche Bodenbeschaffenheit führen auch zur Anwendung unterschiedlicher Hilfsstoffe. Zudem geben jeweils nationale Forschungsanstalten Empfehlungen für den Gebrauch von Hilfsstoffen ab. Diese Empfehlungen beeinflussen hauptsächlich die Anwendung von Hilfsstoffen im entsprechenden Land. Aus diesen Gründen unterscheiden sich die Anwendung der Hilfsstoffe und die verwendeten Hilfsstoffe von Land zu Land.

161. Folglich muss im Bereich der landwirtschaftlichen Hilfsstoffe absatzseitig von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, der die Schweiz umfasst.

C.4.1.2. Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

162. 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.

163. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a und b KG kann die Wettbewerbskommission einen Zusammenschluss untersagen oder Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

164. Im Nachgang zu den Bundesgerichtsentscheiden i.S. Swissgrid (RPW 2007/2 324) und BZ/20 Minuten

(RPW 2007/2 331) stellt sich die Frage der Auslegung dieser Bestimmung. Zur Diskussion steht insbesondere, ob dem Terminus "durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann" eigenständige Bedeutung zukommt oder ob die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs der Marktbeherrschung immanent ist.

165. Die Botschaft zum Kartellgesetz hält fest: Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG "genügt nicht für die Genehmigungsverweigerung, sie muss überdies die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen". Diese Formulierung zwingt gemäss Botschaft zum Kartellgesetz zu einer dynamischen Betrachtungsweise, da aus statischer Sicht die Marktbeherrschung die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb impliziert. Das für die Schweizerische Fusionskontrolle vorgeschlagene Kriterium der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entspreche der Absicht, Fusionen nur im Falle einer extrem hohen Konzentration auf dem betreffenden Markt nicht zu genehmigen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; BBl. 1995 I S. 468 ff.; S. 583 f.).

166. Die Botschaft zum Kartellgesetz geht bei wirksamem Wettbewerb von einem Wettbewerbsverständnis aus, das in enger Anlehnung an die moderne Markt und Wettbewerbstheorie, keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist. "Wettbewerb ist in dieser Sicht ein vielgestaltiger, dynamischer Prozess, und Wettbewerbspolitik hat (hauptsächlich) sicherzustellen, dass die vom Wettbewerb allgemein erwarteten statischen und dynamischen Funktionen ausreichend erfüllt, das heisst nicht durch private Wettbewerbsbeschränkungen (und auch dysfunktionale staatliche Regulierungen) grundlegend beeinträchtigt werden. Wirksamer Wettbewerb soll m.a.W. die in einem Markt handelnden Unternehmen, immer wieder zwingen oder doch anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Sind diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so kann der Wettbewerb als "wirksam" bezeichnet werden (Botschaft KG; S. 512; S. 583)."

167. Für eine erhebliche Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs braucht ein Unternehmen keine Monopolstellung; das Unternehmen braucht in einem Markt nicht das einzige zu sein. Es genügt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Insbesondere hat ein marktbeherrschendes Unternehmen auch dann die Möglichkeit, die zentralen Funktionen des Wettbewerbs erheblich zu hemmen, wenn andere Unternehmen im Markt sind. Selbst bei einem Restwettbewerb hat ein marktbeherrschendes Unternehmen die Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Zur erheblichen Störung der zentralen Funktionen des Wettbewerbs bedarf es keiner gänzlichen Beseitigung von Wettbewerb. In anderen Worten: Für die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs muss der Wettbewerb nicht vollständig ausgeschaltet werden.

168. Dass eine Monopolsituation keine notwendige Bedingung für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist, stellt auch die Europäische Kommission in ihrer EG-

Fusionskontrollverordnung fest (Erwägungsgrund 25, Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen): In Anbetracht der Auswirkungen, die Zusammenschlüsse in oligopolistischen Marktstrukturen haben können, ist die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs in solchen Märkten umso mehr geboten.

169. Die Wettbewerbskommission ist zusammen mit einem Teil der Lehre der Auffassung, dass eine marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt in der Regel zur Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt führt (vgl. PHILIPPE M. REICH, Baker&McKenzie, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 10 N 25, JÜRIG BORER, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 10 N 17; PATRIK DUCREY, Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 293 f.). Bei einer zweistufigen Prüfung, bei der zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung und anschliessend die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geprüft wird, würden dieselben Kriterien zweimal geprüft: Sowohl für die Frage der Marktbeherrschung als auch für jene der möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist auf "die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz des Marktes unter Berücksichtigung des tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbs, der Ein- und Austrittsbedingungen und der Mobilitätsbarrieren" abzustellen (PATRIK DUCREY, SIWR, S. 293 m.V.a. Thomas von Ballmoos, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe? AJP 1999 295 und ROLF WATTER/URS LEHMANN, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, AJP 1996 855). Dennoch wird vorliegend - um den Anforderungen des Bundesgerichts (Bundesgericht i.S. Swissgrid, RPW 2007/2 324 und BZ/20 Minuten, RPW 2007/2 331) gerecht zu werden - ein zweistufiges Verfahren angewendet: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob durch das Zusammenschlussvorhaben auf einem der betroffenen Märkte eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussunternehmen begründet oder verstärkt wird. Für den Fall, dass der Zusammenschluss auf einem bestimmten Markt eine Marktbeherrschung begründet oder verstärkt, wird in einem zweiten Schritt im Sinne einer Kontrolle überprüft, ob die marktbeherrschende Stellung den Zusammenschlussunternehmen die Möglichkeit eröffnet, wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt aktiv zu beseitigen bzw. ob der Zusammenschluss zu einer so starken Beeinträchtigung der Struktur führt, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann einerseits eine Handlungsmöglichkeit der Zusammenschlussunternehmen sein, andererseits aber auch eine Ereignismöglichkeit in dem Sinn, dass der Zusammenschluss sich dermassen auf die Wettbewerbsstruktur auswirkt, dass der Wettbewerb nicht mehr spielt ohne, dass diese Entwicklung von den Zusammenschlussunternehmen beabsichtigt ist.

C.4.1.2.1. Vorbemerkung

170. In der Meldung vom 1. Oktober 2007 wird darauf hingewiesen, dass die Agrarhändler selbst kaum Importe tätigen, sondern nur der Detailhandel und die Industrie.

Zwischen den Agrarhändlern würden kaum Produkte ausgetauscht. Zu dieser Angabe befragte das Sekretariat die swisspatat für den Bereich der Speise- und Veredelungskartoffeln. Unter www.swisspatat.ch beschreibt sich swisspatat als Branchenorganisation, welche die Diskussionsplattform der gesamten Kartoffelwirtschaft darstellt. Gemäss den Zahlen von swisspatat machen die im Inland produzierten Speise- und Veredelungskartoffeln ungefähr 95% des gesamten schweizerischen Handelsvolumens aus. Folglich sind ungefähr 5% der in der Schweiz gehandelten Speise- und Veredelungskartoffeln importiert. Der Anteil an importierten Kartoffeln variiert wegen saisonalen Schwankungen in der Produktion. Aber der Anteil importierter Kartoffeln bleibt unter 10%. Dementsprechend beträgt in der Schweiz der Selbstversorgungsgrad bei der Kartoffel mehr als 90 Prozent (www.landwirtschaft.ch, Stand 21. Februar 2008).

171. Weil die Agrarhändler kaum Importe tätigen, seien folglich die Marktanteile auf dem Beschaffungs- und dem Absatzmarkt gemäss Meldung im Wesentlichen gleich. Mit anderen Worten folgt aus der Tatsache, dass die Schweizer Agrarhändler die zu handelnden Erntegüter fast ausschliesslich bei Schweizer Landwirten beziehen und diese wiederum fast zu 100% an Absatzkanäle wie den Detailhandel in der Schweiz weitergeben, die Annahme, dass die Höhe der Marktanteile der Agrarhändler auf den Märkten für die Beschaffung der Agrargüter der Höhe ihrer Marktanteile auf den Märkten für den Absatz dieser Agrargüter entsprechen. Deshalb wird in nachfolgender Analyse der sachlich und räumlich relevanten Märkte jeweils auf eine separate Darstellung der Beschaffungs- und Absatzseite verzichtet.

172. Abschnitt 4.2.1 der Stellungnahme widerspricht einer gemeinsamen Darstellung von Beschaffungs- und Absatzseite. Gegen eine gemeinsame Darstellung würden folgende zwei Argumente sprechen. Das erste Argument ist die Vernachlässigung der Doppelrolle von verarbeitenden Betrieben. "Dem Absatzmarkt der Grosshändler entspricht einerseits der Beschaffungsmarkt der Detailhändler und der Gastrobetriebe, andererseits auch der Beschaffungsmarkt der verarbeitenden Betriebe, wobei diese den Grosshändlern diesmal nicht als Konkurrenten, sondern als Kunden gegenüberstehen." Eine gemeinsame Betrachtung der Beschaffungs- und Absatzseite vernachlässigte diese Doppelrolle der verarbeitenden Betriebe.

173. Als zweites Argument gibt die Stellungnahme die Ausblendung der Konkurrenzsituation auf der Absatzseite zwischen Grosshändler und verarbeitende Betriebe an. Grosshändler konkurrierten sich mit den verarbeitenden Betriebe, "wo es um die Lieferung substituierbarer Güter" an Detailhändler und Gastrobetriebe ginge. Beispielsweise seien gewürfelte Frischkartoffeln von einem Grosshändler teilweise mit Pommes Frites von einem verarbeitenden Betrieb substituierbar. Solche Konstellationen blendete eine gemeinsame Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite aus.

174. Damit würden sich wesentlich Faktoren wie beispielsweise die Marktpartner, die Marktsituation, die Verhandlungsmacht, die Umsätze und die Alternativen der Marktgegenseite auf der Beschaffungs- und Absatz-

seite unterscheiden. Deshalb könnten diese beiden Seiten nicht gemeinsam analysiert werden. Die Erkenntnisse, welche für eine Seite zutreffen, könnten nicht auf die andere Seite übertragen werden.

175. Grundsätzlich bedeutet nach Auffassung der Wettbewerbskommission jedoch eine gemeinsame Analyse von Beschaffungs- und Absatzseite nicht, dass Erkenntnisse für eine Seite automatisch auf die andere Seite übertragen werden. Eine gemeinsame Analyse ist nicht die Betrachtung der Beschaffungsseite stellvertretend für beide Seiten oder vice versa. Deshalb gehen durch eine gemeinsame Betrachtung keine Doppelrollen oder Konstellationen verloren.

176. Das erste Argument der Stellungnahme ist die Vernachlässigung der Doppelrolle von verarbeitenden Betrieben. Eine gemeinsame Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite vernachlässigte diese Doppelrolle. Anhand der Schilderungen in der Stellungnahme entsteht die Doppelrolle von verarbeitenden Betrieben durch deren Bezug von Kartoffeln über zwei Kanäle. Einerseits beziehen die verarbeitenden Betriebe die Kartoffeln direkt bei den Produzenten. Dies ist die Rolle der verarbeitenden Betriebe als Konkurrenz bei der Beschaffung von Kartoffeln. Andererseits beziehen die verarbeitenden Betriebe die Kartoffeln bei den Grosshändlern. Dies ist die Rolle der verarbeitenden Betriebe als Abnehmerin. Aber bei einer gesonderten Betrachtung trennt die Sichtweise in diese zwei Rollen auf. Eine getrennte Betrachtung der Beschaffungsseite berücksichtigt die verarbeitenden Betriebe nur als Konkurrenz. Auf der Absatzseite berücksichtigt die getrennte Betrachtung die verarbeitenden Betriebe nur als Abnehmer. Dies ist eine Auftrennung der Doppelrolle der verarbeitenden Betriebe in die zwei Elemente Konkurrenzunternehmen und Abnehmer. Folglich vernachlässigt eine getrennte Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite die Doppelrolle der verarbeitenden Betriebe. Im Gegensatz dazu kann gerade eine gemeinsame Betrachtung der Beschaffungs- und Absatzseite eine Doppelrolle von verarbeitenden Betrieben miteinbeziehen.

177. Das zweite Argument ist die Ausblendung der Konkurrenzsituation zwischen Grosshändlern und verarbeitenden Betrieben, "wo es um die Lieferung substituierbarer Güter" an Detailhändler und Gastrobetriebe geht. Als Beispiel nennt die Stellungnahme die Substitutionsmöglichkeiten von gewürfelten Frischkartoffeln eines Grosshändlers und Pommes Frites eines verarbeitenden Betriebs. Abgesehen von der Form, handelt es sich bei Pommes Frites von verarbeitenden Betrieben um veredelte Produkte. Die Bischofszell Nahrungsmittel AG beispielsweise beschreibt das Herstellungsverfahren ihrer Produkte folgendermassen (www.bina.ch, Stand 21. Februar 2008). Grundsätzlich entzieht die Bischofszell Nahrungsmittel AG ihren Produkten Wasser, um diese haltbar zu machen. Die Produkte stellt die Bischofszell Nahrungsmittel AG bei Temperaturen von 5° Celsius her. Das anschliessende Abpacken erfolgt unter strengsten Reinraumbedingungen. Dabei werden aus der Umgebungsluft alle Partikel herausgefiltert, die grösser als 5 Mikrometer sind. Mit der Sterilisierung durch Hitzebehandlung der Produkte in einem verschlossenen Behälter werden bei Temperaturen von über 100 bis 121°C die kleinsten Verderbniserreger abgetötet. Somit

stellen Pommes Frites oder andere Produkte von verarbeitenden Betrieben veredelte Produkte dar. Das Angebot von veredelten Kartoffelprodukten gehört nicht zum sachlich relevanten Markt des Grosshandels mit Speise- und Veredelungskartoffeln. Selbst bei einer rein absatzseitigen Betrachtung des Handels mit Speise- und Veredelungskartoffeln gehören veredelte Kartoffelprodukte nicht zum sachlich relevanten Markt.

178. Zudem entfällt durch eine gemeinsame Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite keine Konkurrenzsituation zwischen Grosshändlern und verarbeitenden Betrieben, sofern diese vorhanden ist. Auch die gemeinsame Betrachtung kann die Konkurrenzsituation auf der Absatzseite analysieren.

179. Aus all diesen Gründen besteht keine Gefahr der Ausblendung oder Vernachlässigung wie von der Stellungnahme beschrieben. Deshalb ist eine gemeinsame Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite durchführbar. Durch eine gemeinsame Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzseite tritt an die Stelle von getrennten Darstellungen eine gemeinsame Darstellung von Beschaffungs- und Absatzseite. Diese gemeinsame Darstellung erfolgt durch eine Darstellung eines Marktes für den Grosshandel für die entsprechenden Bereiche. Ein Grosshändler kauft bei Herstellern oder anderen Lieferanten bestimmte Güter. Diese Güter verkauft ein Grosshändler an andere Grosshändler, Wiederverkäufer, Weiterverarbeiter und andere Institutionen wie beispielsweise Kantinen oder Vereine.

180. Damit stellt die Beurteilung der voraussichtlichen Stellung der Zusammenschlussunternehmen auf den betroffenen Märkten grundsätzlich auf den Grosshandel ab. Für die Bereiche Pflanzenschutzmittel und Pflanzenernährung erfolgt zusätzlich zum Grosshandel ausnahmsweise auch eine Beurteilung des Detailhandels.

181. Diese Vorgehensweise der Zusammenfassung von Beschaffungs- und Absatzseite durch einen Grosshandel gilt aber nur für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zwischen fenaco und Steffen-Ris. In anderen Fällen kann eine separate Betrachtung von Beschaffungs- und Absatzmärkten notwendig sein.

C.4.1.2.2. Aktuelle Situation und Entwicklungen im Agrarbereich

C.4.1.2.2.1 Einschätzung der Parteien

182. In der Meldung vom 1. Oktober 2007 wird ein Überblick über die Umstände, die zum Zusammenschluss geführt haben, gewährt. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass in der Schweiz traditionell viel Obst und Gemüse angebaut werde. Seit einigen Jahren stehe die gesamte Agrar- und Nahrungsmittelindustrie in einem zunehmend schärferen Preiswettbewerb. Gründe dafür seien u.a. die Veränderungen der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen. In der Meldung wird vorgebracht, die Agrarreform 2011, bilaterale Agrarabkommen mit der EU sowie Zollsenkungen aufgrund der Uruguay-Runde der WTO würden die Liberalisierung des Agrarmarkts europa- und weltweit fortführen und ein kompetitives Umfeld mit sich bringen. Auf der Nachfrageseite würden verstärkt günstige Preise gefordert. Die zunehmende Agrarmarkliberalisierung werde zu Kooperationen der Agrarhandelsunternehmen führen, wobei diese überwie-

gend mit Grosshändlern aus der EU erfolgen würden⁴. Folge der Agrarmarkliberalisierung sei aber auch, dass sich Produzenten zunehmend auf den Direktverkauf konzentrieren würden. Der Zusammenschluss fenaco / Steffen-Ris sei Folge dieser Entwicklung und des verstärkten Wettbewerbs und ermögliche den beteiligten Unternehmen wettbewerbsfähig zu bleiben. Es wird argumentiert, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diene der Effizienzsteigerung, weil u.a. Abpackbetriebe und Lagerkapazitäten sowie die Logistik zusammengelegt werden könnten.

C.4.1.2.2.2 Botschaft zur Agrarpolitik

183. In der Botschaft zur Agrarpolitik 2011 hat der Bundesrat die Ziele für die schweizerische Landwirtschaft definiert. Mit der Agrarpolitik 2011 (AP 2011) soll u.a. die Wettbewerbsfähigkeit der Landwirtschaft und – soweit als möglich – auch der vor- und nachgelagerten Bereiche weiter verbessert werden. Diese Verbesserung schaffe volkswirtschaftlichen Nutzen und reduziere die Verletzlichkeit der Landwirtschaft durch weitere Liberalisierungsschritte. Dies soll einerseits über die Senkung der Produktionskosten erreicht werden, indem das bestehende Potenzial zur Steigerung der Produktivität eingesetzt werde (effizienterer Einsatz der Produktionsfaktoren). Andererseits sollen die Potenziale für die Verbesserung der Wertschöpfung der landwirtschaftlichen Produkte sowie die sich neu eröffnenden Chancen bei der Vermarktung von landwirtschaftsnahen Dienstleistungen genutzt werden⁵.

184. Als besondere Herausforderungen werden in der Botschaft die Preise und die Handelspolitik genannt: Aufgrund der Preisstützungsmassnahmen des Bundes und des Grenzschutzes sei der Preisunterschied im internationalen Vergleich immer noch hoch. Mittelfristig sei nicht damit zu rechnen, dass ein Anstieg der internationalen Preise diese Preisdifferenz zum Verschwinden bringe. Das Schweizer Preisniveau werde daher auch künftig in erster Linie von der Höhe der Zölle abhängen. Eine Reduktion des Grenzschutzes aufgrund internationaler Verpflichtungen, von Freihandelsabkommen mit Drittstaaten oder autonomer Gründe, würde die Landwirtschaft und auch die vor- und nachgelagerten Stufen stark treffen. Insbesondere, wenn die Preise wegen des Zollabbaus schneller sinken würden, als sich die Produktionsstrukturen und -kosten anpassen können, bestehe die Gefahr, dass die Produktion einbreche und es u.a. zu Engpässen in Bezug auf die nachgelagerten Stufen komme. Damit die Schweizer Landwirtschaft ihre Marktanteile in einem zunehmend liberalisierten Agrarmarkt halten könne, sei sie auch auf die Anstrengungen von Verarbeitung und Handel angewiesen. Diese müssten ihre Effizienz ebenfalls steigern, damit Produkte aus Schweizer Rohstoffen auf Konsumentenstufe künftig mit ausländischer Ware konkurrieren können⁶.

⁴ In der Meldung wird auf den Forschungsbericht „Auswirkungen eines Agrarfreihandelsabkommens CH-EU auf die Produktion von Tafeläpfeln, Lagerkarotten und Rispentomaten in der Schweiz, Uni St. Gallen, 2007, S. 13 verwiesen.

⁵ Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011), S. 58.

⁶ Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2011), S. 35.

185. Gemäss Rz. 159 der Stellungnahme entspricht die "Aussage, dass es keine Hinweise gebe, dass ein Anstieg der internationalen Preise die Preisdifferenz zwischen dem Schweizer Agrarmarkt und dem internationalen Handel kleiner lassen würde" nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten. Die Welthandelspreise für Agrargüter seien stark am steigen und es werde damit gerechnet, dass der Höhepunkt noch für längere Zeit nicht erreicht sei. Die Welthandelspreise für Getreide z.B. seien im September 2007 zum ersten Mal höher gewesen als die Preise auf dem Schweizer Markt.

186. Die Aussagen zu den Preisdifferenzen stammen vorliegend aus der Botschaft zur AP 2011 und enthalten keine Wertungen durch die Wettbewerbskommission. Auch wenn die Preisdifferenz der Schweizer Märkte zu den ausländischen Märkten kleiner wird, ist insofern, als der Grenzschutz nicht abgebaut wird, nicht mit vermehrter ausländischer Konkurrenz zu rechnen. Im Vordergrund der vorliegenden Beurteilung steht die Frage der Marktöffnung, denn solange diese nicht gegeben ist bringen auch kleinere Preisdifferenzen nichts.

187. Im Bereich der Kartoffel wird darauf verwiesen, dass die Inlandproduktion und die Lagerhaltung an marktfähigen Kartoffeln in der Regel nicht ausreiche, um den Inlandbedarf zu decken. Aktuell würden ausserhalb der Kontingente hohe Zollansätze und ein Importkontingent von 22 250 Tonnen Kartoffeln bestehen, die zu einem geringeren Zolltarif eingeführt werden könnten. Insofern als Kartoffeln aufgrund der Qualität oder mangels Nachfrage im Nahrungsmittelbereich keinen Absatz finden, könnten sie nach der Qualitätskontrolle mit Beiträgen verwertet werden. Finanziell gefördert würden die beschränkte Lagerhaltung von Speisekartoffeln, die Frischverfütterung von deklassierten Kartoffeln, die Trocknung von Kartoffeln zu Futterzwecken und die Ausfuhr von Saatkartoffeln und Kartoffelprodukten. In den vergangenen Jahren seien rund ein Drittel der Kartoffeln zu Futterzwecken verwendet worden. Der Bund bezahle den beauftragten Organisationen swisspatat bzw. swisssem im Rahmen von Leistungsvereinbarungen jährlich Pauschalbeiträge. Die Organisationen würden die Beitragssätze für die einzelnen Massnahmen bestimmen. Im Jahr 2005 seien 15,8 Millionen Franken für die Verwertung von Kartoffeln und 2,3 Millionen Franken für die Verwertung von Saatkartoffeln aufgewendet worden. Die Beiträge von 0,4 Millionen Franken für die Ausfuhr von Kartoffelprodukten habe das Bundesamt selber administriert. Der im internationalen Vergleich hohe Anteil der Produktion, der zu Futterzwecken verwendet werde, deute auf eine suboptimale Allokation von Bundesmitteln und Produktionsfaktoren hin.

188. Das Konzept der AP 2011 sieht eine Aufhebung der Marktstützen für Kartoffeln vor. Dadurch werde die unwirtschaftliche Produktion von Kartoffeln zur Verfütterung nicht mehr unterstützt. Auf Gesetzesebene soll die Auszahlung von Marktstützungsgeldern an Verwertungsbetriebe gestrichen werden. Mit dieser Massnahme werde Transparenz bezüglich der Verwendung der Mittel geschaffen, die Stützung wenig rentabler Verwertung beseitigt, der Wettbewerb in der Verwertung gefördert und der Anreiz zur marktgerechten Produktion erhöht. Neu sollen zudem auch das Zollkontingent für Kartoffelprodukte sowie das Zollkontingent für Kartoffeln verstei-

gert werden. Mit dem Übergang zur Versteigerung und der Abschöpfung der Kontingentsrente entstehe für den Handel ein Anreiz, mehr inländische Ware einzulagern. Damit solle sich der Umfang vorübergehender Erhöhungen der Kontingente reduzieren lassen, was den Absatz inländischer Kartoffeln verbessere. Mit Einführung der Versteigerung intensiviere sich zudem der Wettbewerb unter den Importeuren, da mit dem heutigen Inlandleistungsprinzip der Kreis der Importberechtigten eingeschränkt sei. Neu sei es allen Marktteilnehmern möglich, direkt Zollkontingente zu erwerben. Dies weiche feste Strukturen auf und bringe die Margen der nachgelagerten Stufen der Kartoffelwirtschaft unter Druck. Davon dürften insgesamt sowohl Produzenten als auch Konsumenten profitieren.

189. Der Bundesrat hat am 21. November 2007 die Pflanzenschutzmittelverordnung so geändert, dass künftig auch patentgeschützte Produkte auf die Liste frei einführbarer Pflanzenschutzmittel aufgenommen werden können, insofern, als sie im Ausland mit der Zustimmung des Patentinhabers in Verkehr gebracht worden sind. Damit sind alle Bedingungen erfüllt, dass Parallelimporte von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln möglich werden. Die entsprechende Bestimmung im Landwirtschaftsgesetz hat der Bundesrat auf 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt.

190. Zu den landwirtschaftlichen Produktionsmitteln gehören auch Dünger, Saatgut und Futtermittel. Damit werden ab 1. Januar 2008 ebenfalls im Bereich patentgeschützter Pflanzennahrung Parallelimporte möglich. Diese Neuerung wird sich auf dem Markt für Pflanzennahrung allerdings kaum spürbar auswirken. Dies weil bei der Pflanzennahrung wenige Produkte Patentschutz geniessen und Parallelimporte daher ohnehin zulässig sind.

191. Die Möglichkeit von Parallelimporten von Pflanzenschutzmitteln ändert die Beurteilung für diesen Bereich wie sie in der vorläufigen Prüfung vorgenommen wurde: Schweizerische Betriebe können im Ausland produzierte Pflanzenschutzmittel importieren, ohne dass ein Schweizer Patentinhaber gestützt auf sein Patentrecht den Import unterbinden kann. Dieser Parallelimport erfolgt unter Umgehung der Vertriebsnetze, welche die Hersteller der Pflanzenschutzmittel in der Schweiz führen. Folglich fällt mit der Einführung von Parallelimporten eine Importbeschränkung für patentgeschützte Pflanzenschutzmittel.

C.4.1.2.2.3 Freihandelsabkommen im Agrar- und Lebensmittelbereich (FHAL) mit der EU

192. Ein Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU im Agrar- und Lebensmittelbereich (FHAL) ermöglicht eine Öffnung des Schweizerischen Agrarbereiches. Im Jahr 2006 gab der Bundesrat Abklärungen über ein FHAL zwischen der Schweiz und der EU in Auftrag. Von den vorläufigen Ergebnissen der Abklärung über Machbarkeit und Auswirkungen eines FHAL Schweiz-EU im Agrar- und Lebensmittelbereich nahm der Bundesrat im September 2007 Kenntnis.

193. In einer Medienmitteilung informiert das Bundesamt für Landwirtschaft BLW im September 2007 über das

weitere Vorgehen für ein FHAL Schweiz-EU (www.blw.admin.ch, Stand: 8. Januar 2007). In Bezug auf das weitere Vorgehen hat der Bundesrat beschlossen, die Exploration der Eckwerte eines Freihandelsabkommens im Agrar- und Lebensmittelbereich mit der EU zu Ende zu führen und dessen Auswirkungen auf den Bundeshaushalt genauer abzuklären. Der Bundesrat erwartet Bericht über die weiteren Abklärungen.

194. Zum FHAL Schweiz-EU liegen der Wettbewerbskommission eine Einschätzung des BLW und eine Einschätzung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vor. Gemäss BLW verfolgt das FHAL einen breiten Ansatz. Dieser Ansatz schliesst neben der Landwirtschaft auch die vor- und nachgelagerten Stufen ein. Neben den tarifären sollen auch weitgehend alle nicht-tarifären Handelshemmnisse beseitigt werden. Dieselbe Meinung vertritt das SECO: "L'objectif d'un ALEA est de libéraliser l'ensemble de la chaîne alimentaire, c'est-à-dire non seulement le secteur agricole, mais également les secteurs en amont (intrants nécessaires pour la production agricole) et en aval (industrie de transformation)."

195. Durch ein FHAL erwartet das BLW einen verstärkten Wettbewerbsdruck entlang der ganzen Lebensmittelkette. Denn mit dem FHAL soll der Agrar- wie auch der Lebensmittelbereich gegenüber der EU vollständig geöffnet werden. Auch das SECO erwartet einen gesteigerten Wettbewerb in den betroffenen Bereichen. Dazu gehören auch Bereiche wie beispielsweise Gemüse, Kartoffeln, Dünger oder Pflanzenschutzmittel.

196. Zum Zeitpunkt der Öffnung des Schweizerischen Agrarbereiches gibt das BLW an, dass es von einem Inkrafttreten des FHAL im Jahr 2012 und einer vollständigen Umsetzung im Jahr 2016 ausgeht. Ebenso nennt das SECO das Jahr 2012 für ein Inkrafttreten des FHAL, unter Voraussetzung der Annahme des Verhandlungsmandates im Jahr 2008 durch den Bundesrat. Somit erwartet auch das SECO eine vollständige Umsetzung des FHAL für das Jahr 2016.

197. In Rz. 160 der Stellungnahme wird kritisiert, bei der Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse werde in der vorläufigen Beurteilung das zeitliche Moment generell zu wenig beachtet. Zu Beginn werde darauf hingewiesen, dass ein FHAL in den Jahren 2012 bis 2016 Wirkung zeigen werde. In der Beurteilung werde von Auswirkungen ab eines FHAL ab 2016 ausgegangen, wenn es überhaupt zu einem solchen komme. Diese Darstellung gebe die Stellungnahme des BLW verzerrt wieder. Im Rahmen dieses Verfahrens müsse mit Auswirkungen des FHAL ab dem Jahr 2012 gerechnet werden.

198. Zunächst ist zu präzisieren, dass das BLW und das SECO, insofern als ein FHAL nicht verworfen wird, von einem Inkrafttreten desselben im Jahr 2012 ausgehen. Dessen vollständige Umsetzung erwarten beide Bundesämter aber erst für das Jahr 2016. Ein allfälliges FHAL Schweiz-EU ist vorliegend für die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz der Zusammenschlussunternehmen auf den betroffenen Märkten relevant. Im Rahmen der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz wird danach gefragt, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU). Der zu berücksichtigende Zeithorizont liegt folglich bei rund drei Jahren. Da ein

Inkrafttreten des FHAL erst in vier und dessen volle Umsetzung erst in acht Jahren erwartet wird, kann die allfällige Marköffnung vorliegend nicht in die Beurteilung einbezogen werden.

199. In der Stellungnahme wird im Zusammenhang mit der Wahrscheinlichkeit eines FHAL Schweiz-EU darauf verwiesen, dass der Bundesrat – ohne Auftrag des Parlaments - mit der EU in Verhandlungen getreten sei und ein FHAL von der EU begrüsst würde. Zu diesem Verweis ist anzumerken, dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zusammenschlusses fenaco / Steffen-Ris der Bundesrat noch nicht über ein Verhandlungsmandat entschieden hat.

200. Diese Feststellungen mögen zeigen, dass sowohl die Schweiz als auch die EU ein FHAL anstreben. Ein späteres Verwerfen des FHAL kann dadurch allerdings nicht ausgeschlossen werden. Beispielsweise geht das BLW in seiner Stellungnahme von der Möglichkeit aus, dass ein FHAL verworfen wird und es nur zu teilweisen Öffnungen des Agrarmarkts kommt.

201. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl Inkrafttreten als auch Umsetzung eines allfälligen FHAL zeitlich zu weit in der Zukunft liegen, als dass ein FHAL vorliegend in die Beurteilung der potenziellen Konkurrenz mit einbezogen werden könnte.

C.4.1.2.2.4 Einschätzung der befragten Konkurrenten

202. Im Rahmen einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG hat das Sekretariat an verschiedene, im Grosshandel mit einzelnen bzw. allen vorliegend relevanten Produkten tätigen Unternehmen, Fragebogen verschickt. Die Fragebogen enthalten folgende Rubriken: 1. Angabe zur Unternehmung; 2. Beschreibung der Aktivitäten; 3. Umsätze; 4. Marktanteile; 5. Synergien durch Zusammenschlüsse von Unternehmen, die mit Agrargütern handeln; 6. Marktzutritte; 7. Wirkung des Zusammenschlusses; 8. Zusätzliche Angaben. Unter diesen Rubriken wurden den Befragten in Bezug auf ihr eigenes Unternehmen und die Zusammenschlussunternehmen jeweils konkrete Fragen gestellt. Nachstehende Einschätzungen wurden dem Sekretariat einerseits im Rahmen der Beantwortung eines Fragebogens, andererseits aber auch durch die Zusendung von Eingaben mitgeteilt.

203. Die LV-St.Gallen Gemüsezentrale Rheintal (nachfolgend LV-St. Gallen) ist wie fenaco und Steffen Ris ebenfalls im Grosshandel mit Kartoffeln, Karotten und Zwiebeln tätig. Gemäss ihrer Einschätzung könnten sich durch den Zusammenschluss Synergiepotentiale ergeben, weil es zu einer Konzentration von bestimmten Packgrössen (z.B. Karotten 1kg, 2kg, 10kg, etc.) auf jeweils eine Packstation kommen könnte. Heute würden alle Packbetriebe alle Grössen und Aufmachungen packen. Weiter komme es zur Vereinigung von Know-how und könnten Logistiksynergien (z.B. Transport und EDV) ausgenutzt werden. Die LV-St.Gallen geht davon aus, dass ein grosser Händler bei einer Öffnung des Schweizer Agrarmarkts bessere Chancen habe, weil er grössere Volumen generieren könne, vermutlich Beziehungen zu ausländischen Produzenten und Händlern habe und für diese ein attraktiverer Partner sei.

204. Die Geiser agro.com ag handelt u.a. mit Tafelobst, mit Speisekartoffeln, mit Pflanzennahrung und Pflanzenschutzmittel. Gemäss ihren Angaben seien durch den Zusammenschluss auf allen Stufen Einsparungen möglich: Von der Anbauplanung über eine gemeinsame Lagerhaltung, durch Zusammenlegung von Packbetrieben über eine gemeinsame Logistik bis hin zur Zusammenlegung von Marketing und Verkauf. Daran, dass Firmen wie fenaco und Steffen Ris wie bis anhin weitergeführt würden, glaube im Markt niemand. Geiser agro.com weist allerdings darauf hin, dass dadurch die Wahlfreiheit der Produzenten eingeschränkt werde und es nicht im Interesse der Konsumenten liegen könne, dass schlussendlich nur noch ein Anbieter für inländische Produkte vorhanden sei. In Bezug auf ausländische Konkurrenz sagt Geiser agro.com, solange die Schweiz kein Agrarfreihandelsabkommen mit der EU habe und die Schutz-Zölle durch die WTO Doha Runde noch nicht gesenkt würden, habe kein ausländisches Agrarhandelsunternehmen Interesse, in die Schweiz zu kommen. In den vergangenen Jahren sei es nicht zu einer Niederlassung oder Beteiligung durch ein ausländisches Agrarhandelsunternehmen in der Schweiz gekommen. Solange die Schweiz ein geschützter Markt bleibe, werde sich nach der vergangenen Strukturbereinigung nichts mehr ändern. In Bezug auf die Wirkungen des Zusammenschlusses schreibt Geiser agro.com, fenaco habe bereits heute bei vielen Produkten eine marktbeherrschende Stellung. Durch die Übernahme von Steffen-Ris werde die Marktdominanz auf einige Produkte wie Speisekartoffeln, Industriekartoffeln, Saatkartoffeln, Tafelobst, Karotten, Dünge- und Pflanzenschutzmittel noch grösser. Bei einigen Produkten erreiche fenaco neu Marktanteile bis zu 70-80%. Dies gebe Anlass zu Bedenken. Geiser agro.com könnte bei einigen der erwähnten Produkte "an die Wand gespielt" werden und keinen Marktzugang mehr haben. Geiser agro.com bleibe die einzige namhafte Konkurrentin von fenaco. Sie weist auch auf eine Zunahme der Abhängigkeit von Konsumenten hin und darauf, dass keine Konkurrenzsituation mehr bestehen würde und Preisdiktate und Monopolisierung die Folge davon wären.

205. In der Stellungnahme weisen die Parteien darauf hin, dass bei der Würdigung der Stellungnahme von Geiser nicht übersehen werden dürfe, dass Steffen-Ris und Geiser im vergangenen Jahr Fusionsverhandlungen gehabt hätten, die an "unüberbrückbaren Differenzen bezüglich Organisation und Führung" gescheitert seien. In materieller Hinsicht machen die Parteien geltend, dass fenaco sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss nicht in der Lage ist, den Bezug von Speisekartoffeln durch Geiser zu verhindern. Die Parteien verweisen einerseits darauf, dass Migros im Rahmen von NEMIFRI entschieden hat, dass Geiser zu Lasten von fenaco ab 2008 eine wesentliche Mehrmenge Kartoffeln liefern kann. Andererseits wird geltend gemacht, Geiser sei innert kürzester Zeit in der Lage gewesen, durch Zusammenschlüsse kleinerer und mittlerer Unternehmen einen Marktanteil von 10-20% zu erreichen.

206. Die Alpfruits SA ist im Grosshandel mit Aprikosen, Pflaumen, Dörrpflaumen, Kirschen, Äpfeln und Birnen sowie mit Blumenkohl un Broccoli tätig. Gemäss ihren Angaben hat das Zusammenschlussvorhaben keinen

grossen Einfluss auf den Grosshandel mit Früchten. Im Bereich des Grosshandels mit Gemüsen, insbesondere mit Kartoffeln, Karotten und Zwiebeln würde der Zusammenschluss aber eine marktbeherrschende Stellung begründen, da dies Zusammenschlussunternehmen in diesen Bereichen über gemeinsame Marktanteile von 60-80% verfügen würden.

207. RealChemie, ein vorwiegend im Handel von Pflanzenschutzmittel, Dünger und Saatgut tätiges Agrarhandelsunternehmen, beschreibt die Situation folgendermassen: "Ständig gehen private Agrarhandelsbetriebe ein oder werden von fenaco übernommen (dieses Jahr z.B. Bongni, Galmiz und die Union-Fruits Saxon). Bekommt fenaco z.B. im Bereich von Pflanzenschutzmittel (Marktanteil schon heute 75%) noch einmal mehr Gewicht, lässt sich für uns z.B. die Lagerhaltung dieser Produkte kaum mehr finanzieren." Weiter wird in der Eingabe dieses Unternehmens darauf hingewiesen, dass die wenigen übriggebliebenen Konkurrenten von fenaco ihre Umsätze nur deshalb erhalten bzw. leicht ausdehnen konnten, weil ständig andere Betriebe ihre Tätigkeit einstellten. In einer ergänzenden Eingabe macht das Agrarhandelsunternehmen auf Restrukturierungen im Agrarhandel aufmerksam, die u.a. durch die Grossverteiler im Detailhandel ausgelöst worden sei. Die Rationalisierungsprogramme Coop Forte und NEMIFRI würden vordergründig zu einer Kostenreduktion für die Grossverteiler führen, hintergründig führten sie jedoch auch zu einer Reduktion von Lieferanten, zu Übernahmen und Fusionen in einem noch nie da gewesenen Ausmass.

208. Alle befragten Konkurrenten weisen insbesondere darauf hin, dass die fenaco / LANDI-Gruppe bereits heute einerseits der grösste Zulieferer für inländische Agrar-Erzeugnisse an die Grossverteiler (sowohl Migros als auch Coop) und andererseits der grösste Zulieferer für landwirtschaftliche Produktionsmittel der Landwirte ist. Steffen-Ris sei das wahrscheinlich grösste, nicht genossenschaftlich organisierte Agrar-Handelsunternehmen in der Schweiz. Auch Steffen-Ris habe in gewissen Bereichen (nach den Projekten CoopForte und NEMIFRI) in bestimmten Regionen als Zulieferer für Grossverteiler eine marktbeherrschende Stellung angestrebt und erlangt.

209. Die Stellungnahme bestreitet in Abschnitt 4.1 die Sichtweise der befragten Konkurrenten. Bereits in der Ergänzung vom 19. Dezember 2007 wurde mit Zahlen und Beispielen dargelegt, dass diese Einschätzung nicht korrekt sei. Beispielsweise sei die Schwab-Guillod AG wesentlich grösser als Steffen-Ris. Die Schwab-Guillod AG sei in der Schweiz der einzige Händler mit einem lückenlosen Früchte- und Gemüsesortiment. Allerdings geben weder die Stellungnahme, noch die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 Werte zum Vergleich zwischen Steffen-Ris und der Schwab-Guillod AG an. Denn ein breiteres Sortiment bedeutet nicht zwangsläufig ein grösseres Unternehmen, beispielsweise gemessen am Umsatz. So verfügt die Schwab-Guillod AG über Marktanteile von 0-10% auf den verschiedenen Märkten.

210. In der Stellungnahme werden Grösse und Bedeutung von Steffen-Ris anhand einer Gesamtbetrachtung von Kartoffeln, Gemüse und Früchten erörtert. Für diese

Gesamtbetrachtung verwendet die Stellungnahme die Umsätze Haushaltseinkäufe für den Monat November 2007. In Randziffer 91 f. findet sich folgende Aussage: "Die vom Zusammenschluss betroffenen Lagergemüse (Kartoffeln, Zwiebeln, Karotten) machen nur insgesamt [...] % des Früchte- und Gemüse-Umsatzes aus, die Äpfel und Birnen machen [...] % aus. Diese Produkte machen nur rund 20% der Früchte und Gemüse aus. Dieses Verhältnis muss man bei einer Gesamtbeurteilung mitberücksichtigen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der Bereich Kartoffeln vom gesamten Früchte- und Gemüsebereich nur [...] % beträgt."

211. Jedoch hat eine solche Gesamtbetrachtung aller Produkte zusammen nach Auffassung der Wettbewerbskommission nur beschränkte Aussagekraft. Eine Gesamtbetrachtung für alle Produkte zusammen würde bedeuten, dass die Produkte zum gleichen relevanten Markt gehörten. Aber die in diesem Zusammenschlussvorhaben betrachteten Produkte sind untereinander nicht beliebig austauschbar. Diese ungenügende Austauschbarkeit zwischen den Produkten führt zu verschiedenen relevanten Märkten.

212. Die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens verlangt eine Analyse der Situation auf jedem der relevanten Märkte, die vom Zusammenschluss betroffene Märkte darstellen. Dies erfordert die Definition der relevanten Märkte. Der relevante Markt ist das Set aller Produkte und geografischen Gebiete, zu welchen die Produkte der sich zusammenschliessenden Unternehmen gehören (Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 101). Es ist dieses Set von Produkten (und Gebieten), das den betrachteten Unternehmen möglicherweise Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht. "In this perspective, the definition of the market (both from its product and geographical point of view) is a preliminary step towards the assessment of market power."

213. Mit der Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte ist die partialanalytische Natur der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens gegeben. Die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens erfolgt in erster Linie durch die separate Analyse der abgegrenzten Märkte. Zusätzlich sind Betrachtungen für die Summe der abgegrenzten Märkte möglich. Allerdings ist die Aussagekraft von solchen Gesamtbetrachtungen aufgrund der partialanalytischen Natur einer Beurteilung beschränkt. Insbesondere setzt eine Gesamtbetrachtung eine separate Analyse der einzelnen, abgegrenzten Märkte voraus. Die zentrale Grundlage für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens bleibt die Analyse der Situation auf den einzelnen relevanten Märkten.

214. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass die Nachfrageseite verstärkt günstige Preise verlange⁷. So setze beispielsweise die Migros seit Juli 2006 schrittweise das Projekt NEMIFRI um (s. oben Rz. 122). Durch eine Konzentration auf einige wenige Lieferanten und Importeure erreiche Migros eine Effizienzsteigerung. Gemäss Angaben in den Fragebögen haben fenaco, Steffen-Ris und Geiser agro.com den Zuschlag erhalten, die Migros mit Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln zu beliefern. Im Bereich des Tafelobstes hätten die Fruitstar AG (ein Gemeinschaftsunter-

nehmen von Steffen-Ris, Charles Füglistler AG, Alprufts SA und Iseppi SA) den Zuschlag für die Belieferung von Migros erhalten. Diese Zuschläge erfolgten gemäss den Angaben in den Fragebogen allerdings vor der Bekanntgabe des Zusammenschlussvorhabens fenaco / Steffen-Ris. Migros habe im Bereich des Lagergemüses drei Wettbewerber in ihr NEMIFRI-Projekt aufnehmen wollen, die sich jetzt allenfalls auf zwei reduzieren würden.

215. Die befragten Konkurrenten sind insgesamt der Ansicht, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verstärkung der - ihres Erachtens bereits bestehenden - marktbeherrschenden Stellung führe und die Position der noch bestehenden kleineren Firmen weiter - möglicherweise entscheidend - geschwächt werde. Es wird darauf hingewiesen, dass durch den Zusammenschluss auf gewissen Märkten in bestimmten Regionen der Wettbewerb beseitigt werden könnte. Als Beispiel wird der Kartoffelmarkt im Tessin genannt.

C.4.1.2.2.5 Einschätzung der befragten Verbände

216. Die Antworten der befragten Verbände sind unterschiedlich ausgefallen: Der Schweizerische Bauernverband (SBV) argumentiert, die Bündelung der Schweizer Grossverteiler (Migros/Denner, Coop/Carrefour) zwingt die im Agrargüterhandel tätigen Unternehmen, sich den neuen Strukturen bzw. Anforderungen anzupassen. Der SBV geht davon aus, dass die heutige Tendenz des Detailhandels, sich auf wenige Lieferanten zu konzentrieren, die beiden betroffenen Unternehmen zur Zusammenarbeit veranlasst habe. Eine Konzentration auf der Abnehmerseite erfordere zunehmend ebenfalls eine Konzentration der Angebotsseite. Der SBV verfolge diese Entwicklung skeptisch und mache sich zunehmend Sorgen um die individuelle Verhandlungskraft der schweizerischen Produzenten.

217. Der Schweizerische Obstverband (SOV) begrüsst den Zusammenschluss insbesondere mit der Begründung, dass immer noch zu viele Akteure am Markt beteiligt seien.

218. Die Union Maraîchère Suisse (UMS) beurteilt das Zusammenschlussvorhaben vor dem Hintergrund einer Öffnung des Schweizer Gemüsemarktes im Sinne eines Freihandels Schweiz-EU und argumentiert, die Schaffung eurokompatibler Strukturen im Schweizer Grosshandel würden mittelfristig sicherstellen, dass Schweizer Gemüseproduzenten weiterhin Händler in ihrer Nähe beliefern könnten.

219. Ähnliche Gründe für den Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris gibt swisspatat an. Gemäss eigener Website ist swisspatat als Branchenorganisation die Diskussionsplattform der gesamten Kartoffelwirtschaft. swisspatat nennt vorwiegend drei Gründe für den Zusammenschluss. Erstens, die Politik dränge mit Hochdruck auf eine Öffnung der Grenzen im Agrarbereich. Damit der Zwischenhandel in Zukunft bestehen kann, brauche es wettbewerbsfähige Strukturen. Der zweite Grund sei ein immer stärkerer Konzentrationsprozess im Detailhandel. In diesem Zusammenhang

⁷ Vgl. S. 10 der Meldung vom 1. Oktober 2007.

fördere auch der Detailhandel mit Lieferantenstraffungen und Plattformkonzepten gezielt eine verstärkte Zusammenarbeit im Grosshandel. Als dritten Grund für den Zusammenschluss gibt swisspatat anstehende Investitionen an. Bei gleichzeitigem Kostendruck dränge es sich auf, die anstehenden Investitionen gemeinsam und damit in grösseren Einheiten zu tätigen. Insgesamt befürwortet swisspatat den Zusammenschluss. Denn ohne entsprechende Effizienzsteigerung sei davon auszugehen, dass der schweizerische Kartoffelgrosshandel zu einem reinen Logistikanbieter verkommen wäre, wenn überhaupt.

220. Eine ähnliche Haltung wie swisspatat nimmt SWISSCOFEL ein. SWISSCOFEL ist der Verband des Schweizerischen Früchte-, Gemüse- und Kartoffelhandels. Gemäss SWISSCOFEL entsteht durch den Zusammenschluss eine im europäischen Vergleich mittelgrosse Früchte-, Gemüse- und Kartoffelhandelsfirma. Um auf ausländischen Beschaffungsmärkten Obst und Gemüse zu konkurrenzfähigen Preisen beschaffen zu können, müsse eine Schweizer Firma eine gewisse kritische Mindestmenge pro Bestellung und Produktkategorie erreichen. Zudem sei der Zusammenschluss die logische Folge der Konzentration auf Stufe Detailhandel und der Industriebetriebe. Um die Bedürfnisse der zunehmend grösseren Kunden weiterhin aus einer Hand anbieten zu können, brauche es Konzentration. Um Abläufe und Kosten von der Beschaffung über die Logistik, Aufbereitung und Vermarktung zu optimieren, sei Rationalisierung der Weg.

221. In der Stellungnahme wird die Aussage kritisiert, wonach die Antworten der Verbände unterschiedlich ausgefallen seien. Letztere seien vielmehr durchwegs positiv gewesen. Die Skepsis des Schweizerischen Bauernverbands (SBV) gegenüber der Konzentration im Detailhandel war gemäss den Parteien nicht eindeutig formuliert, weshalb der Antrag gestellt wurde, den SBV zur Klärung der Aussage aufzufordern.

222. Das Sekretariat hat den SBV zur Präzisierung seiner Aussage ersucht, worauf dieser folgendermassen geantwortet hat: "Wir unterstützen das Zusammenschlussvorhaben zwischen fenaco und Steffen Ris Holding AG. Wir gehen davon aus, dass die heutige Tendenz des Detailhandels, sich auf wenige Lieferanten zu konzentrieren, die beiden betroffenen Unternehmen zur Zusammenarbeit veranlasst hat. Durch effiziente Strukturen ist es auch möglich, Preisvorteile an die Produzenten weiterzugeben."

C.4.1.2.2.6 Einschätzung der befragten Detailhandelsunternehmen

223. Der Detailhandel steht einer Konzentration der Grosshändler neutral bis positiv gegenüber. Gewisse Detailhändler beantworten beispielsweise die Frage nach der Stellung von fenaco und Steffen-Ris als Kartoffelgrosshändler oder die Frage nach den erwarteten Wirkungen des Zusammenschlusses nicht. Ein Detailhandelsunternehmen schreibt ausdrücklich, dass es durch den Zusammenschluss keine Auswirkungen erwarte. Dagegen begrüssen gewisse Detailhandelsunternehmen den Zusammenschluss fenaco / Steffen-Ris. Zwar führe eine Bündelung der Lieferanten zu einer Reduktion des Beschaffungsangebots, allerdings kom-

me es auch zu Kosteneinsparungen, die sich auf die Beschaffungspreise auswirkten. Als Potenzial für die Kosteneinsparungen nennt ein Detailhandelsunternehmen Skaleneffekte. Ein anderes Detailhandelsunternehmen gibt an, dass die positiven Aspekte des Zusammenschlussvorhabens für das Detailhandelsunternehmen selber insgesamt überwiegen.

224. Bestehende Wettbewerber von Steffen-Ris haben im Rahmen der Befragung allerdings zu bedenken gegeben, dass die zunehmende Konzentration der Grosshändler und Projekte wie das NEMIFRI von Migros, langfristig dazu führen würden, dass die wenigen verbleibenden Grosshändler sowohl den Produzenten auf der einen Seite als auch den Detailhändlern auf der anderen Seite die Preise diktieren würden. Durch Projekte wie das NEMIFRI und die Konzentration der Grosshändler würden Oligopol-situationen entstehen, die Absprachen unter den Grosshändlern und folglich einheitliche Preisniveaus begünstigen würden.

C.4.1.2.2.7 Einschätzung der befragten kartoffelverarbeitenden Unternehmen

225. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens zwischen fenaco und Steffen-Ris ergab Anhaltspunkte, dass damit eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird. Deshalb befragte das Sekretariat neben dem Detailhandel auch kartoffelverarbeitende Unternehmen. Allerdings haben nicht alle befragten Unternehmen geantwortet. Die Antworten sind unterschiedlich ausgefallen: Ein Unternehmen erwartet keine Auswirkungen durch den Zusammenschluss. Dagegen erwartet ein zweites Unternehmen, dass sich durch den Zusammenschluss "eine marktbeherrschende Situation im Agrarbereich" ergibt: "Die fenaco Gruppe werde die grösste CH-Unternehmung in der Agrarwirtschaft". Das dritte Unternehmen erwartet, dass sich die Auswahl an möglichen Lieferanten durch den Zusammenschluss um einen Drittel reduziert.

C.4.1.2.2.8 Einschätzung der befragten Händler von Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung

226. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass fenaco auf den Märkten Beschaffung und Absatz von Pflanzenschutzmittel sowie Beschaffung und Absatz von Pflanzennahrung jeweils über Marktanteile von rund 50-60% verfügt. Das Sekretariat sah sich daher veranlasst, Händler von Pflanzenschutzmitteln und Pflanzennahrung um ihre Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens zu bitten.

227. Mit den Auskunftsbegehren des Sekretariats wurden die Unternehmen zunächst um eine Einschätzung der heutigen Situation in den Bereichen Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung gebeten. Sämtliche befragten Unternehmen machen auf eine überragende Marktstellung von fenaco sowohl im Bereich der Pflanzenschutzmittel als auch im Bereich der Pflanzennahrung aufmerksam. Für beide Bereiche belaufen sich die Schätzungen der Marktanteile von fenaco auf ca. 80%. Steffen-Ris sei als Abnehmer landwirtschaftlicher Produkte tätig und habe ihren Erntelieferanten in diesem Zusammenhang auch landwirtschaftliche Produktions-

mittel (Pflanzennahrung und Pflanzenschutzmittel) angeboten bzw. verkauft (s. unten B.4.1.2.7 und B.4.1.2.8). fenaco sei neben Steffen-Ris der zweite grosse Abnehmer von Produkten aus der Landwirtschaft. Auch fenaco beliefere ihre Lieferanten mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen. Die landwirtschaftlichen Produzenten, welche ihre Produkte an Steffen-Ris liefern würden, seien vorwiegend solche, die von fenaco unabhängig sein wollen bzw. neben fenaco einen zweiten Abnehmer haben wollen. Es sei bedauerlich, dass dies angesichts der beabsichtigten Übernahme nicht mehr möglich sein werde.

228. In der Stellungnahme wird bestätigt, dass viele Landwirte, welche ihre Produkte bisher an Steffen-Ris ablieferten, von fenaco unabhängig sein wollen bzw. neben fenaco einen zweiten Abnehmer haben wollen. Diese Produzenten werden gemäss den Parteien auch nach dem Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris nicht mit fenaco Geschäfte tätigen wollen und sich einem anderen Abnehmer zuwenden.

229. Ein ausländisches Unternehmen, das schwergewichtig im Bereich von parallel gehandelten Pflanzenschutzmitteln und Generika tätig ist und per Ende 2006 mit 22 Pflanzenschutzmitteln in den Schweizerischen Markt eingetreten ist, hat im Rahmen des Auskunftsbegehrens Ausführungen zu Erfahrungen beim Markteintritt und zu Gegengeschäften gemacht. Danach sei im Bereich von Pflanzenschutzmittel grundsätzlich ein Interesse vorhanden, insbesondere auch von Seiten der Landwirte, mit einem ausländischen Unternehmen Geschäfte zu tätigen. Geschäfte würden jedoch im Allgemeinen davon abhängig gemacht, dass das Unternehmen den Landwirten im Gegenzug Felderzeugnisse abnehme. Die LANDIs ihrerseits würden den Landwirten drohen, ihre Produkte nicht mehr abzunehmen, wenn diese ihre Produktionsmittel nicht bei den LANDIs beziehen. Das befragte Unternehmen deutet damit eine Bindung der Abnahme von landwirtschaftlichen Produkten durch die fenaco an den Bezug der landwirtschaftlichen Produktionsmittel bei derselben an, auf die auch von den anderen befragten Unternehmen hingewiesen wird.

230. Die Aussage, wonach fenaco oder die Mitglied-LANDI Felderzeugnisse von den Landwirten nur dann abnehme, wenn diese die landwirtschaftlichen Produktionsmittel bei ihr beziehen, wird in der Stellungnahme bestritten. Die Parteien bekräftigen, es würden keine diesbezüglichen Vereinbarungen bestehen. Zum Beweis führen sie an, dass die Marktanteile bei der Übernahme der Erzeugnisse im Vergleich zum Absatz landwirtschaftlicher Produktionsmittel sehr unterschiedlich sei.

231. In Bezug auf eine Bindung der LANDI-Mitglieder durch fenaco ist zunächst auf die Organisationsstruktur der fenaco zu verweisen. Wie bereits erörtert (s. oben B.2.), haben die LANDI-Mitglieder als Genossenschafter der Mitglied-LANDIs Anreiz, primär mit letzteren zu handeln. Zudem sehen die Statuten einzelner Mitglied-LANDIs Bezugs- und Ablieferungspflichten der Genossenschafter vor. Diese Treuepflichten sind grundsätzlich durch den genossenschaftlichen Zweck der Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe (Art. 828 OR) legitimiert (s.

oben B.2.). Jeder Landwirt ist frei, Mitglied einer landwirtschaftlichen Genossenschaft zu werden und sich deren Statuten zu unterwerfen. Jede LANDI ihrerseits ist frei, Mitglied der fenaco zu werden. Die Tatsache, dass sich rund 80% der aktiven Schweizer Landwirte einer der 359 Mitglied-LANDI angeschlossen haben, die ihrerseits Mitglieder der fenaco sind, zeigt, dass die Landwirte einen Anreiz haben, Mitglied einer Genossenschaft zu werden und sich deren Statuten und allfälligen Treuepflichten zu unterwerfen.

232. Ein Unternehmen bezeichnet die Bindung der Abnahme landwirtschaftlicher Produkte an den Bezug landwirtschaftlicher Produktionsmittel durch fenaco als Gegengeschäfte. Voraussetzung für das Vorliegen eines Gegengeschäfts im Sinne von Art. 171a des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (SR 910.1; LwG) ist u.a., dass das Gegengeschäft von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht, welches die Übernahme von Waren und Dienstleistungen zu unangemessenen Preisen an den Abschluss eines Vertrages koppelt. Gemäss Art. 171a Abs. 1 LwG ist darin ein unzulässiges Verhalten nach Art. 7 KG zu sehen, das nach Art. 49a oder 50 KG geahndet werden kann. Beim neuen – am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen – Art. 171a LwG geht es gemäss Johannes Germann, Ständerat SH, um das sogenannte Knebelungsverbot. Es soll die Bauern vor unfairen Gegengeschäften mit marktbeherrschenden Unternehmen schützen. Die ständerätliche Kommission sieht allerdings davon ab, Knebelungsverträge generell zu verbieten. Gegengeschäfte mit marktbeherrschenden Unternehmen sind demnach nur dann zu untersagen, wenn sie zu unangemessenen Preisen führen (Amtliches Bulletin, AB 2006 S. 1257 / BO 2006 E 1257).

233. Die Frage, ob durch eine allfällige Öffnung des Schweizerischen Agrarhandels durch ein Freihandelsabkommen CH-EU im Agrar- und Lebensmittelbereich in den Bereichen Pflanzenschutzmittel und Pflanzennahrung Veränderungen erwartet werden, wurde unterschiedlich beantwortet: Das ausländische Unternehmen ist der Ansicht, eine Öffnung des Schweizer Agrarbereichs hin zur EU könne, müsse aber nicht zu einer Wettbewerbsbelebung im Bereich landwirtschaftlicher Hilfsstoffe führen. fenaco werde wohl auch nach einer Öffnung eine dominante Stellung innehaben und für einen Grossteil der Landwirte Hauptabnehmer und damit auch Hauptlieferant bleiben. Mit anderen Worten gebe es keine Sicherheit, dass eine Öffnung des Schweizer Agrarbereichs die Marktsituation entschärfen würde. Mit einem Freihandelsabkommen sei zudem frühestens 2015 zu rechnen. Für das ausländische Unternehmen selbst wäre eine Öffnung des Schweizerischen Agrarmarkts eine Chance, eine Basis zu schaffen, den Landwirten neue Plattformen für den An- und Verkauf und damit eine Alternative gegenüber den eingefahrenen, kostenintensiven Strukturen zu bieten. Ein anderes befragtes Unternehmen erwartet kurzfristig keine grossen Veränderungen, weil neue Marktteilnehmer angesichts der gefestigten Stellung der fenaco in Bezug auf die Landwirte, von einem allfälligen Markteintritt abgehalten würden.

C.4.1.2.3. Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

234. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Tafelobst** in der Schweiz haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

C.4.1.2.3.1 Tafelobst

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	10-20%	10-20%	10-20%
Steffen-Ris und Fri-log	0-10%	0-10%	0-10%
Total	20-30%	20-30%	20-30%

Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Tafelobst über 20% beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

C.4.1.2.3.2 Karotten

235. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Karotten** haben sich gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	0-10%	0-10%	0-10%
Steffen-Ris und Fri-log	10-20%	10-20%	10-20%
Total	20-30%	20-30%	20-30%

Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Karotten über 20% liegt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

C.4.1.2.3.3 Zwiebeln

236. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Zwiebeln** haben sich gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	0-10%	0-10%	0-10%
Steffen-Ris und Fri-log	10-20%	10-20%	10-20%
Total	20-30%	20-30%	20-30%

Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Zwiebeln über 20% beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen Markt** (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

C.4.1.2.3.4 Kartoffeln

237. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Markt für den **Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln** haben sich gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	30-40%	30-40%	30-40%
Steffen-Ris und Fri-log	0-10%	0-10%	0-10%
Total	40-50%	40-50%	40-50%

Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln über 20% beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

In der Stellungnahme wird auf eine Präzisierung der Marktanteile in der Ergänzung vom 10. Januar 2008 hingewiesen. Diese Präzisierung wird weiter hinten in die Beurteilung der Stellung der Zusammenschlussparteien auf dem Markt für Speise- und Veredelungskartof-

feln mit einbezogen. An dieser Stelle sei einzig darauf verwiesen, dass es sich beim Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln auch unter Berücksichtigung dieser Präzisierung um einen betroffenen Markt handelt.

238. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Saatkartoffeln** haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	10-20%	10-20%	10-20%
Steffen-Ris und Fri-log	10-20%	10-20%	10-20%
Total	20-30%	20-30%	20-30%

Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Saatkartoffeln für den Grosshandel über 20% beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

C.4.1.2.3.5 Pflanzenschutzmittel

239. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Markt für den **Grosshandel von Pflanzenschutzmittel** haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	50-60%	50-60%	50-60%
Steffen-Ris und Fri-log	0-10%	0-10%	0-10%
Total	50-60%	50-60%	50-60%

Der Marktanteil von fenaco auf dem Markt für den Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln liegt bei über 30%. Folglich handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da Steffen-Ris auf diesem Markt nicht tätig ist

kommt es durch den Zusammenschluss allerdings zu keinen Marktanteilsadditionen.

240. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf dem Markt für den **Detailhandel von Pflanzenschutzmittel** beträgt für das Jahr 2006 gemäss Meldung:

Detailhändler	2006
fenaco inkl. Mitglied-LANDI	50-60%
Steffen-Ris und Frilog	0-10%
Total	50-60%

241. Entgegen der in der Meldung vertretenen Ansicht, dass die Marktanteile der Mitglied-LANDI nicht zur fenaco gezählt werden, wird für die nachfolgende Beurteilung auf die Marktanteile von fenaco und den Mitglied-LANDI zusammen abgestellt. Dies deshalb, weil es sich bei den Mitglied-LANDI um Konzernunternehmen der fenaco handelt (s. oben A.2.). Da der gemeinsame Marktanteil von fenaco inkl. Mitglied-LANDI und Steffen-Ris auf dem Markt für den Detailhandel von Pflanzenschutzmittel über 20% beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

242. Die Parteien akzeptieren in der Stellungnahme die Qualifikation der Mitglied-LANDI als Konzernunternehmen und damit die Zurechnung von deren Marktanteilen

zu fenaco. Sie weisen aber darauf hin, dass die Tätigkeiten von fenaco und den Mitglied-LANDI auf unterschiedlichen Marktstufen stattfinden. Dies wird in der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt, indem zwischen einem Markt für den Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln und einem Markt für den Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln unterschieden wird. Dasselbe gilt im Bereich der Pflanzennahrung.

C.4.1.2.3.6 Pflanzennahrung

243. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Pflanzennahrung** haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco	50-60%	50-60%	50-60%
Steffen-Ris und Frilog	0-10%	0-10%	0-10%
Total	50-60%	50-60%	50-60%

Der Marktanteil von fenaco auf dem Markt für den Grosshandel von Pflanzennahrung liegt bei über 30%. Folglich handelt es sich um einen vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da Steffen-Ris auf diesem Markt nicht tätig ist, kommt es durch den Zusammenschluss allerdings zu **keinen Marktanteilsadditionen**.

244. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien auf dem Markt für den **Grosshandel von Pflanzennahrung** für den **Detailhandel** haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Detailhändler	2004	2005	2006
fenaco inkl. Mitglied-LANDI	10-20%	20-30%	20-30%
Steffen-Ris und Frilog	0-10%	0-10%	0-10%
Total	20-30%	20-30%	20-30%

Der gemeinsame Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Detailhandel von Pflanzennahrung liegt über 20%. Folglich handelt es sich um einen

vom Zusammenschluss **betroffenen** Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

C.4.1.2.4. Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten

C.4.1.2.4.1 Aktuelle Konkurrenz

245. Im Rahmen der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten sowie die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 Bst. e und f VKU).

C.4.1.2.4.2 Potenzielle Konkurrenz

246. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz geht es um die Frage, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU).

247. Die Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz erfolgt nachfolgend jeweils nacheinander für die einzelnen Märkte. Für den Fall, dass vorliegend die Prüfung der aktuellen Konkurrenz auf einem bestimmten Markt nicht zu einer Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung führt, wird nachfolgend auf die Erörterung der potenziellen Konkurrenz verzichtet.

C.4.1.2.4.3 Vorbemerkungen zur aktuellen Konkurrenz

248. In der Meldung vom 1. Oktober 2007 werden rund 50 Grosshandelsbetriebe aufgeführt, die als Alternativen zu den beteiligten Unternehmen bezeichnet werden. Es ist allerdings zu beachten, dass der Grossteil von diesen Betrieben nicht wie fenaco und Steffen-Ris sowohl mit Tafelobst, Karotten, Zwiebeln sowie Speise- und Veredelungskartoffeln als auch mit landwirtschaftlichen Hilfsstoffen handelt, sondern sich auf den einen oder anderen Produktbereich konzentriert. So handeln z.B. die AG für Fruchthandel Basel, die Biofruits SA und die Füglistler Charles AG nur mit Früchten oder die Kartoffelzentrale Kirchberg nur mit Speise- und Veredelungskartoffeln. Unter allen in der Meldung aufgeführten Grosshändlern gibt es nur einige wenige, welche wie fenaco und Steffen-Ris in allen vorliegend relevanten Märkten tätig sind. Zu letzteren gehören z.B. die Schwab-Guillod AG, mit Marktanteilen zwischen 0-10% und die Lagerhaus Lohn AG, mit Marktanteilen zwischen 0-10% auf besagten Märkten. Wie durch das Konzept NEMIFRI bestätigt, ist ein Grosshändler mit einem vielfältigen Sortiment attraktiver für den Detailhandel, als ein Grosshändler, der sich auf einzelne Produkte spezialisiert hat. Zudem kann es auch für den Produzenten von Vorteil sein, mit einem Grosshändler zusammenzuarbeiten, der ihm Absatzkanäle für verschiedene Gemüse und Früchte zur Verfügung stellt.

249. In Rz. 185 der Stellungnahme wird darauf hingewiesen, dass "die beteiligten Unternehmen mit dem Tafelobst und den drei Lagergemüse Kartoffeln, Karotten und Zwiebeln spezialisierte Betriebe sind." Andere Grosshändler würden mehrere Dutzend Produkte führen. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Analyse

der voraussichtlichen Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nur jene Märkte umfasst, in welchen zumindest eines der beteiligten Unternehmen tätig ist. Die Analyse bezweckt einen Vergleich der Stellung der beteiligten Unternehmen mit der Konkurrenz auf den relevanten Märkten. Vorliegend wurden u.a. je ein Markt für den Grosshandel von Tafelobst, Speise- und Veredelungskartoffeln, Karotten und Zwiebeln unterschieden. Für vorliegende Beurteilung relevant ist, ob die Konkurrenz, wie fenaco und Steffen-Ris sämtliche relevanten Märkte abdeckt oder nur einzelne. Es kann ein Wettbewerbsvorteil für einen Konkurrenten sein, wenn dieser nebst Tafelobst, Kartoffeln, Karotten und Zwiebeln weitere Gemüse und Früchte oder gar ein Gemüse- und Früchte-Vollsortiment anbietet. Wie in der Stellungnahme unter Rz. 143 aufgezeigt, hat jeder Mitbewerber der beteiligten Unternehmen eine eigenständige Sortimentspolitik. So verfügt z.B. Schwab-Guillod über ein Gemüse- und Früchte-Vollsortiment, und Spavetti über ein Früchte-Vollsortiment. Die Geiser-Gruppe bietet Kernobst, alle Steinfrüchte, Kiwi, Kartoffeln, Zwiebeln, Randen und pasteurisierte Convenience an. Guger-Guillod handelt nur Zwiebeln und zwiebelverwandte Produkte wie Knoblauch. Aufgrund der heterogenen Sortimentsstruktur wäre ein Vergleich sämtlicher Tätigkeiten der Unternehmen nicht aufschlussreich. Folglich werden vorliegend nur die Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen und von deren Konkurrenz auf den relevanten Märkten in die Beurteilung mit einbezogen.

C.4.1.2.4.4 Vorbemerkungen zur potenziellen Konkurrenz

250. In der Meldung vom 1. Oktober 2007 wird darauf hingewiesen, dass der Preisdruck auf die gesamte Agrar- und Nahrungsmittelindustrie stetig zunehme. Die zu erwartende Agrarmarkliberalisierung werde dazu führen, dass ein grosser Teil der Grosshandelsbetriebe mit anderen Grosshändlern in der Schweiz und/oder in der EU kooperieren werde. Daneben würden neue Akteure in die verschiedenen Bereiche der Ernteabnahme eintreten.

251. Es werden verschiedene Unternehmen genannt, die in den nächsten drei Jahren in den Handel mit Speise- und Veredelungskartoffeln, Saatkartoffeln, Pflanzenschutzmittel, und Pflanzennahrung eintreten könnten. Die befragten Marktteilnehmer hielten insbesondere Marktzutritte in die Märkte für den Handel von Lagergemüse und Tafelobst für unwahrscheinlich. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die hohen Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen auf den Märkten für landwirtschaftliche Produktionsmittel und auf dem Kartoffelmarkt andere Unternehmen von einem Eintritt in diese Märkte abhalten würden.

C.4.1.2.4.5 Tafelobst

252. In den letzten drei Jahren haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Grosshandel von Tafelobst** gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco und Steffen-Ris	20-30%	20-30%	20-30%
Tobi Seeobst AG	10-20%	10-20%	10-20%
Geiser agro.com AG	0-10%	0-10%	0-10%
Füglister Charles AG	0-10%	0-10%	0-10%

253. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 haben folgende Unternehmen in den letzten fünf Jahren mit dem Grosshandel von Tafelobst in der Schweiz begonnen:

- Biofruits SA, Vétroz
- Vogt Obstbau, Remingen
- VS-Fruit, Charrat

254. Durch den Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris erreichen die beteiligten Unternehmen mit 20-30% zwar den im Vergleich zu den anderen Wettbewerbern höchsten Marktanteil. In Anbetracht der relativen Marktmacht der Zusammenschlussunternehmen im Vergleich zu den drei wichtigsten Wettbewerbern, die zwi-

schen 0-10% und 10-20% der Marktanteile erreichen, kann allerdings nicht von einer Marktbeherrschung gesprochen werden. Damit begründet oder verstärkt der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

C.4.1.2.4.6 Karotten

255. In den letzten drei Jahren haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Grosshandel von Karotten** gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco und Steffen-Ris	20-30%	20-30%	20-30%
Schwab-Guillod AG	0-10	0-10%	0-10%
Spavetti AG	0-10%	0-10%	0-10%
Stoll	0-10%	0-10%	0-10%

256. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 haben folgende Unternehmen in den letzten fünf Jahren mit dem Grosshandel von Karotten in der Schweiz begonnen:

- Müller, Azmoos
- Graf Hans, Feldhof Gemüsebau, Oberriet

257. Durch den Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris erreichen die beteiligten Unternehmen mit 20-30% zwar den im Vergleich zu den anderen Wettbewerbern höchsten Marktanteil. In Anbetracht der Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten, kann aber auch hier nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ausge-

gangen werden. Folglich sind auch auf dem Markt für den Grosshandel von Karotten die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben.

C.4.1.2.4.7 Zwiebeln

258. In den letzten drei Jahren haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Grosshandel von Zwiebeln** gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco und Steffen-Ris	20-30%	20-30%	20-30%
Gugger-Guillod AG	10-20%	10-20%	10-20%
Schwab-Guillod AG	0-10%	0-10%	0-10%
LV-Gemüsezentrale Rebstein	0-10%	0-10%	0-10%

259. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 hat folgendes Unternehmen in den letzten fünf Jahren mit dem Grosshandel von Zwiebeln in der Schweiz begonnen:

- Graf Hans, Feldhof Gemüsebau, Oberriet

260. Wie beim Tafelobst und bei den Karotten ist auch auf dem Markt für den Grosshandel von Zwiebeln eine marktbeherrschende Stellung der Zusammenschlussunternehmen auszuschliessen: Die Zusammenschlussunternehmen erreichen mit 20-30% zwar den im Vergleich zu den anderen Wettbewerbern höchsten Marktanteil. Die relative Marktmacht der Wettbewerber, die über Marktanteile zwischen 0-10% und 10-20% verfügen, kann sich allerdings disziplinierend auf das Marktverhalten

der Zusammenschlussunternehmen auswirken. Damit sind auch im Bereich der Zwiebeln die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG nicht erfüllt.

C.4.1.2.4.8 Kartoffeln

I. Speise- und Veredelungskartoffeln

a. Aktuelle Konkurrenz

261. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln** in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco und Steffen-Ris	40-50%	40-50%	40-50%
Geiser agro.com AG	10-20%	10-20%	10-20%
Bischofszell Nahrungsmittel AG	0-10%	0-10%	0-10%
Lagerhaus Lohn	0-10%	0-10%	0-10%

262. In der Ergänzung vom 19. Dezember 2007 präzisieren die Parteien die Marktanteile. Die Präzisierung soll die neuesten Übernahmen und Kooperationen sowie die neuesten Markteintritte berücksichtigen. Mit der zweiten

Ergänzung vom 10. Januar 2008 erfolgen weitere Angaben zu den Marktanteilen. Eine Berücksichtigung der aktuellen Entwicklungen ergäbe gemäss Ergänzung vom 10. Januar 2008 folgendes Bild.

Grosshändler	2005		2006		2007	
	in Tonnen	Marktanteil in %	in Tonnen	Marktanteil in %	in Tonnen	Marktanteil in %
fenaco + Steffen-Ris	[...]	30-40%	[...]	40-50%	[...]	30-40%
Geiser Gruppe / agrolog.ch ag	[...]	10-20%	[...]	10-20%	[...]	10-20%
Bischofszell Nahrungsmittel AG	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%

Grosshändler	2005		2006		2007	
	in Tonnen	Marktanteil in %	in Tonnen	Marktanteil in %	in Tonnen	Marktanteil in %
Primserres SA / Fankhauser + Soltermann	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
Hans Graf	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
Hilcona AG	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
Lagerhaus Lohn AG	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
Brunner Ernst	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
GVS Agrar AG	[...]	0-10%	[...]	0-10%	[...]	0-10%
Diverse	[...]	30-40%	[...]	10-20%	[...]	30-40%
Direktvermarktung	[...]	10-20%	[...]	10-20%	[...]	10-20%

Die Marktanteile in der Tabelle gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 weichen von den Marktanteilen gemäss Ergänzung vom 10. Januar 2008 ab. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 sind die Marktanteile um 0-10% bis 10-20% höher als in der Ergänzung vom 10. Januar 2008. Diese Unterschiede ergeben sich offenbar durch

Verwendung unterschiedlicher Mengen für den Gesamtmarkt. Eine weitere Abweichung besteht zu der Angabe im Unternehmensportrait von fenaco unter www.fenaco.ch (Stand: 11. Januar 2008). fenaco gibt in ihrem Unternehmensportrait an, dass sie 50% der Kartoffeln vermarktet.

Die fenaco vermarktet



fenaco
5

263. In der Stellungnahme kritisieren die Parteien, dass Marktanteilsangaben aus dem Unternehmensportrait verwendet werden. Beim Unternehmensportrait handle es sich um ein Marketing-Instrument, in welchem sich ein Unternehmen stark darstelle. Es handle sich um rein approximative Werte. Allerdings macht fenaco die gleiche Angabe in ihrem Mediencommuniqué zur Delegier-

tenversammlung 2007: "Die fenaco vermarktet heute über 50% der in der Schweiz produzierten Kartoffeln, ...". Schliesslich ist zum Argument, es handle sich beim Unternehmensportrait um ein reines Marketinginstrument, das approximative Zahlen enthält, folgendes zu bemerken: Wenn fenaco im Jahr 2007 im Bereich der Kartoffeln über einen Marktanteil von 30-40% verfügt hat und

im Unternehmensportrait einen Marktanteil von 50% für diesen Bereich ausweist, so muss man sich fragen, ob dies nicht allenfalls ein Fall von unlauterem Wettbewerb gegenüber der Konkurrenz darstellt.

264. Die Angaben gemäss Ergänzung vom 10. Januar 2008 ergeben somit für fenaco und Steffen-Ris in den Jahren 2005 bis 2007 einen **Marktanteil zwischen 30-40% und 40-50%**. Damit beträgt der durchschnittliche Marktanteil von fenaco über diese drei Jahre ungefähr 30-40%.

265. Bei diesen Angaben zu den Marktanteilen weist die Ergänzung vom 10. Januar 2008 die Direktvermarktung als von fenaco unabhängigen Handel aus. Gemäss Angabe der Parteien in der Ergänzung vom 10. Januar 2008 fallen diejenigen Absatzkanäle unter die Direktvermarktung, mittels welcher die Produkte von den Produzenten direkt an den Endverbraucher gelangen. Zu diesen Absatzkanälen gehörten im Konsumbereich die "Burellädeli" sowie die Direktlieferung an Endabnehmer mittels Heimlieferungen oder Abonnementslieferungen, die direkte Belieferung von Restaurationsbetrieben und Direktlieferungen von Bauern an verarbeitende Betriebe im Industriebereich. Gemäss Ergänzung vom 10. Januar 2008 ist nicht feststellbar, wie viele Landwirte, die ihre Ernte teilweise oder gesamthaft direkt vermarkten, bei einer landwirtschaftlichen Genossenschaft oder bei fenaco beteiligt sind. Vermutungsweise könne davon ausgegangen werden, dass der prozentuale Anteil etwa mit dem Anteil aller Bauernbetriebe, welche in landwirtschaftlichen Genossenschaften organisiert ist, übereinstimmt.

266. Anhand dieser Vermutung dürften somit 80% der Direktvermarktung von LANDI-Mitgliedern stammen. Denn rund 80% der Landwirtschaftsbetriebe sind LANDI-Mitglieder. Gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 betrug der Marktanteil der Direktvermarktung an der gesamten Vermarktung im Jahr 2006 10-20%. Von diesen 10-20% stammen 80% von LANDI-Mitgliedern. Im Jahr 2006 beträgt damit der Marktanteil von direktvermarktenden LANDI-Mitgliedern 0-10%.

267. Gemäss Stellungnahme der Parteien verfügt fenaco weder unmittelbar noch mittelbar über Einfluss auf die Willensbildung der LANDI-Mitglieder. Letztere seien rechtlich und tatsächlich frei, ihre Produkte an Dritte zu veräussern oder von Dritten zu beziehen (vgl. Rz. 31 der Stellungnahme). Vorliegend wird daher der Marktanteil direktvermarktender LANDI-Mitglieder nicht dem Marktanteil der fenaco-LANDI-Gruppe zugerechnet. Es wird allerdings davon ausgegangen, dass fenaco einen besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern hat als ihre Konkurrenz. Wie in Abschnitt B.2 zur Organisationsstruktur von fenaco erläutert, besteht auch für jene Landwirte, die nicht statutarisch verpflichtet sind, primär mit ihrer LANDI zu handeln, grundsätzlich ein Anreiz, ihre Geschäftstätigkeit über ihre LANDI abzuwickeln.

268. Bei der Berechnung der Marktanteile beziehen die Meldung vom 1. Oktober 2007 und die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 auch das Unternehmen Bischofszell Nahrungsmittel AG mit ein. Die Bischofszell Nahrungsmittel AG selber sieht sich jedoch nicht im gleichen Geschäft wie fenaco und Steffen-Ris tätig. Auf die Frage nach der Beschreibung ihrer Aktivitäten gibt die Bi-

schofszell Nahrungsmittel AG folgende Antwort. "Bischofszell Nahrungsmittel AG produziert und verkauft **keine** Agrarprodukte. Wir produzieren Lebensmittel aus Agrarprodukten (Schwergewicht Kartoffeln, Gemüse). In diesem Sinne sind wir nicht im gleichen Business tätig wie Steffen-Ris und fenaco-Gruppe im Agrarproduktebereich." Gemäss Angaben auf ihrer Website www.bina.ch (Stand: 6. Januar 2008) bietet die Bischofszell Nahrungsmittel AG verschiedene Kartoffelprodukte an. Im Detailverkauf sind dies Pommes Chips, Pommes frites, Rösti, Kartoffelstock, Salate und Fertigenmüs. Ähnliche Produkte verkauft die Bischofszell Nahrungsmittel AG an Grossverbraucher. Die Bischofszell Nahrungsmittel AG verkauft auch Kartoffeln ganz, in Scheiben oder in Würfeln an Grossverbraucher. Aber selbst eine Berücksichtigung dieses Angebots änderte die Marktanteile von fenaco und Steffen-Ris nur marginal. Gemäss Angaben von Bischofszell Nahrungsmittel AG macht das Angebot von Kartoffeln ganz, in Scheiben und in Würfeln weitaus weniger als [...] Tonnen aus. Diese Angaben widerlegen die Angaben von fenaco und Steffen-Ris. Zudem wiederholt die Bischofszell Nahrungsmittel AG bei der Anfrage nach ihrem gehandelten Volumen von Kartoffeln ausdrücklich, dass sie keine Agrarprodukte produziert und handelt.

269. Ein weiteres Unternehmen, welches die Meldung vom 1. Oktober 2007 als Grosshändlerin von Kartoffeln berücksichtigt, ist die Hilcona AG Liechtenstein. Die Meldung vom 1. Oktober 2007 nennt für die Hilcona AG im Bereich Kartoffeln einen Umsatz von [...] Tonnen oder CHF [...] Mio. Für den Marktanteil von der Hilcona AG geht die Meldung vom 1. Oktober 2007 von 0-10% aus. Dagegen weist die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 die Hilcona AG unter verarbeitende Betriebe als potenzielle Konkurrentin mit geringen Einstiegshürden aus. Demnach ist die Hilcona AG gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 keine aktuelle Konkurrenz. In dieser Hinsicht widersprechen sich die Meldung vom 1. Oktober 2007 und die Ergänzung vom 19. Dezember 2007.

270. Die Hilcona AG selber bezeichnet ihr Tätigkeitsfeld nicht als Grosshandel mit Kartoffeln oder anderen Agrarprodukten. Gemäss eigenen Angaben unter www.hilcona.com (Stand: 6. Januar 2008) steht die Marke Hilcona für erstklassige Qualität bei Convenience Produkten für den täglichen Bedarf. Dementsprechend bietet Hilcona im Bereich Kartoffeln Fertiggerichte wie beispielsweise Rösti, Gratin de pommes de terre oder Kartoffelscheiben für Salat an.

271. Folglich entsprechen die Tätigkeiten der beiden Unternehmen Bischofszell Nahrungsmittel AG und Hilcona AG nicht dem Grosshandel mit Kartoffeln. Demzufolge gelten die Bischofszell Nahrungsmittel AG und Hilcona AG nicht als Grosshändler von Speise- und Veredelungskartoffeln. Ohne die Handelsvolumen von Bischofszell Nahrungsmittel AG und Hilcona AG ist eine Korrektur bei der Berechnung der Marktanteile notwendig. Die entsprechende Korrektur ergibt zusammen für fenaco und Steffen-Ris einen Marktanteil von ungefähr 30-40% im Jahr 2005. Im Jahr 2006 beträgt der korrigierte Marktanteil ungefähr 40-50%. Danach beträgt im Jahr 2007 der Marktanteil ungefähr 30-40%. Diese korrigierten Werte ergeben für die Jahre 2005 bis 2007 ein Marktanteils-Intervall von 30-40% bis 40-50%. Folglich

weisen fenaco und Steffen-Ris zusammen und ohne Berücksichtigung der Bischofszell Nahrungsmittel AG und der Hilcona AG über die drei Jahre 2005 bis 2007 einen durchschnittlichen Marktanteil von ungefähr 30-40% auf.

272. Wie bereits in den Vorbemerkungen erwähnt, nehmen die Bischofszell Nahrungsmittel AG und die Hilcona AG eine Doppelrolle ein. Beide kartoffelverarbeitenden Unternehmen kaufen Kartoffeln sowohl von Grosshändlern als auch direkt von den Produzenten. Durch den Direktbezug bei den Produzenten ist eine Konkurrenzposition der verarbeitenden Unternehmen auf der Beschaffungsseite gegenüber fenaco und Steffen-Ris möglich. Beispielsweise schätzt die Stellungnahme den Direktbezug bei den Kartoffelproduzenten für die Bischofszell Nahrungsmittel AG auf ungefähr [...] Tonnen. Folglich können verarbeitende Unternehmen neben dem Kanal Grosshandel auch den Kanal Direktbezug nutzen.

273. Auf der Absatzseite hingegen unterscheiden sich die Angebote von fenaco und Steffen-Ris gegenüber den verarbeitenden Unternehmen. Die Angebote der verarbeitenden Unternehmen gehören nicht zum relevanten Markt Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln. Vielmehr sind die verarbeitenden Unternehmen absatzseitig Kunden von fenaco und Steffen-Ris, weil die verarbeitenden Unternehmen bei fenaco und Steffen-Ris Kartoffeln kaufen. Folglich treten die verarbeitenden Unternehmen absatzseitig nicht als Konkurrenz im Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln auf.

274. Wie die Marktanteile zeigen, ist im Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln die grösste Konkurrentin von fenaco und Steffen-Ris die Geiser agro.com AG. Gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 wurden per 1. Juli 2006 Unternehmensteile und Beteiligungen von folgenden Unternehmen, welche im Handel mit Agrarprodukten tätig sind, in die Geiser agro.com AG zusammengeführt: Maeder AG, Kartoffelzentrale Amt Burgdorf und E. Schwarz Landesprodukte AG. Die Ergänzung nennt die entstandene Kooperation Geiser-Gruppe. Zudem gründete die Geiser agro.com AG im Jahr 2007 zusammen mit den Unternehmen Tobi Seeobst AG und vs.fruits sa die agrolog.ch ag. Gemäss Medienmitteilung unter www.geiser-agro.com (Stand: 6. Januar 2008) sorgt die Plattform agrolog.ch ag für die produktive und zuverlässige Beschaffung von Kartoffeln (Inland/Import) und Tafelobst (Inland/Import). „Damit entsteht eine gesamtschweizerische Lösung für die Beschaffung und den Handel von Speisekartoffeln und Tafelobst auf dem Inland- sowie Importmarkt.“

275. Aufgrund dieser Vorgänge weist die Ergänzung vom 10. Januar 2008 die Marktanteile in den Jahren 2005 bis 2007 für die Unternehmen gemeinsam aus, welche an den Kooperationen Geiser-Gruppe und agrolog.ch ag beteiligt sind. Diese Kumulierung der Marktanteile ergibt für das Jahr 2006 einen Marktanteil von 10-20%.

276. Als weitere bedeutsame Entwicklung im Grosshandel mit Kartoffeln nennt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 die neuen Lieferverträge der Migros im Rahmen von NEMIFRI (s. oben Rz. 79). Die Meldung vom 1.

Oktober 2007 weist für das Handelsvolumen der fenaco im Jahr 2006 [...] Tonnen Kartoffeln aus.

277. Neben der Geiser-Gruppe sind weitere kleinere Grosshändler im Markt, welche mit Speise- und Veredelungskartoffeln handeln. Diese weiteren Grosshändler machen zusammen - gemessen am Gesamtmarkt - ungefähr 20-30% aus. Einzeln betrachtet verfügen diese Grosshändler über Marktanteile von ungefähr 0-10%. Die kleineren Grosshändler verfügen damit über ein kleineres Handelsvolumen als fenaco und Steffen-Ris. Alleine kann ein solcher kleinerer Grosshändler kein Detailhandelsunternehmen bedienen. Dagegen können fenaco und Steffen-Ris die nötige Menge liefern, welche ein grösseres Detailhandelsunternehmen verlangt.

278. Der HHI bestätigt die Beobachtung einer Konzentration im Bereich Speise- und Veredelungskartoffeln. Basierend auf den Zahlen von 2006 gemäss Meldung vom 1. Oktober und Ergänzung vom 10. Januar 2008 beträgt der HHI vor dem Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris mindestens 1389 Punkte. Nach einem Zusammenschluss betrüge der HHI mindestens 1860 Punkte, basierend auf den Zahlen für das Jahr 2006. Damit erhöhte ein Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris den HHI um mindestens 472 Punkte. Allerdings berücksichtigen diese Werte für den HHI weder die Diverse noch die Direktvermarktung. Die Diversen und die Direktvermarktung umfassen beide eine Gruppe kleinerer Grosshändler. Zur Anzahl dieser kleineren Grosshändler und deren Marktanteile liegen keine Angaben vor. Deshalb bleiben die Diversen und die Direktvermarktung von der Berechnung des HHI ausgeschlossen. Zudem sind die verarbeitenden Unternehmen Bischofszell Nahrungsmittel AG und Hilcona AG in der Berechnung des HHI berücksichtigt. Somit stellt der vorliegende Wert für den HH eine untere Schranke dar. Bei Berücksichtigung der Diversen und der Direktvermarktung fällt der HHI noch höher aus.

279. Nicht nur das Handelsvolumen der kleineren Grosshändler ist im Vergleich mit fenaco und Steffen-Ris kleiner. Die kleineren Grosshändler verfügen verglichen mit fenaco und Steffen-Ris auch über ein kleineres Sortiment. Oft sind die kleineren Grosshändler auf einzelne Produkte spezialisiert. Damit sind diese kleineren Grosshändler für den Detailhandel weniger attraktiv, wie das Konzept NEMIFRI bestätigt. Zudem kann es auch für einen Produzenten von Vorteil sein, mit einem Grosshändler zusammenzuarbeiten, der ihm Absatzkanäle für verschiedene Gemüse und Früchte zur Verfügung stellt.

280. Der Zusammenschluss verstärkt die vorteilhaftere Ausgangslage von fenaco und Steffen-Ris gegenüber den kleineren Grosshändlern. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass kleinere Unternehmen ihr Handelsvolumen mit Kartoffeln ausbauen können. Gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 verdoppelte der Betrieb Hans Graf seine Menge von [...] Tonnen innerhalb eines Jahres: "Der Lieferant von Aldi, Hans Graf Oberriet, hat innert kürzester Zeit eine Verarbeitungskapazität von [...] t aufgebaut." Dieser Einstieg in das Verarbeitungsgeschäft kostete gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 (Seite 14) ungefähr CHF [...] bis [...]. Allerdings macht der Betrieb Hans Graf mit einem Handelsvolumen

von [...] Tonnen im Markt einen Anteil von ungefähr 0-5% aus. Gemessen am Handelsvolumen von fenaco und Steffen-Ris zusammen beträgt der Ausbau des Handelsvolumens von [...] Tonnen vom Betrieb Hans Graf ungefähr [...] %.

281. Zudem baute der Betrieb Hans Graf seine Kapazität mit der Belieferung eines Detailhandelsunternehmens auf. Weil die Anzahl der Detailhandelsunternehmen beschränkt ist, sind für die kleineren Grosshändler auch die Möglichkeiten von Zusammenarbeit beschränkt. Vor allem, wenn es sich um die Belieferung von neu eingetretenen Detailhandelsunternehmen handelt. Sollte ein kleinerer Grosshändler ein neu eingetretenes Detailhandelsunternehmen beliefern, dann müsste der kleinere Grosshändler auch mit den neu eingetretenen Detailhandelsunternehmen wachsen, um auf vergleichbare Handelsvolumen wie fenaco und Steffen-Ris zu kommen.

282. Ebenso sind Neueintritte in den Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln möglich. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 und Ergänzung vom 19. Dezember 2007 haben folgende Unternehmen in den letzten fünf Jahren den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln in der Schweiz aufgenommen:

- Graf Hans, Feldhof Gemüsebau, Oberriet (Marktanteil ungefähr 0-5% im Jahr 2006);
- Fankhauser + Soltermann, Molondin (Marktanteil ungefähr 0-5% im Jahr 2006 zusammen mit Primserres SA);
- Lagerhaus Mühle Altikon (keine Angabe von Marktanteilen in der Meldung vom 1. Oktober 2007 und in der Ergänzung vom 19. Dezember 2007).

283. Diese drei Markteintritte zeigen, dass auch kleinere Grosshändler neu in den Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln einsteigen können.

284. Allerdings scheint das Handelsvolumen von kleinen Grosshändlern im Vergleich zu fenaco und Steffen-Ris weniger stabil. Wie die Ergänzung vom 10. Januar 2008 zeigt, beträgt das Handelsvolumen der kleinen Grosshändler (Diverse) im Jahr 2005 [...] Tonnen. Im darauffolgenden Jahr 2006 ist das Handelsvolumen dieser Diversen gemäss Ergänzung vom 10. Januar 2008 [...] Tonnen. Dies stellt eine Differenz von [...] Tonnen dar. Im Jahr 2007 schliesslich ist das Handelsvolumen wiederum ungefähr [...] Tonnen höher als im Vorjahr 2006: [...] Tonnen. Im Gegensatz zu den Diversen blieben die von fenaco und Steffen-Ris gehandelten Mengen über diese drei Jahre stabil, wie die Ergänzung vom 10. Januar 2008 zeigt. Folglich verfügen fenaco und Steffen-Ris über eine stabilere Position als die Diversen.

285. Als weitere aktuelle Konkurrenten von fenaco und Steffen-Ris werden in der Ergänzung vom 19. Dezember 2007 einige Verarbeitungsbetriebe im grenznahen Ausland genannt. Mit diesen Verarbeitungsbetrieben lasse sich ein passiver Veredelungsverkehr realisieren. "Im Veredelungsverkehr ist das Gleichheitsprinzip aufgeweicht und es ist möglich, die zur Verarbeitung ausgeführten Waren im Ausland durch Waren gleicher Menge, Beschaffung und Qualität zu ersetzen und wieder zu importieren."

286. Der Konkurrenzdruck des passiven Veredelungsverkehrs scheint jedoch gering. Eine Betrachtung des passiven Veredelungsverkehrs erfolgt in der Vernehmlassungsunterlage Agrarpolitik 2011 (www.blw.admin.ch). Dieser Betrachtung nach wird passiver Veredelungsverkehr im Ausland gemäss Zollgesetz nur bei fehlender inländischer Verarbeitungskapazität bewilligt. "Ausserdem sind bei denjenigen Ausgangsprodukten, die sehr viel Wasser beinhalten und eine geringe Lagerfähigkeit haben (Milch, Kartoffeln, Zuckerrüben) die Distanzen zu den ausländischen Verarbeitungsbetrieben zu gross."

287. Zudem hält die Meldung vom 1. Oktober 2007 auf Seite 37 fest, dass aktuell keine Speise- und Veredelungskartoffeln ausgeführt werden: "Eine Ausfuhr von frischen, unverarbeitenden Kartoffeln findet nicht statt." In den Beilagen zur Ergänzung vom 19. Dezember 2007 legt swisspatat die Verwertung der Ernte 2005 dar. In dieser Darlegung erscheint kein Hinweis zu einem passiven Veredelungsverkehr. Im Jahr 2005 werden 1'500 Tonnen der Ernte als Pflanzkartoffeln für Export verwendet. Der Export von Speise- und Veredelungskartoffeln (inklusive Produkte) beträgt 3'500 Tonnen. Folglich werden von der Jahresernte von 484'700 Tonnen 5'000 Tonnen exportiert. Somit beträgt der Export ungefähr 1% der Jahresernte.

b. Potenzielle Konkurrenz

288. Zur potenziellen Konkurrenz nennt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 aktuelle Konkurrenten ohne nennenswerte Einstiegshürden zur Erhöhung der Kapazität. "Folgende Gemüsehändler sind bereits im Kartoffelmarkt tätig (saisonal oder mit Sortimentsteilen) und könnten den Umsatz ohne grosse Investitionen erheblich steigern."

- Alpfruits – Rhodania SA, Saxon;
- Biscotte fruits & légumes SA, Vinzel;
- LV-Gemüsezentrale, Rebstein;
- Schwab Peter, Siselen;
- Spavetti AG, Kerzers.

289. Für diese bereits im Kartoffelmarkt tätigen Unternehmen würden keine oder nur geringe Investitionskosten anfallen. Es wäre in den meisten Fällen lediglich ein Ausbau der Lagerkapazität notwendig.

Neben den bereits im Kartoffelmarkt tätigen Unternehmen bestehen gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 potenzielle Konkurrenten mit geringen Einstiegshürden. "Die nachstehenden Händler von Lagergemüse verfügen über eine bestehende Infrastruktur (Wasch- und Abpackanlagen) und bestehende Kundenbeziehungen zu den grossen Abnehmern und zu einer Vielzahl Produzenten."

- Gugger-Guillod SA, Sugiez;
- Mischler AG, Ried b. Kerzers;
- Müller Azmoos AG, Azmoos;
- Ott Hans, Basadingen;
- Rügsegger Marcel SA, Sugiez;

- Stoll frères, Yverdon;
- Thonney, Suscévoz;
- Meier AG, Sitterdorf;
- Ratgeb, Unterstammheim.

290. Die genannten Lagergemüsehändler könnten ihre bestehenden Anlagen grundsätzlich auch für die Verarbeitung von Kartoffeln nutzen. In den meisten Fällen müssten diese Händler ihre Kalibriervorrichtung nachrüsten. Für einen Sieb-Kalibrator müsse mit einer Investition von ungefähr CHF 40'000.- gerechnet werden.

291. Ebenso könnten auch mehrere Händler von Frischgemüse in den Grosshandel mit Kartoffeln einsteigen. Der Grosshandel mit Frischgemüse (z.B. Karotten, Zwiebeln), Knollengemüse (z.B. Randen oder Sellerie) und Tafelobst sei von den Betriebsabläufen sehr ähnlich wie der Grosshandel mit Kartoffeln. Was den Händlern von Frischgemüse fehlt, ist die Langzeitlagerung. Die notwendige Hauptinfrastruktur für Langzeitlagerung sei ein Gebäude mit Kühlanlagen. Dieses Gebäude bestehe jedoch bereits bei den Frischgemüsehändlern. Somit wäre die Umstellung auf Langzeitlagerung relativ einfach möglich. Die Ergänzung nennt unter den Frischgemüsehändlern als potenzielle Konkurrenten 19 Unternehmen, welche einen Umsatz von über CHF 10 Mio. erzielen. Damit könnten diese 19 Unternehmen die für die Verarbeitung von Kartoffeln notwendigen Investitionen aufbringen.

292. Als weitere potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz gibt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 die verarbeitenden Betriebe an. Mehrere verarbeitende Betriebe seien für die Lagerung und Aufbereitung (waschen, kalibrieren, sortieren) von Kartoffeln eingerichtet. Mit der Installation von Packanlagen könnten folgende verarbeitende Betriebe in das Frischkonsumgeschäft einsteigen:

- Hilcona AG, Schaan;
- Kadi AG, Langenthal;
- Zweifel AG, Spreitenbach.

293. Diese verarbeitenden Betriebe müssten Waagen und Verpackungsanlagen anschaffen. Insgesamt würden die Anschaffungskosten ungefähr CHF [...] betragen.

294. Schliesslich nennt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 die Produzenten als potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz. Unter Aussparung der Stufe Verarbeiter seien in den letzten Jahren Aldi und Casino in den Detailhandelsmarkt eingetreten. Ihnen verkauften die Produzenten die Kartoffeln direkt.

295. Alle die genannten Handelsunternehmen und Betriebe können potenzielle Konkurrenz darstellen. Allerdings müssten die bereits im Kartoffelmarkt tätigen Unternehmen, die Händler von Lagergemüse, die Händler von Frischgemüse, die verarbeitenden Betriebe und Produzenten für den Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln bei den Produzenten Kartoffeln einkaufen. Zu den Produzenten von Kartoffeln verfügt fenaco wie bereits erwähnt über einen besseren Zugang im Vergleich zu den genannten Handelsunternehmen.

296. Der potenziellen Konkurrenz aus der Schweiz fügt die Ergänzung vom 19. Dezember 2007 potenzielle Konkurrenz aus dem Ausland hinzu. Für ausländische Unternehmen werde der Markteintritt in der Schweiz stets attraktiver. Durch die sinkenden Zollschränken würden die Warenlieferungen in den Schweizer Markt einfacher werden. Im Schlepptau vom Markteintritt ausländischer Detailhändlern interessierten sich auch deren bisherigen ausländischen Lieferanten für einen Eintritt in den Schweizer Markt.

297. Ein ausländischer Grosshändler kann jedoch kaum Speise- und Veredelungskartoffeln aus dem Ausland in die Schweiz einführen. Denn faktisch besteht für die Schweizer Produzenten eine Garantie der Abnahme ihrer Kartoffelproduktion. Bei den Kartoffeln beträgt der Selbstversorgungsgrad ungefähr 90-95%. Folglich macht der Kartoffelimport ungefähr 5-10% aus.

298. Zudem teilt die Verordnung über die Verwertung sowie die Ein- und Ausfuhr von Kartoffeln (Kartoffelverordnung, SR 916.113.11) in Art. 21 die Zollkontingentsanteile für Saat-, Speise- und Veredelungskartoffeln auf Grund einer Inlandleistung zu. Folglich muss ein ausländisches Unternehmen Schweizerische Kartoffeln handeln, um ausländische Kartoffeln importieren zu können. Für den Handel mit Schweizer Kartoffeln ist eine Kooperation mit einem Schweizer Unternehmen möglich. Damit würde das ausländische Unternehmen wieder mit Schweizer Kartoffeln handeln. Dann kann fenaco wiederum den Handel des ausländischen Unternehmens mit den Schweizer Kartoffeln beschränken, weil rund 80% der Kartoffelproduzenten der fenaco und den landwirtschaftlichen Genossenschaften angeschlossen sind. Über die Konzern-Struktur von fenaco und den landwirtschaftlichen Genossenschaften besteht die Möglichkeit, die Kartoffelproduzenten zumindest teilweise zu kontrollieren.

299. Eine zunehmende Wettbewerbsintensität dürfte von einem FHAL zwischen der Schweiz und der EU ausgehen. Momentan ist jedoch der Zeitpunkt einer vollständigen Umsetzung eines FHAL unklar. Das BLW und das SECO gehen von einer vollständigen Umsetzung im Jahr 2016 aus. Damit ist der Zeithorizont langfristig. Zudem befindet sich das Projekt FHAL in der Abklärungsphase. Ein Abbruch des Projektes FHAL ist immer noch möglich.

300. Falls die Schweiz das FHAL mit der EU tatsächlich vollständig umsetzt, ist eine Intensivierung des Wettbewerbs im Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln möglich. Sollte das FHAL aber nicht zu Stande kommen, dann bleibt der potenzielle Wettbewerb durch ausländische Unternehmen gering.

301. Insgesamt ist die disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz und dem Ausland unter den aktuellen Verhältnissen als beschränkt zu beurteilen. Dass die potenzielle Konkurrenz geringe Wirkung hat, bestätigen auch die Befragungen zum Zusammenschlussvorhaben zwischen fenaco und Steffen-Ris. Bei der Frage nach potenziellen Marktzutritten im Handel mit Kartoffeln stufen einige der befragten Unternehmen künftige Marktzutritte als unwahrscheinlich oder kaum wahrscheinlich ein. Ein befragtes Unternehmen gibt für die Möglichkeit, dass ein Unternehmen in den

Handel mit Kartoffeln einsteigt, die Wahrscheinlichkeit von 5% an.

302. In Rz. 220 ff. der Stellungnahme wird argumentiert, die beteiligten Unternehmen könnten die Landwirte nicht daran hindern, Kartoffeln an andere Grosshändler oder Abnehmer zu verkaufen. Damit sei der Annahme, die in den Eingaben genannten potenziellen Konkurrenten seien nur beschränkt potenzielle Konkurrenten, die Grundlage entzogen. Zudem könnten die beteiligten Unternehmen die Beschaffung von Kartoffeln nicht beschränken, da diese kein knappes Gut darstellen. Benötigte ein Händler eine grössere Menge, vereinbare er mit einem bestehenden Produzenten eine Erhöhung der Anbaumenge oder schliesse Anbauverträge mit neuen Produzenten, wie es Steffen-Ris und andere Grosshändler sowie verarbeitende Betriebe in den vergangenen Jahren mehrfach getan hätten. Wenn einem Produzenten eine Abnahmegarantie für die Ware zugesichert werde, sei die Zusammenarbeit gesichert. Könnten fenaco und Steffen-Ris den Beschaffungsmarkt beschränken, wäre Geiser nicht in der Lage gewesen, Migros zusätzlich [...] Tonnen Speisekartoffeln zu offerieren.

303. Zum vorstehenden Kritikpunkt ist einzuwenden, dass in der Beurteilung nicht von einem Hindernis der Konkurrenz an der Beschaffung von Kartoffeln die Rede ist, sondern von einem besseren Zugang zu den kartoffelproduzierenden LANDI-Mitgliedern. Es geht nicht um ein aktives Verhalten von fenaco, womit potenzielle Konkurrenz von einem Markteintritt fern gehalten werden soll. Vielmehr geht es darum, dass die Organisationsstruktur von fenaco letzterer einen besseren Zugang zum Beschaffungsmarkt ermöglicht und dieser Umstand potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abhält. Beim Beispiel von Geiser geht es um einen aktuellen Konkurrenten, der mehr Kartoffeln nachfragt. Ob er dies bei bestehenden oder bei neuen Produzenten getan hat, ist nicht klar. Dieses Beispiel zeigt einzig, dass es der Konkurrenz von fenaco möglich ist, ihre Abnahmemenge auszudehnen. Dies steht aber nicht im Gegensatz zur Aussage, wonach fenaco besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern hat.

304. Die Parteien können der Annahme, der potenzielle Wettbewerb durch ausländische Unternehmen werde ohne ein FHAL Schweiz-EU gering bleiben, nicht folgen. Innerhalb der nächsten zehn Jahre sei eine Verlagerung von Verarbeitungsschritten ins Ausland zu erwarten. Es wird das Beispiel einer Pommes-Frites-Fabrik aufgeführt, die heute nur knapp und in der Zukunft in der Schweiz nicht mehr rentabel zu betreiben sei. Die Verarbeitungskapazitäten in der Schweiz sei zu knapp, um mit den zu tiefen Stückkosten produzierenden Fabriken im Ausland mit zu halten.

305. In diesem Beispiel zur Illustration potenzieller Konkurrenz aus dem Ausland geht es um die Auslagerung der Verarbeitung von Kartoffeln durch einen verarbeitenden Betrieb an eine Betriebsstätte im Ausland. Durch diesen Vorgang tritt kein neuer Konkurrent auf den Schweizer Markt, sondern ein bestehender Konkurrent verschiebt einen Teil seiner Tätigkeit ins Ausland, ohne dass dies seinen Marktaustritt bzw. einen Markteintritt eines ausländischen Unternehmens zur Folge hätte.

Damit ist dies kein Beispiel für zusätzliche potenzielle Konkurrenz aus dem Ausland.

c. Fazit

306. Vorangehende Erörterungen der aktuellen und potenziellen Konkurrenz im Handel mit Speise- und Veredelungskartoffeln ergeben einen beschränkten Wettbewerb in diesem Bereich. Dies ist vor allem solange der Fall, als der Schweizer Agrarmarkt zumindest bei den Speise- und Veredelungskartoffeln nicht vollständig geöffnet ist. Die vollständige Umsetzung des FHAL kann bei planmässiger Entwicklung im Jahr 2016 erfolgen. Die Öffnung des Schweizerischen Agrarmarktes über ein FHAL mit der EU steht jedoch noch nicht mit Sicherheit fest.

307. Der bessere Zugang zu den kartoffelproduzierenden LANDI-Mitgliedern ist als Wettbewerbsvorteil von fenaco gegenüber ihren Konkurrenten zu werten, die nicht über indirekt an ihnen beteiligte Landwirte verfügen. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss diesen besseren Zugang von fenaco zu den Kartoffelproduzenten ändert. Trotz diesem Wettbewerbsvorteil von fenaco sind Wachstum von Konkurrenzunternehmen und Marktzutritte beobachtbar. Schliesslich bestehen Anhaltspunkte, dass zumindest ein Teil der Landwirte ihre Kartoffeln auch ohne Grosshandelsunternehmen verkaufen können. Ungefähr 10% der Produzenten verkaufen ihre Kartoffeln direkt an die Abnehmer.

308. Folglich muss die Wettbewerbskommission davon ausgehen, dass der Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Als Massnahme zur Verhinderung der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG ordnet die Wettbewerbskommission Auflagen an. Diese Auflagen sind in Abschnitt D. Auflagen beschrieben.

d. Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

309. Wie bereits erläutert, beinhaltet die marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt nach Auffassung der Wettbewerbskommission in der Regel auch die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt (s. oben B.4.1.2.). Vorliegend wird dennoch kontrolliert, ob diese Möglichkeit auf dem Markt für Speise- und Veredelungskartoffeln tatsächlich gegeben ist.

310. Mit der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln hat das neu entstehende Unternehmen fenaco / Steffen-Ris die Möglichkeit zu verhindern, dass bereits vorhandene Konkurrenten sich ihm gegenüber weiterhin als Wettbewerber verhalten, dass neue Konkurrenten auf dem betreffenden Markt auftreten oder bereits vorhandene Konkurrenten vom betreffenden Markt zu verdrängen (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A. Bern 2005, Rz. 783).

311. Diese Möglichkeit ergibt sich vorliegend aufgrund der folgenden Umstände: Wie im Rahmen der Beurteilung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz er-

läutert, ist davon auszugehen, dass fenaco einen besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern hat als ihre Konkurrenz. Mit der Übernahme von Steffen-Ris wird die Anzahl der LANDI-Mitglieder, die sich aktuell auf rund 80% der Schweizer Bauern beläuft, unter Umständen weiter ansteigen. Durch den Zusammenschluss erhält fenaco die Möglichkeit, bestehende Grosshändler von der weiteren Abnahme von Speise- und Veredelungskartoffeln bei neuen LANDI-Mitgliedern abzuhalten und sie damit auch an der Weitergabe dieser Erntegüter an den Detailhandel und andere Absatzkanäle zu hindern. Mit anderen Worten kann fenaco bestehende Wettbewerber vom Markt für den Grosshandel mit Speise- und Veredelungskartoffeln verdrängen. Der Anstieg der Anzahl LANDI-Mitglieder führt ebenfalls zur Möglichkeit, den Eintritt neuer Wettbewerber zu verhindern, da diese keine Speise- und Veredelungskartoffel-Produzenten mehr finden. Zweitens kann mit einer vollständigen Umsetzung des FHAL CH-EU bei planmässiger Entwicklung erst im Jahr 2016 gerechnet werden und die Öffnung des Schweizerischen Agrarmarktes über ein FHAL mit der EU noch nicht mit Sicherheit fest steht, kann auch nicht mit ausländischer Konkurrenz gerechnet werden.

312. Im Lichte vorstehender Erwägungen muss also davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Letztere führt zu einer strukturellen Veränderung, die den Wettbewerb möglicherweise beseitigt. Diesem Umstand trägt die Wettbewerbskommission mit ihren Auflagen Rechnung (siehe Abschnitt D).

313. Eine durch den Zusammenschluss bewirkte Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welcher die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt ist zum jetzigen Zeitpunkt weder ersichtlich, noch wurde eine solche Verbesserung von den Parteien vorgebracht.

II. Saatkartoffeln

a. Aktuelle Konkurrenz

314. In den letzten drei Jahren haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Handel von Saatkartoffeln** gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Anbieter	2004	2005	2006
fenaco inkl. Mitglied-LANDI und Steffen-Ris inkl. Frilog	50-60%	50-60%	50-60%
Geiser agro.com AG	10-20%	10-20%	10-20%
LANDI LV ⁸	0-10%	0-10%	0-10%

Die Meldung vom 1. Oktober 2007 zeigt auch eine Darstellung der Situation mit weiteren Händlern von Saatkartoffeln.

⁸ Der LV St. Gallen ist ein Genossenschaftsverband wie fenaco, dessen Wirtschaftsgebiet den Kanton St. Gallen und die angrenzenden Gebiete umfasst.

Anbieter	2006
fenaco inkl. Mitglied-LANDI und Steffen-Ris inkl. Frilog	50-60%
Geiser agro.com AG	10-20%
LANDI LV	0-10%
LANDI GVS ⁹	0-10%
Lagerhaus Lohn AG	0-10%
Maeder AG	0-10%
Übrige	0-10%
Direktvermarktung/Eigenvermarktung	10-20%

315. Die Meldung vom 1. Oktober 2007 weist die Mitglied-LANDI als Konkurrenz zu fenaco und Steffen-Ris aus. In der Stellungnahme stimmen die Parteien der Zugehörigkeit der Mitglied-LANDI und der Zurechnung von deren Marktanteilen zum Konzern fenaco zu. Sie machen aber darauf aufmerksam, dass die direktvermarktenden LANDI-Mitglieder nicht zum Konzern gehören und deren Marktanteile folglich nicht fenaco anzurechnen sind.

316. Mit 30-40% Marktanteil handeln die Mitglied-LANDI die grösste Menge an Saatkartoffeln. Dass die Mitglied-LANDI am meisten Saatkartoffeln handeln, ergibt sich aus ihrer genossenschaftsrechtlichen Organisation. Die Mitglied-LANDI dienen der Selbsthilfe ihrer Genossenschafter. Innerhalb der Mitglied-LANDI verkaufen die Produzenten ihre Saatkartoffeln an die anderen Genossenschafter. Verkäufer und Käufer sind beide Genossenschafter der Mitglied-LANDI. Ebenso sind sowohl Verkäufer als auch Käufer Landwirtschaftsbetriebe. Weil Verkäufer und Käufer Genossenschafter sind, findet der Handel von Saatkartoffeln innerhalb und zwischen den Mitglied-LANDI statt.

317. Die in der Meldung vom 1. Oktober 2007 angegebenen Marktanteile ergeben ohne Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris einen HHI von mindestens 2463 Punkten. Ein Zusammenschluss von fenaco und Steffen-Ris erhöht den HHI auf 3554 Punkte. Somit beträgt die Differenz zwischen HHI vor und HHI nach dem Zusammenschluss 1091 Punkte. In diesen Werten für den HHI sind die Übrigen sowie die Direkt- und Eigenvermarktung nicht enthalten. Zu diesen kleineren Anbietern, welche die Übrigen sowie die Direkt- und Eigenvermarktung bilden, liegen keine Angaben vor. Deshalb stellen die berechneten Werte für den HHI untere Schranken dar.

318. Für den Bereich Saatkartoffeln gelten grundsätzlich die Überlegungen analog zum Bereich Speise- und Veredelungskartoffeln. Die Situation im Handel mit Saatkartoffeln sieht ähnlich aus wie bei den Speise- und Veredelungskartoffeln. Wie die Marktanteile für Saatkartoffeln zeigen, ist fenaco mit den landwirtschaftlichen Ge-

nossenschaften zusammen der grösste Händler von Saatkartoffeln: Sie hält einen Marktanteil von ungefähr 40-50%. Allerdings ist dies nur der Marktanteil von fenaco und den Mitglied-LANDI. Der Marktanteil von direktvermarktenden Betrieben, welche genossenschaftlich mit fenaco und den Mitglied-LANDI verbunden sind, ist nicht berücksichtigt.

319. Grösste Konkurrentin zu fenaco ist die Geiser agro.com AG. Die Geiser agro.com AG weist einen Marktanteil von 10-20% auf. Neben fenaco und der Geiser agro.com AG bieten weitere kleinere Unternehmen Saatkartoffeln an. Kumuliert machen diese weiteren kleineren Unternehmen ungefähr 20-30% des Marktes aus.

320. Gegenüber fenaco weisen Geiser agro.com AG und die kleineren Anbieter von Saatkartoffeln keine Abnehmer auf, mit denen sie genossenschaftlich verbunden sind. Die Abnehmer von Saatkartoffeln sind die Kartoffelproduzenten. Letztere sind mit fenaco genossenschaftlich verbunden. Gemäss Schätzung von swisspat sind zwischen 80% und 90% der Kartoffelproduzenten über landwirtschaftliche Genossenschaften indirekt an der fenaco beteiligt. fenaco gibt unter www.fenaco.ch an, dass rund 80% der aktiven Bauern Mitglied einer landwirtschaftlichen Genossenschaft (LANDI) und damit Mitbesitzer der fenaco sind.

321. Ein mit fenaco und den Mitglied-LANDI genossenschaftlich verbundener Abnehmer wird die benötigten Saatkartoffeln eher bei fenaco, den Mitglied-LANDI und Steffen-Ris beziehen als bei deren Konkurrenz. Wie bereits erwähnt, verfügt fenaco über einen besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern und diese haben Anreiz, ihre Produktionsmittel primär bei der fenaco-LANDI-Gruppe zu beziehen.

⁹ GVS ist ein Genossenschaftsverband wie fenaco. Der GVS hat als Wirtschaftsgebiet den Kanton Schaffhausen, ist in gewissen Sektoren aber auch gesamtschweizerisch tätig (Vertrieb von Fendt-Traktoren).

322. Im Handel mit Saatkartoffeln ist gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 direkt neu die Agro-direct eingetreten. Zum Handelsvolumen von Agro-direct macht die Meldung vom 1. Oktober 2007 allerdings keine Angaben. Aber auch das Wachstum der Agro-direct ist beschränkt. Wie bei der bisherigen Konkurrenz von fenaco und Steffen-Ris, werden die Abnehmer von Saatkartoffeln die fenaco-LANDI-Gruppe und Steffen-Ris als Lieferanten gegenüber der Agro-direct vorziehen.

323. Diese Ausführungen erörtern den aktuellen Wettbewerb im Handel mit Saatkartoffeln. Die Erörterungen zeigen, dass fenaco einen vorteilhafteren Zugang zu den Landwirten hat. Dadurch verfügt fenaco über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihrer Konkurrenz. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss diesen besseren Zugang von fenaco zu den Kartoffelproduzenten ändert. Zudem scheinen die Landwirte Saatkartoffeln direkt zu verkaufen. Ungefähr 10-20% der Produzenten von Saatkartoffeln umgehen den Kanal Grosshandel und verkaufen direkt.

b. Potenzielle Konkurrenz

324. Zur potenziellen Konkurrenz beim Handel mit Saatkartoffeln sind weder der Meldung vom 1. Oktober 2007, noch der Ergänzung vom 19. Dezember 2007 Angaben zu entnehmen. Zusätzlichen Wettbewerbsdruck dürfte das FHAL zwischen der Schweiz und der EU bringen. Aber wiederum: der Zeitpunkt der vollständigen Umsetzung eines FHAL ist unklar. Das BLW und das SECO gehen von einer vollständigen Umsetzung im Jahr 2016 aus. Damit ist der Zeithorizont langfristig. Zudem ist die Durchführung eines FHAL mit der EU nicht mit Sicherheit gegeben.

325. Auch die Befragungen geben keine zusätzlichen Hinweise zur potenziellen Konkurrenz. Einige der befragten Unternehmen bewerten die Wahrscheinlichkeit von künftigen Marktzutritten als unwahrscheinlich oder kaum wahrscheinlich. Beispielsweise gibt ein Unternehmen für die Möglichkeit von Neueintritten in den Handel mit Saatkartoffeln die Wahrscheinlichkeit von 5% an.

326. Damit ist eine disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz als beschränkt zu beurteilen.

c. Fazit

327. Wie bei den Speise- und Veredelungskartoffeln verfügt fenaco über einen besseren Zugang zu den Landwirten. Aber es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dieser Zugang durch den Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris eine Änderung erfährt. Neben fenaco mit seinen Mitglied-LANDI und Steffen-Ris existieren weitere Grosshändler von Saatkartoffeln. Zudem nutzen ungefähr 10-20% der Produzenten für den Verkauf ihrer Saatkartoffeln die Kanäle Direktvermarktung und Eigenvermarktung. Diese 10-20% verkaufen ihre Saatkartoffeln nicht über den Grosshandel.

328. Die Betrachtung der potenziellen Konkurrenz ergibt hingegen einen beschränkten potenziellen Wettbewerb im Handel mit Saatkartoffeln. Weder die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, noch die Befragungen ergeben einen Hinweis auf existierende potenzielle Konkurrenz. Eine disziplinierende Wirkung durch ein FHAL Schweiz-EU ist begrenzt. Zum Zeitpunkt der Beurteilung

des Zusammenschlussvorhabens zwischen fenaco und Steffen-Ris ist das Inkrafttreten eines FHAL Schweiz-EU unsicher.

329. Folglich muss die Wettbewerbskommission davon ausgehen, dass der Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris auf dem Markt für den Grosshandel von Saatkartoffeln eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Zur Verhinderung der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG ordnet die Wettbewerbskommission Auflagen an. Diese Auflagen sind in Abschnitt D. Auflagen beschrieben.

d. Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

330. Wie bereits erläutert, beinhaltet die marktbeherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt nach Auffassung der Wettbewerbskommission in der Regel auch die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt (s. oben B.4.1.2.). Vorliegend wird dennoch kontrolliert, ob diese Möglichkeit auf dem Markt für Saatkartoffeln tatsächlich gegeben ist.

331. Bei der Beurteilung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz auf dem Markt für den Handel von Saatkartoffeln hat sich gezeigt, dass die fenaco-LANDI-Gruppe über einen besseren Zugang zu den LANDI-Mitgliedern verfügt als ihre Konkurrenz. Durch den Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris fällt eine Alternative für die Saatkartoffelproduzenten weg, welche ihre Saatkartoffeln nicht über den Grosshändler fenaco verkaufen wollen. Wie gesehen, kann eine vollständigen Umsetzung des FHAL CH-EU bei planmässiger Entwicklung erst im Jahr 2016 erfolgen und steht die Öffnung des Schweizerischen Agrarmarktes über ein FHAL mit der EU noch nicht mit Sicherheit fest. Daher kann auch nicht mit ausländischer Konkurrenz gerechnet werden.

332. Im Lichte vorstehender Erwägungen muss also davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für den Grosshandel von Saatkartoffeln eine marktbeherrschende Stellung von fenaco und Steffen-Ris nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Letztere führt zu einer strukturellen Veränderung, die den Wettbewerb möglicherweise beseitigt. Diesem Umstand trägt die Wettbewerbskommission mit ihren Auflagen Rechnung (siehe Abschnitt D).

333. Eine durch den Zusammenschluss bewirkte Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welcher die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt ist zum jetzigen Zeitpunkt weder ersichtlich, noch wurde eine solche Verbesserung von den Parteien vorgebracht.

C.4.1.2.4.9 Pflanzenschutzmittel

a. Aktuelle Konkurrenz

334. Dieser Abschnitt behandelt den Gross- und Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln. Zuerst sind die Marktanteile für jeweils den Gross- und Detailhandel dargestellt. Die darauffolgenden Überlegungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz sind dieselben für den Gross- und Detailhandel. Deshalb erfolgt die gemeinsame Darstellung der Überlegungen für die beiden Berei-

che Gross- und Detailhandel. In dieser gemeinsamen Darstellung sind unter Handel von Pflanzenschutzmitteln der Gross- und Detailhandel zusammengefasst. Diese Zusammenfassung impliziert aber keineswegs, dass der Gross- und Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören. Im vorliegenden Fall decken sich lediglich die Überlegungen für die beiden Bereiche.

335. In den letzten drei Jahren haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den **Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln** gemäss Meldung wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco und Steffen-Ris	50-60%	50-60%	50-60%
Lagerhaus Lohn AG	0-10%	0-10%	0-10%
AgroCorner AG ¹⁰	0-10%	0-10%	0-10%
Chevalley, Yverdon	0-10%	0-10%	0-10%

336. Gemäss Meldung haben folgende Unternehmen in den letzten fünf Jahren mit dem Grosshandel von Pflanzenschutzmitteln in der Schweiz begonnen:

- Realchemie AG
- Agro-direct

Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 will die Realchemie AG einen Anteil von 0-10% bis 10-20% erreichen.

337. Auf der Stufe **Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln** stellt sich die Marktsituation gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 folgendermassen dar:

Detailhändler	Volumen (Mio. CHF)	Marktanteil
fenaco inkl. Mitglied-LANDI und Steffen-Ris	[...]	50-60%
Lagerhaus Lohn AG	[...]	0-10%
LANDI-GSV	[...]	0-10%
LANDI-LV	[...]	0-10%

338. Die befragten Händler von Pflanzenschutzmitteln bestätigen den Marktanteil von fenaco und Steffen-Ris in den beiden Bereichen Gross- und Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln. Teilweise geben die befragten Händler sogar höhere Marktanteile für fenaco und Steffen-Ris an.

339. Im Bereich Pflanzenschutzmittel führte die Schweizerische Hochschule für Landwirtschaft SHL Zollikofen eine Studie durch: Preise für landwirtschaftliche Produktionsmittel in der Schweiz und in den EU-Nachbarländern Deutschland und Frankreich. Diese Studie ist unter www.blw.admin.ch (Stand: 9. Januar 2008) in der Rubrik Dokumentation abrufbar. Zu den Preisentwicklungen von Pflanzenschutzmitteln kann die Studie der SHL Zollikofen keine allgemein gültige Aussage machen. Bei gewissen Pflanzenschutzmitteln stellt die Studie für die Zeitspanne 1993 bis 2004 sinkende Preistendenzen fest. Als mögliche Gründe nennt die Studie Zusammenhänge mit dem Ablauf von Patenten und dem damit verbundenen Erscheinen von Generika

im Markt oder dem Markteintritt von Produktneuheiten. Gemäss der Studie nennen Branchenfachleute den Markteintritt von Produktneuheiten als häufigsten Grund einer preislichen Neupositionierung.

340. Gegenüber den sinkenden Preistendenzen bei gewissen Produkten stellt die Studie bei anderen Produkten Preisanstiege fest. Eigentlich sollten gemäss Studie wegen den Theorien des Produktlebenszyklus die verschärfte Konkurrenz von auf den Markt kommenden, neuen Produkten zu Preiszugeständnissen bei den etablierten Produkten führen. Die Studie nennt dann auch als mögliche Erklärung, "dass die Hersteller bzw. Importeure

¹⁰ Gemäss Meldung wurde die bisherige Einzelfirma Schwab-Guillod Agrarprodukte im Januar 2006 in die AgroCorner AG umgewandelt. Der Frischgemüsebetrieb Schwab-Guillod sowie das internationale Transportunternehmen Euroline Transport AG seien Partnerunternehmen der AgroCorner AG.

von Pflanzenschutzmitteln die Preise von neuen Produkten mit besseren Eigenschaften jeweils über denjenigen der etablierten ansetzen, damit die etablierten Produkte einen Preisvorteil auch ohne Preissenkung halten können. Eine weitere Erklärung wäre ein geringer Druck durch Produktneuheiten aufgrund einer (vermuteten) tiefen Innovationsrate. Ein dritter Erklärungsversuch geht in die Richtung, dass die sukzessive Zulassung für neue Anwendungsbereiche den Wert eines Produktes in der frühen Phase des Lebenszyklus steigert, und der Verkaufspreis in der Folge der Wertentwicklung angepasst wird."

341. Somit lassen die Resultate der Studie zu den Preisentwicklungen bei Pflanzenschutzmitteln keinen eindeutigen Schluss zur Wettbewerbssituation zu. Dazu sind die Resultate zu den Entwicklungen in den Preisen zu wenig einheitlich. Die Studie erlaubt keine eindeutige Schlussfolgerung über die Wettbewerbssituation im Bereich Pflanzenschutzmittel.

342. Eine Betrachtung der aktuellen Konkurrenz zeigt, dass Händler von Pflanzenschutzmitteln neu in den Markt eintreten. Unter diesen neu eintretenden Händlern befinden sich auch ausländische Unternehmen. Allerdings verfügt fenaco zusammen mit den landwirtschaftlichen Genossenschaften auch bei den Pflanzenschutzmitteln über einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern als die Konkurrenz.

b. Potenzielle Konkurrenz

343. Seit Januar 2008 können auch patentgeschützte Produkte unter gewissen Bedingungen auf die Liste frei einführbarer Pflanzenschutzmittel aufgenommen werden. Damit sind alle Bedingungen erfüllt, dass Parallelimporte von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln möglich sind. Schweizerische Betriebe können im Ausland produzierte Pflanzenschutzmittel importieren, ohne dass ein Schweizer Patentinhaber, gestützt auf sein Patentrecht, den Import unterbinden kann. Mit der Einführung von Parallelimporten fällt eine Importbeschränkung für patentgeschützte Pflanzenschutzmittel.

344. Der Zeitpunkt der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zwischen fenaco und Steffen-Ris fällt mit der Inkraftsetzung der Ermöglichung von Parallelimporten für patentgeschützte Produkte zusammen. Deshalb erfolgt die Berücksichtigung von Parallelimport für patentgeschützte Produkte unter der potenziellen Konkurrenz.

345. Mit der Möglichkeit von Parallelimporten patentgeschützter Pflanzenschutzmittel können Handelsunternehmen die Vertriebsnetze der Hersteller von Pflanzenschutzmitteln umgehen. Grundsätzlich können somit parallelimportierte Waren günstiger auf dem Schweizerischen Markt angeboten werden. Folglich ist im Bereich der Pflanzenschutzmittel aufgrund der Möglichkeit der Parallelimporte ein beschränkter Wettbewerbsdruck zu erwarten. Der Wettbewerbsdruck ist beschränkt, weil fenaco und Steffen-Ris einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern von Pflanzenschutzmitteln haben.

346. Zusätzliche Wettbewerbsintensität könnte von einem FHAL zwischen der Schweiz und der EU ebenfalls im Bereich Pflanzenschutzmittel ausgehen. Denn ein FHAL mit der EU sieht zurzeit eine vollständige Öffnung

des Agrarbereiches vor. Die vollständige Öffnung schliesst den Handel mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln ein; auch Pflanzenschutzmittel. Deswegen erwartet das SECO durch ein FHAL einen verstärkten Wettbewerbsdruck entlang der ganzen Lebensmittelkette.

347. Momentan ist jedoch der Zeitpunkt einer vollständigen Umsetzung eines FHAL unklar. Das BLW und das SECO gehen von einer vollständigen Umsetzung im Jahr 2016 aus. Damit ist der Zeithorizont langfristig. Zudem befindet sich das Projekt FHAL in der Abklärungsphase. Ein Abbruch des Projektes FHAL ist immer noch möglich.

348. Falls die Schweiz das FHAL mit der EU tatsächlich vollständig umsetzt, ist eine Intensivierung des Wettbewerbs im Grosshandel mit Pflanzenschutzmitteln möglich. Sollte das FHAL aber nicht zu Stande kommen, dann bleibt der potenzielle Wettbewerb durch ausländische Unternehmen gering.

349. Zudem verfügten fenaco und Steffen-Ris selbst bei einer vollständigen Umsetzung eines FHAL über einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern von Pflanzenschutzmitteln.

350. Die Betrachtung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz ergeben einen beschränkten Wettbewerb im Handel mit Pflanzenschutzmitteln.

c. Fazit

351. Bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben mit Steffen-Ris verfügt fenaco über einen hohen Marktanteil im Handel mit Pflanzenschutzmitteln. Steffen-Ris dagegen ist im Grosshandel mit Pflanzenschutzmitteln nicht tätig. Im Detailhandel mit Pflanzenschutzmitteln beträgt der Marktanteil für Steffen-Ris 0-5%. Aufgrund der genossenschaftsrechtlichen Organisation der fenaco-LANDI-Gruppe sind rund 80% der Abnehmer mit fenaco verbunden. Damit verfügt fenaco gegenüber ihrer Konkurrenz über einen Wettbewerbsvorteil. Dieser Wettbewerbsvorteil erlaubt fenaco, sich von ihren Mitbewerbern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Allerdings scheint dieser vorteilhaftere Zugang von fenaco zu den Abnehmern durch den Zusammenschluss mit Steffen-Ris nicht zu ändern.

352. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von fenaco auf dem Markt für den Gross- und Detailhandel von Pflanzenschutzmitteln im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG.

C.4.1.2.4.10 Pflanzennahrung (Dünger)

a. Aktuelle Konkurrenz

353. Wie bei den Pflanzenschutzmitteln sind für die Pflanzennahrung zuerst die Marktanteile für jeweils den Gross- und Detailhandel dargestellt. Die Darstellung der Überlegungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz erfolgt für den Gross- und Detailhandel von Pflanzennahrung gemeinsam. Denn die Überlegungen sind für den Gross- und Detailhandel dieselben. Zudem verweist die Meldung vom 1. Oktober 2007 im Abschnitt Detailhandel von Pflanzennahrung an mehreren Stellen auf die Angaben im Grosshandel von Pflanzennahrung.

Wiederum impliziert die gemeinsame Erörterung von Gross- und Detailhandel aber keineswegs, dass die beiden Bereiche zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben decken sich lediglich die Überlegungen für beide Bereiche.

354. Im Folgenden umfasst der Begriff Handel für Pflanzennahrung den Gross- und Detailhandel für Pflanzennahrung.

355. Im Bereich **Grosshandel von Pflanzennahrung** haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der wichtigsten Wettbewerber in den letzten drei Jahren gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Grosshändler	2004	2005	2006
fenaco, Steffen-Ris, Agroline AG	70-80%	70-80%	70-80%
Calcium Agro AG	0-10%	0-10%	0-10%
Exact	0-10%	0-10%	0-10%

356. Zu den Marktanteilen im Bereich Grosshandel mit Pflanzennahrung sind zwei Bemerkungen notwendig. Die erste Bemerkung betrifft Steffen-Ris. Gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 ist Steffen-Ris nicht im Grosshandel mit Pflanzennahrung tätig. Im Grosshandel mit Pflanzennahrung beträgt der Marktanteil von Steffen-Ris somit 0%. Die zweite Bemerkung betrifft den Erwerb der Agroline AG durch fenaco. fenaco hat Ende 2007 die Agroline AG erworben. Somit sind die Marktanteile der Agroline AG fenaco und Steffen-Ris zuzurechnen. Bei einer rückwirkenden Betrachtung bedeutet dies einen Marktanteil von 70-80% für fenaco, Steffen-Ris und Agroline AG in den Jahren 2004 bis 2006.

357. Mit dem Grosshandel von Pflanzennahrung in der Schweiz haben in den letzten fünf Jahren gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 folgende Unternehmen begonnen:

- Realchemie AG
- Agro-direct

358. Im Bereich **Detailhandel von Pflanzennahrung** haben sich die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der wichtigsten Wettbewerber in den letzten drei Jahren gemäss Meldung vom 1. Oktober 2007 wie folgt entwickelt:

Detailhändler	2004	2005	2006
fenaco, Steffen-Ris und Mitglied-LANDI ¹¹	60-70%	60-70%	60-70%
LANDI LV ¹²	0-10%	0-10%	0-10%
Calcium Agro	0-10%	0-10%	0-10%
OMYA	0-10%	0-10%	0-10%
Exact SA	0-10%	0-10%	0-10%
LANDI GSV	0-10%	0-10%	0-10%
Übrige (10-15 Unternehmen)	0-10%	0-10%	0-10%

359. Wie die Marktanteile von Steffen-Ris zeigen, ist Steffen-Ris im Detailhandel für Pflanzennahrung von geringer Bedeutung. Gemäss Ergänzung vom 19. Dezember 2007 spielt der Detailhandel mit Pflanzennahrung bei Steffen-Ris eine untergeordnete Rolle. Deshalb

¹¹ Die Mitglied-LANDI sind rechtlich selbständige Genossenschaften, die als Genossenschafter an der fenaco beteiligt sind. Sie gehören damit zum Konzern fenaco. Folglich sind ihre Marktanteile der fenaco zuzurechnen.

¹² Der LV St. Gallen ist ein Genossenschaftsverband wie fenaco, dessen Wirtschaftsgebiet den Kanton St. Gallen und die angrenzenden Gebiete umfasst.

hätte Steffen-Ris bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben den sukzessiven Ausstieg aus dem Düngergeschäft beschlossen. Dieser Entschluss eines Ausstieges aus dem Düngergeschäft stand unabhängig von einem Zusammenschlussvorhaben mit fenaco fest. Falls diese Angabe zutrifft, geht durch den Zusammenschluss auch keine potenzielle Konkurrenz verloren.

360. Zu neu eingetretenen Unternehmen im Detailhandel für Pflanzennahrung verweist die Meldung vom 1. Oktober 2007 auf die Angaben für den Grosshandel. Folglich sind in den letzten fünf Jahren in der Schweiz die Realchemie AG und die Agro-direct in den Detailhandel von Pflanzennahrung in der Schweiz eingetreten.

361. Aufgrund der Angaben in der Meldung vom 1. Oktober 2007 sind fenaco und Steffen-Ris zusammen mit den Mitglied-LANDI die grössten Unternehmen im Gross- und Detailhandel von Pflanzennahrung. In den beiden Bereichen verfügen fenaco und Steffen-Ris zusammen mit den Mitglied-LANDI über mindestens 60-70% Marktanteil.

362. Neben fenaco und Steffen-Ris sind weitere kleinere Betriebe im Handel von Pflanzennahrung tätig. Einige von ihnen bestätigen die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

363. Die Schweizerische Hochschule für Landwirtschaft SHL Zollikofen untersuchte in ihrer Studie auch die Entwicklung der Preise von Düngerprodukten. Die Preise für gewisse Dünger sind von Schwankungen geprägt. Diese Schwankungen sind in erster Linie von Schwankungen in den Energiepreisen beeinflusst. Einige Düngemittel verzeichnen steigende Preistendenzen. Andere Düngemittel weisen sinkende Preise auf. Kurz: die Studie stellt keine einheitliche Preistendenz fest. Somit liefern die Preisentwicklungen bei den Düngemittel keinen Nachweis auf Wettbewerb in diesem Bereich. Aber die Studie liefert auch keinen Nachweis, dass kein Wettbewerb herrscht.

364. Trotz der hohen Marktanteile von fenaco bestehen weitere kleinere Unternehmen im Handel von Pflanzennahrung. Zudem sind zwei Händler von Pflanzennahrung in der Schweiz neu eingetreten. Allerdings verfügt fenaco auch beim Handel von Pflanzennahrung über einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern. Über die genossenschaftsrechtliche Struktur der fenaco-LANDI-Gruppe sind die LANDI-Mitglieder (Abnehmer von Pflanzennahrung) indirekt an fenaco beteiligt. fenaco verfügt damit gegenüber ihrer Konkurrenz über einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern. Diese Situation dürfte die anderen kleineren Händler von Pflanzenschutzmitteln in den Möglichkeiten des Absatzes ihrer Produkte zumindest teilweise beschränken.

b. Potenzielle Konkurrenz

365. Die Änderung der Pflanzenschutzmittelverordnung dürfte kaum zusätzlichen Wettbewerbsdruck durch potenzielle Konkurrenz bringen. Grundsätzlich ermöglicht die Änderung der Pflanzenschutzmittelverordnung Parallelimporte von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln. Allerdings sind die wenigsten Pflanzennahrungsprodukte patentgeschützt. Somit ist der Parallelimport der meisten Pflanzennahrungsprodukte auch ohne Änderung der Pflanzenschutzmittelverordnung möglich. Folglich hat

die Möglichkeit von Parallelimporten patentgeschützter Produktionsmittel kaum Auswirkungen auf den Handel von Pflanzennahrung.

366. Bei einer Öffnung des Agrarbereiches via FHAL Schweiz-EU könnte die dadurch entstehende potenzielle Konkurrenz eine gewisse disziplinierende Wirkung auf fenaco haben. Aber auch im Bereich Handel mit Pflanzennahrung ist diese disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz über ein FHAL mit der EU beschränkt. Erstens, die Einführung eines FHAL mit der EU ist unsicher. Zweitens, falls ein FHAL zustande kommt, ist der Zeitpunkt einer vollständigen Umsetzung unklar. Drittens, zum Zeitpunkt der Beurteilung des Zusammenschlusses fällt der Zeithorizont bis zu einer vollständigen Umsetzung im Jahr 2016 langfristig aus. Viertens, fenaco, Agrolin AG und Steffen-Ris würden gegenüber ihrer Konkurrenz auch bei einer vollständigen Umsetzung eines FHAL über einen vorteilhafteren Zugang zu den Abnehmern von Pflanzennahrung verfügen.

c. Fazit

367. fenaco verfügt im Handel mit Pflanzennahrung über sehr hohe Marktanteile. Die Organisation von fenaco als genossenschaftsrechtlicher Konzern erleichtert ihr den Zugang zu den Abnehmern von Pflanzennahrung. Rund 80% der Abnehmer sind indirekt an fenaco beteiligt. Damit verfügt fenaco gegenüber ihrer Konkurrenz über einen Wettbewerbsvorteil. Dieser Wettbewerbsvorteil erlaubt fenaco, sich von ihren Mitbewerbern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Allerdings sind trotz dem vorteilhafteren Zugang von fenaco zu den Landwirten neue Unternehmen in den Markt eingetreten. Im Weiteren bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss mit Steffen-Ris am vorteilhafteren Zugang von fenaco etwas ändern wird.

368. Die Möglichkeit des Parallelimportes von patentgeschützten Produktionsmitteln stellt im Handel mit Pflanzennahrung keine potenzielle Konkurrenz dar. Hingegen stellt ein FHAL mit der EU potenzielle Konkurrenz dar, sofern eine vollständige Umsetzung feststeht. Zur Zeit sind weder die Umsetzung eines FHAL, noch der Zeitpunkt der Umsetzung sicher. Zudem dürfte fenaco aufgrund ihrer genossenschaftlich organisierten Struktur selbst bei einem FHAL über einen Wettbewerbsvorteil verfügen. Allerdings ist Steffen-Ris, im Gegensatz zu fenaco, nur geringfügig im Handel mit Pflanzennahrung tätig. Zudem plante Steffen-Ris bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben den Ausstieg aus dem Geschäft mit Pflanzennahrung. Sofern diese Angaben zutreffen, fällt durch den Zusammenschluss keine potenzielle Konkurrenz weg.

369. Das Zusammenschlussvorhaben führt damit nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von fenaco auf den Märkten für den Gross- und den Detailhandel von Pflanzennahrung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG.

D. AUFLAGEN

370. Aufgrund der erfolgten Analyse muss die Wettbewerbskommission davon ausgehen, dass der Zusammenschluss zwischen fenaco und Steffen-Ris eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Die Begründung einer marktbeherrschenden

Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG besteht auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln sowie auf dem Markt für Saatkartoffeln. Des Weiteren muss die Wettbewerbskommission davon ausgehen, dass fenaco über die Mitglied-LANDI, die zum Konzern fenaco gehören, einen vorteilhaften Zugang zu den Produzenten hat.

371. Um einer Marktbeherrschung entgegenzutreten und sicherzustellen, dass die Produzenten ihre wirtschaftlichen Entscheidungen unabhängig von fenaco treffen können, verfügt die Wettbewerbskommission Auflagen. Diese Auflagen gelten nicht für einzelne Produkte oder einzelne Gruppen von Produkten. fenaco ist in mehreren Bereichen tätig (vgl. Abschnitt B.2.). Bei einer Beschränkung der Auflagen auf einzelne Produkte oder Gruppen von Produkten bestünde die Gefahr, dass die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Produzenten in den und über die anderen Tätigkeitsbereichen eingeschränkt würde. Deshalb gelten die Auflagen für alle Bereiche und Betriebszweige, in denen fenaco tätig ist. Die Auflagen sind die folgenden:

a) fenaco wird verpflichtet, keine Bezugs- und Lieferpflichten zu Lasten der Produzenten (Landwirte) vorzusehen, durchzusetzen oder durch die Mitglied-LANDIs direkt oder indirekt durchsetzen zu lassen.

b) fenaco sorgt dafür, dass die Produzenten (Landwirte) darüber informiert werden, sei es direkt oder indirekt über die Mitglied-Landis, dass keine Bezugs- und Lieferpflichten gegenüber den Mitglied-LANDIs bzw. der fenaco bestehen.

c) fenaco wird dem Sekretariat der Wettbewerbskommission spätestens drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung einen Zwischenbericht über den Stand der Umsetzung der oben genannten Auflagen erstatten. Sechs Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung wird fenaco beim Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Bericht einreichen, der die vollständige Umsetzung der Auflagen belegt und dokumentiert.

372. Im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 ff. VwVG nahmen die Parteien zu den Auflagen Stellung. In ihrer Stellungnahme vom 10. März 2008 erklärten die Parteien ihr Einverständnis mit den Auflagen. fenaco fügte dem Einverständnis folgende Präzisierung an: "Die Auflagen interpretiert fenaco dahingehend, dass Verträge, welche Belieferungs- und Lieferverpflichtungen zum Inhalt haben, die im allgemeinen Geschäftsverkehr üblich sind, von dieser Unterlassungspflicht nicht betroffen sind. Vielmehr geht es um eine generelle Bezugs- und Lieferpflicht zu Lasten der Produzenten."

373. Die verfügten Auflagen haben Vorrang vor den Statuten der LANDIs.

E. ERGEBNIS

Es muss davon ausgegangen werden, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für den Grosshandel von Speise- und Veredelungskartoffeln sowie auf dem Markt für den Grosshandel von Saatkartoffeln eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG begründet. Um dieser Marktbeherrschung entgegenzu-

treten verfügt die Wettbewerbskommission die im Abschnitt D aufgeführten Auflagen, mit welchen sich die Parteien einverstanden erklärt haben.

F. KOSTEN

Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, fenaco und die Steffen-Ris Holding AG.

Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben.

Beschliesst die Weko, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.- gilt (Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Der Zeitaufwand für die Bearbeitung des Zusammenschlussvorhabens belief sich insgesamt auf [...] Stunden, und wird nach folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- [...];

- [...];

- [...].

Für diesen Aufwand resultiert insgesamt eine Gebühr von CHF [...].

Solidarische Haftung

Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Gebühr solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

G. DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Zusammenschlussvorhaben fenaco / Steffen-Ris wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

a) fenaco wird verpflichtet, keine Bezugs- und Lieferpflichten zu Lasten der Produzenten (Landwirte) vorzusehen, durchzusetzen oder durch die Mitglied-Landis direkt oder indirekt durchsetzen zu lassen.

b) fenaco sorgt dafür, dass die Produzenten (Landwirte) darüber informiert werden, sei es direkt oder indirekt über die Mitglied-LANDIs, dass keine Bezugs- und Lieferpflichten gegenüber den Mitglied-LANDIs bzw. der fenaco bestehen.

c) fenaco wird dem Sekretariat der Wettbewerbskommission spätestens drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung einen Zwischenbericht über den Stand der Umsetzung der oben genannten Auflagen erstatten. Sechs Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung wird fenaco beim Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Be-

-
- richt einreichen, der die vollständige Umsetzung der Auflagen belegt und dokumentiert.
2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können – ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen – mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.
3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]
-

B 2.3

13. Morgan Stanley/SPI/Heidmar

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. April 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. April 2008

A SACHVERHALT

1. Am 28. März 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Shipping Pool Investors Inc. (nachfolgend: SPI) 49% der Stimmrechte an Heidmar Inc. indirekt von Morgan Stanley Capital Group Inc. zu erwerben. Morgan Stanley Capital Group Inc. hält zur Zeit mittelbar über ihre Tochtergesellschaften Heidmar Group Inc. und Heidmar Intermediate Holdings Ltd. alle Aktien an Heidmar Inc.

2. Das veräussernde Unternehmen Morgan Stanley ist eine nach US-amerikanischem Recht in Delaware konstituierte und an der New York Stock Exchange kotierte Gesellschaft mit Domizil in New York, USA. Es ist eine indirekte, hundertprozentige Tochtergesellschaft von Morgan Stanley und kontrolliert zur Zeit mittelbar über ihre Tochtergesellschaften Heidmar Group Inc. und Heidmar Intermediate Holdings Ltd. alle Anteile an Heidmar Inc. Morgan Stanley und ihre Tochtergesellschaften (nachfolgend gemeinsam: Morgan Stanley) sind im weltweiten Bankgeschäft tätig. Ihre Tochtergesellschaften in der Schweiz verfolgen im allgemeinen die gleichen Geschäftsaktivitäten¹. Über ihre Tochtergesellschaft Heidmar Inc. ist Morgan Stanley auch in der internationalen Schifffahrt und der Seeschifffahrts-Logistik tätig.

3. Das übernehmende Unternehmen Shipping Pool Investors (nachfolgend: SPI) ist eine nach dem Recht der Republik der Marshallinseln konstituierte Gesellschaft mit Domizil in Majuro, Marshall Island. Es ist ein von Herrn George Economou kontrolliertes Akquisitionsvehikel. Er und seine Familie kontrollieren eine Gruppe von Unternehmen (nachfolgend: Economou Gruppe), die im Seeschifffahrtsgeschäft tätig sind. Die Economou Gruppe umfasst Cardiff Marine Inc., Drybulk S.A. und DryShips Inc. Cardiff Marine Inc. verchartert teilweise Öltanker – über Drybulk S.A. als Dienstleistungserbringerin in der Gruppe – an eigene Kunden. Zudem gehören einige Tankerschliffe von Cardiff Marine Inc. Öltanker-Pools an, die von Heidmar gemanagt werden. Cardiff Marine Inc. wird weiter für die Einbringung einiger Tankerschliffe, die noch in Bau oder Planung sind, in diese Pools sorgen. DryShips Inc. ist nicht im Bereich des Öltransports tätig, sondern befördert sogenannte Trockenschuttgüter.

4. Das zu veräussernde und zu übernehmende Unternehmen Heidmar Inc. ist eine nach dem Recht der Republik der Marshallinseln konstituierte Gesellschaft mit Domizil in Norwalk, USA. Heidmar Inc., und ihre Tochtergesellschaften (nachfolgend gemeinsam: Heidmar) wurden 2006 von Morgan Stanley erworben. Heidmar verfügt über [...] Öltanker und erbringt Management Dienstleistungen² für fünf Schifffahrts-Pools mit insgesamt ungefähr 80 Tankern³, die in erster Linie Öl und Ölprodukte befördern. Ausserdem chartert Heidmar auch Schiffe von Dritten und verchartert diese dann auf Zeit an die verschiedenen Pools. Die Gewinne aus den Pools teilen sich die Unternehmen, welche Schiffe zu den Pools beisteuern (u.a. auch Heidmar). Schiffseigentümer und Kunden können so von einer erhöhten Schiffsnutzung und von Grössenvorteilen profitieren.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wird ebenfalls den deutschen, brasilianischen und südkoreanischen Wettbewerbsbehörden notifiziert⁴.

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. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gelten die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

9. Die Parteien haben am 27. März 2008 einen Kaufvertrag abgeschlossen. Danach wird SPI von Morgan Stanley 49% der Stimmrechte an Heidmar erwerben. Nach

¹ In der Schweiz bestehen folgende Tochtergesellschaften von Morgan Stanley: Bank Morgan Stanley AG, Dean Witter Reynolds (Lugano) S.A., Morgan Stanley Capital International S.A., Morgan Stanley Swiss Holdings GmbH, Morgan Stanley Swiss Strategic Investments GmbH und Personalvorsorgestiftung der Bank Morgan Stanley AG.

² Marketing, Treibstoff-Ankauf, Hafen-Formalitäten etc.

³ u.a. von Morgan Stanley und der Economou Gruppe.

⁴ Die Parteien haben keine Angaben über den Stand des Verfahrens gemacht.

der Transaktion werden sowohl SPI als auch die Heidmar Group Inc. 49% der Stimmrechte halten. Die restlichen 2% werden vom Management von Heidmar gehalten.

10. Morgan Stanley und die Economou Gruppe beabsichtigen, Heidmar gemeinsam zu kontrollieren. In Hinblick auf Morgan Stanley ist beabsichtigt, die gemeinsame Kontrolle über Heidmar mittelbar über die Heidmar Group Inc. auszuüben. [...].

11. Bei der geplanten Übernahme von 49% der Aktien von Heidmar wird ein Gemeinschaftsunternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) begründet, da ein Vorgang gegeben ist, bei welchem zwei Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrolliert haben und das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. 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

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 zwei Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenen Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

14. Werden die Umsatzschwellen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 und 3 KG und Art. 3 bis 8 VKU erreicht, so liegt ein meldepflichtiger Zusammenschluss vor.

15. Die beteiligten Unternehmen erzielten 2007 folgende Umsätze:

Umsätze 2007 in CHF		
	Weltweit (in Mio.)	Schweiz (in Mio.)
Morgan Stanley	[...]	[...]
Economou Gruppe	[...]	[...]
Heidmar	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

16. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2007 weltweit einen gemeinsamen Umsatz von mehr als 2 Mrd. CHF. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist somit erreicht. Zwei der beteiligten Unternehmen erzielten ausserdem im Geschäftsjahr 2007 in der Schweiz einen Umsatz von über 100 Mio. CHF, womit auch der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten ist. Der geplante Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

20. Der Zusammenschluss betrifft den Überseetransport mit Öltankern. Alle Unternehmen verfügen über Tankerships, die für den Transport von Erdölprodukten und Rohöl verwendet werden können. Über DryShips Inc. verfügt die Economou Gruppe zudem über Schiffe, die für den Transport von Trockenschüttgut verwendet werden. Diese Tätigkeit steht in keinem Zusammenhang mit den Öltanker-Aktivitäten der anderen Beteiligten. Der Anteil an einem weltweiten Markt für den Transport von Trockenschüttgut beläuft sich gemäss der Meldung auf schätzungsweise weniger als [...] und führt zu keinem betroffenen Markt.

21. Beim Überseetransport von Rohöl und Erdölprodukten handelt es sich hauptsächlich um "Trampdienste". Anders als beim Linienverkehr handelt es sich bei dabei um nicht regelmässige oder nicht angekündigte Fahr-

ten⁵. Die Ladungen von Trampdiensten können unterteilt werden in Trockenladungen und Flüssigladungen. Trockenladungen und Flüssigladungen werden aufgrund der unterschiedlichen Konstruktion der Tanker nicht in den gleichen Tankern transportiert.

22. Die Parteien gehen im Sinne einer Arbeitshypothese davon aus, dass das kleinstmögliche Marktsegment mit Bezug auf den Transport von Öltankern ein Marktsegment für Öltanker-Trampschiffahrt sein dürfte. Dieses Segment sei Teil eines grösseren Marktes für die Erbringung von Seetransportleistungen für Flüssigladungen. Eine genaue Definition des sachlich relevanten Marktes könne jedoch offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorrufe.

23. Die Wettbewerbskommission hat in der kürzlich vorgenommenen, vorläufigen Prüfung "Torm/Projector" den relevanten Markt im Bereich von Transporten mit Öltankern nicht definitiv abgegrenzt. Es wurde zwar ein Teilmarkt für "Transporte von Erdöl und unreinen Erdölprodukten mittels ‚unreinen‘ Tankern" sowie ein Teilmarkt für "Transporte von reinen Erdölen mittels ‚reinen‘ Tankern" diskutiert, eine definitive Marktabgrenzung konnte jedoch offen gelassen werden.

24. Die Frage, welche Marktabgrenzung sachgerecht ist, kann auch im Folgenden offen gelassen werden, da der geplante Zusammenschluss selbst bei einer allfällig engeren Marktabgrenzung weder in der Schweiz noch weltweit zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Eine definitive Beurteilung der Marktabgrenzung wird deshalb nicht vorgenommen.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

26. Öltankertransporte werden von jedem beliebigen Ausgangspunkt und Lieferort auf der ganzen Welt angeboten und nachgefragt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. 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.

28. Gemäss den Parteien verfügt die Economou Gruppe zur Zeit über [...] Öltankerschiffe, Heidmar über [...] Öltankerschiffe und Morgan Stanley über [...] Öltankerschiffe. Ausgehend von den Angaben der Parteien, dass weltweit 4'282 Öltankerschiffe in Betrieb stehen, ergibt dies einen gemeinsamen Marktanteil von [...].

29. Die Wettbewerbskommission hat sich in der kürzlich vorgenommenen, vorläufigen Prüfung "Torm/Projector" auf die im EU Report "Legal and economic analysis of tramp Maritime Services"⁶ vom 22. Februar 2007 aufgelisteten Öltankerschiffszahlen gestützt. Gemäss diesem bestehen weltweit ungefähr 3'493 Öltankerschiffe, wobei 1641 sogenannte "unreine" Tanker und 1852 "reine" Tanker sind.

30. Gemessen an diesen Zahlen verfügen die Parteien über einen gemeinsamen Marktanteil von [...]. Selbst bei einer allfälligen engeren Marktabgrenzung würden die Marktanteile [...] nicht übersteigen.

31. Im Öltankermarkt besteht zudem ein starker Wettbewerb bezüglich des Preises und der unterschiedlichen Tankergrössen⁷. Er zeichnet sich durch eine grosse Anzahl von Marktteilnehmern aus. Die Parteien sehen sich einem erheblichen Wettbewerb ausgesetzt, beispielsweise seitens grosser börsenkotierter Gesellschaften wie Frederiksen Group, Teekay Shipping Corporation, Torm, Glencore International AG, General Maritime Corporation und Overseas Shipholding Group Inc.

C ERGEBNIS

32. 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.

⁵ Art. 1 Abs. 3 Bst. a Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf den Seeverkehr.

⁶ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 740 ff.

⁷ EU Report COMP/2006/D2/002, Rz. 746.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. Juni 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Juni 2008

A SACHVERHALT UND VERFAHREN

1. Am 2. Mai 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom AG (Swisscom) 63 Verkaufsstellen (37 eigene und 26 in Manor eingemietete) [...] der The Phone House AG (TPH) für CHF [...] Mio. zu übernehmen. [...]. Der Geschäftsbereich N-Tel Com GmbH (N-Tel) von TPH ist nicht Gegenstand des Zusammenschlusses.

2. Swisscom ist eine im Bereich Telekommunikation tätige, spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Die zum Swisscom Konzern gehörende Swisscom (Schweiz) AG umfasst das nationale und internationale Geschäft der Festnetztelefonie, die Netzinfrastruktur sowie den Wiederverkauf von Netztechnologie (Wholesale). Daneben ist Swisscom im Bereich der Mobilfunktelefonie tätig. Zum Vertrieb von Mobilfunkabonnements und -geräten verfügt Swisscom über 110 eigene Shops und nutzt zudem Verkaufsstellen Dritter.

3. TPH mit Sitz in Zug wurde 1999 in Genf gegründet. 2005 wurde N-Tel von TPH übernommen. TPH ist eine unabhängige Ladenkette für Telekommunikationsdienstleistungen sowie entsprechendes Zubehör. N-Tel betätigt sich hauptsächlich im Bereich der Sprach- und Datenkommunikation. [...].

4. TPH ist ein Unternehmen der Phone House Holdings Limited (UK), welche ihrerseits zum Unternehmen Carphone Warehouse Group plc. (Carphone) gehört. Carphone wiederum gehören in der Schweiz unter anderen die Tochtergesellschaften von TPH; dies sind die Helvetiatel GmbH, die bereits erwähnte N-Tel und die Talk Talk Telecom GmbH. Carphone ist international im Retail-Geschäft für Mobilfunktelefonie tätig.

5. TPH ist in erster Linie ein Vermittler von Mobilfunkabonnements und ein Verkäufer von Mobilfunkgeräten sowie Zubehör. Die Mobilfunkabonnements werden hauptsächlich für Orange, Sunrise, Swisscom und Tele2 vertrieben. In kleinem Umfang vermittelt TPH auch das konzernerneigene DSL-Angebot "TalkTalk", DSL Angebote von Swisscom und Sunrise sowie kombinierte Mobilfunk-/DSL-Angebote. Seit Mai 2007 bietet TPH auch Bluewin-TV Abonnements von Swisscom an. Pro vermittelten Anschluss erhält TPH eine Provision vom jeweiligen Mobilfunkanbieter (MFA).

6. [...].

7. Im Laufe dieser vorläufigen Prüfung wurden die beiden MFA Orange und Sunrise sowie die grössten Betreiber von Verkaufsstellen im Bereich des Vertriebs von Mobilfunkdienstleistungen befragt.

8. Mit der Befragung sowohl direkt betroffener als auch unabhängiger Verkaufsstelleninhaber wird sichergestellt, dass eine möglichst unabhängige und breitabgestützte Analyse und ein gesamtheitliches Bild der Auswirkungen dieses Zusammenschlussvorhabens entsteht. Anhand der Fragen konnten wichtige Erkenntnisse der Verhältnisse im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen und im Mobilfunkmarkt gewonnen werden. Die Fragen betrafen unter anderem Markteintrittsbarrieren, Umsätze und Anzahl Verkaufsstellen.

9. Mit den Anzeigen vom 11. April 2008 und 9. April 2008 bzw. der ergänzenden Anzeige vom 22. Mai 2008 geben Orange und Sunrise an, dass der Zusammenschluss erhebliche Auswirkungen auf den Vertriebskanal für Telekommunikationsdienstleistungen haben werde und darüber hinaus die marktbeherrschenden Stellungen von Swisscom im Markt für Festnetztelefonie, im Retail-Markt für Mobilfunk und im Retail-Markt für Breitbanddienste verstärken werde. Nach einer allfälligen Genehmigung des Zusammenschlusses wird die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom und damit die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs befürchtet.

10. Nach einer summarischen Beurteilung aller eingereichten Antworten, stellte sich jedoch heraus, dass die Gegebenheiten auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen sowohl von Sunrise als auch von Orange, wohl geprägt durch die Interessen der beiden Unternehmen im Vergleich zu den Ausführungen anderer Betreibern von Verkaufsstellen eher überspitzt dargestellt wurden.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

11. 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 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG; SR 251]).

B.1.1 Unternehmen

12. 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 Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

13. Nach Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

14. Swisscom beabsichtigt 63 Verkaufsstellen (37 eigene und 26 in Manor eingemietete) [...] der TPH zu übernehmen. [...].

15. Daraus folgt, dass die Transaktion einen Erwerb alleiniger Kontrolle von Swisscom über TPH und damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

16. 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

17. Am 17. März 2008 beriet das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Vertreter der Swisscom in der Frage der Meldepflicht. Gestützt auf die von Swisscom zur Verfügung gestellten Informationen kam das Sekretariat zum Schluss, dass eine Meldepflicht weder gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG noch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG gegeben war. Diese Ansicht basierte unter anderem auf der Annahme, dass TPH keine festnetzbezogenen Dienstleistungen im Angebot hatte.

18. Im Nachhinein stellte sich jedoch heraus, dass TPH auch festnetzgebundene Dienstleistungen wie DSL- und Telefonieabonnemente verkaufte. Diese dem Sekretariat vorher nicht zur Verfügung stehende Information führte zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

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

20. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG

gilt (Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1).

21. Die Geschäftstätigkeit von TPH besteht im Vertrieb von eigenen und Drittprodukten sowohl im Bereich Festnetz- als auch im Bereich der Mobilfunktelefonie. Der Vertrieb von Festnetzprodukten ist dem Markt für Festnetztelefonie nachgelagert (RPW 1997/2, S. 174). Somit ist der Zusammenschluss meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

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

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

24. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

25. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Tabelle 1 listet die fünf durch den Zusammenschluss tangierten Märkte auf. Eine Analyse wird jedoch nur für die drei ersten Märkte vorgenommen. Die beiden Märkte Festnetzdienstleistungen und Vertrieb von Festnetzdienstleistungen sind aufgrund der geringen Verkaufszahlen von Festnetzprodukten durch TPH nicht näher zu betrachten. TPH vermittelte im Jahr 2007 nur ca. [...] DSL- und ca. [...] Bluewin-TV Abschlüsse. Die Vermittlung von DSL-Abschlüssen von Sunrise begann TPH erst im Januar 2008, jedoch schnellte die Anzahl relativ stark in die Höhe, nicht zuletzt wegen des "Free Internet" Angebots von Sunrise.

Tabelle 1: Durch den Zusammenschluss tangierte Märkte

Markt	Vertiefte Analyse?
Markt für Mobilfunkdienstleistungen	ja
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	ja
Markt für Mobilfunkgeräte	ja
Markt für Festnetzdienstleistungen	nein
Markt für den Vertrieb von Festnetzdienstleistungen	nein

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

26. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich

ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.4.1.1.1. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

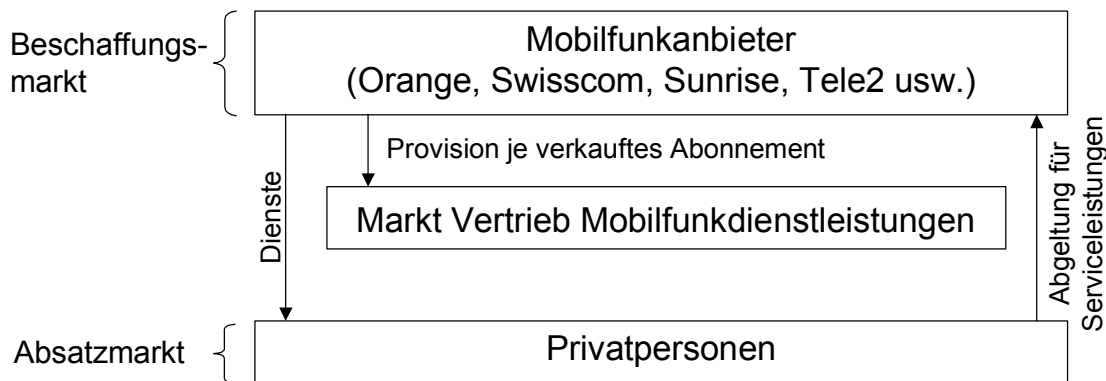


Abbildung 1: Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

27. In Abbildung 1 werden die Marktakteure und die Interaktionen zwischen diesen visualisiert. Die MFA wollen ihren Kunden (in diesem Fall Privatkunden) das standardisierte Produkt Mobilfunkabonnement (häufig inklusive eines vom MFA subventionierten Mobilfunkgeräts) verkaufen und benötigen dazu Absatzkanäle. Diese finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.

28. Von den involvierten Unternehmen werden teilweise die beiden Verkaufskanäle "Street Channel" (SC) und "Direct Channel" (DC) unterschieden. Im weiteren Verlauf der Ausführungen werden diese beiden Bezeichnungen verwendet.

29. Zum SC gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren Anbieter in diesem Markt (Orange, Sunrise, Swisscom, TPH, Mobilezone usw.), haben ein umfangreiches, über die gesamte Schweiz verteiltes Netz. Weiter gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnements und -geräten der wichtigsten MFA übernehmen.

30. Zum DC gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder auch auf der Strasse. Traditionell gesehen war dies der wichtigste Absatzkanal, was bei der Festnetztelefonie noch bis heute der Fall ist. Dies ist wohl deshalb der Fall, weil in diesem Bereich keine Geräte erworben werden, Beratung und Evaluation eines Geräts also nicht im Vordergrund stehen.

31. Vermittelt ein Verkäufer in einer solchen Verkaufsstelle ein Abonnement eines bestimmten MFA, so bezahlt dieser dem vermittelnden Unternehmen eine vorab festgelegte Provision.

32. Das effektive Vertragsverhältnis kommt jedoch zwischen dem MFA und dem Kunden zustande, der ein Mobilfunkabonnement erwirbt. Auf der einen Seite stellt der MFA alle zum Telefonieren mit einem Mobilfunkgerät notwendigen Dienste bereit, während der Kunde die beanspruchte Leistung meist in Abhängigkeit von der Anzahl telefonierter Minuten monatlich finanziell abgelteht.

33. Die Verkaufsstellen haben gegenüber einem Mobilfunkgeräte- und Mobilfunkabonnementekauf über den DC den wesentlichen und hauptsächlichsten Vorteil, dass

der Kunde in einer Verkaufsstelle aus erster Hand über Eigenschaften von Mobilfunkgeräten und –zubehör sowie über Vor- und Nachteile von unterschiedlich ausgestalteten Mobilfunkabonnements informiert werden kann. Insbesondere kann er Handlichkeit und Funktionalität von Mobilfunkgeräten vor Ort prüfen.

34. Vor allem die Möglichkeit der Evaluation von Mobilfunkgeräten steht den Käufern bei Angeboten über den DC nicht zur Verfügung. Im Festnetzbereich ist dies insofern anders, als dort meistens einzig das Abonnement und keine dazugehörigen Geräte erworben werden. Gerade auch deshalb werden die meisten Festnetzverträge über den DC abgeschlossen.

35. Der SC setzt einen stark frequentierten, meist urbanen Standort voraus, damit potenzielle Kundschaft (sogenannte Laufkunden) das Angebot überhaupt erst wahrnimmt. Eine Verkaufsstelle für Mobilfunkabonnemente und –geräte ohne Laufkundschaft wird kaum rentabel betrieben werden können. Nicht zuletzt deshalb werden solche Verkaufsstellen immer öfter an Orten betrieben, welche bereits von einer grossen Anzahl Laufkunden aufgesucht werden.

Tabelle 2: Gegenüberstellung von "Street Channel" und "Direct Channel"

Vertriebskanal	Vorteile	Nachteile
"Street Channel"	<ul style="list-style-type: none"> - Beratung - Möglichkeit zum Testen und Evaluieren von Geräten - In der Regel kein Internetzugriff erforderlich - Relevante Information sofort verfügbar - Persönlicher Kontakt 	<ul style="list-style-type: none"> - Zeitlicher Aufwand um in die Verkaufsstelle zu gelangen - Falls Ware nicht an Lager, evtl. nochmaliger Besuch der Verkaufsstelle notwendig - Evtl. Wartezeit bis zur Bedienung
"Direct Channel"	<ul style="list-style-type: none"> - Bequeme, zeitsparende Abwicklung des Geschäfts - Keinen zusätzlichen Aufwand, wegen nochmaligem Besuch, falls Ware nicht an Lager - Keine Wartezeit bis zur Bedienung 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Beratung - Kein Testen und Evaluieren von Geräten - In der Regel Internetzugriff erforderlich - Suchaufwand für relevante Information - Kein persönlicher Kontakt

40. Tabelle 2 zeigt, dass die beiden Vertriebskanäle weder vollständig substituierbar noch vollständig unabhängig voneinander sind. Diesbezüglich kann höchstens von einer partiellen Substituierbarkeit gesprochen werden, was eine sachliche Abgrenzung in zwei unabhängige Märkte rechtfertigt.

41. Der DC wäre, sieht man vom grösseren Aufwand des Besuchs einer Verkaufsstelle ab, durch den SC eher substituierbar als umgekehrt. Dem Beratungsangebot und der Möglichkeit, Geräte zu evaluieren, kann durch den DC nicht in gleichem Umfang Rechnung getragen werden, wie dies beim SC der Fall ist. Bereits dieser gewichtige Unterschied kann es rechtfertigen, den SC als eigenen, sachlich relevanten Markt abzugrenzen.

B.4.1.1.2. Markt für Mobilfunkgeräte

42. Kunden kaufen ein Mobilfunkgerät hauptsächlich, um mit einer anderen Person zu kommunizieren. Dies kann mittels eines Gesprächs oder mittels Textnachrichten

36. Somit benötigt ein Unternehmen, welches in den Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen eintreten will, im Wesentlichen ein Ladenlokal, gewisse ladenspezifische Ausstattung und Verkaufs- bzw. Beratungspersonal. Da es sich bei den Mobilfunkprodukten (bspw. Handys, Kopfhörer usw.) um kleine Geräte und Zubehör handelt, sind oft Räumlichkeiten von wenigen Quadratmetern ausreichend.

37. Wichtiger als die Fläche der Verkaufsstelle ist die zentrale Lage und die dadurch gewährleistete, starke Frequentierung durch Kundschaft. Dies geht auch aus den Listen der Standorte der MFA hervor; sie umfasst beinahe ausschliesslich mittelgrosse und grosse Städte.

38. Die Frage stellt sich, ob der DC und der SC demselben, sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Die beiden Kanäle sind wahrscheinlich nicht vollständig unabhängig voneinander, jedoch auch nicht perfekt substituierbar.

39. Um diese Frage zu beantworten, werden in Tabelle 2 Vor- und Nachteile der beiden Kanäle gegenübergestellt.

(SMS oder MMS) geschehen. Zusätzlich bietet ein Mobilfunkgerät jedoch noch zusätzliche Funktionalität. Diesbezüglich gilt es beispielsweise das Surfen im Internet, das Hören von Musik, die Verwaltung von Terminen, die Uhr mit Weckfunktion, die Unterhaltung mit Spielen und bald wohl auch das Ansehen von TV Programmen auf dem Mobilfunkgerät zu erwähnen.

43. Bei Mobilfunkgeräten handelt es sich um gut standardisierte Produkte, welche untereinander meist problemlos kommunizieren können. So können Daten auch via Bluetooth oder USB Kabel auf einen Personal Computer oder ein anderes Mobilfunkgerät transferiert werden.

44. Speziell an einem Mobilfunkgerät ist, dass eigentlich die Hauptfunktion "Kommunikation zu einer anderen Person" davon abhängig ist, dass komplementär zum Gerät auch noch eine Möglichkeit gegeben sein muss, um die Daten zum Empfänger zu transferieren. Deshalb

sind die Anbieter von Mobilfunkgeräten auf MFA angewiesen und umgekehrt.

45. Darin liegt auch der Grund, wieso Mobilfunkabonnemente sehr oft als Gesamtpaket zusammen mit Mobilfunkgeräten angeboten werden. Dabei kommt ein Preis zustande, welcher die Abonnementskosten und die Mobilfunkgerätekosten deckt. Obwohl der Kunde den Eindruck haben wird, dass nur das Mobilfunkabonnement Kosten verursachen würde, während er das Gerät kostenlos dazugeliefert erhalten würde, werden die Kosten sowohl des Mobilfunkabonnements als auch des Mobilfunkgeräts im Preis abgebildet.

46. Auch in diesem Markt kann, gleich wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, zwischen den beiden Verkaufskanälen SC und DC unterschieden werden. Grösstenteils sind dieselben Unternehmen im Markt für Mobilfunkgeräte tätig, wie auch bereits im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen. Dies vor allem wegen der komplementären Beziehung dieser beiden Produkte.

B.4.1.1.3. Mobilfunkdienstleistungsmarkt

47. In ihrer Praxis teilt die Wettbewerbskommission den Mobilfunkdienstleistungsmarkt in zwei Ebenen ein; die Wholesale- und die Retail-Ebene (RPW 2002/1, S. 118 ff.). Die von TPH vermittelten Mobilfunkabonnemente betreffen die Retail-Ebene.

48. Im Retail-Markt Mobilfunk fragen Endkunden ein Kommunikationsmittel nach, mit welchem sie eine Verbindung von A nach B erreichen können. Aus Sicht der Endkunden unterscheiden sich die Verbindungen von A nach B oder von B nach A nicht betreffend Verwendungszweck. Allenfalls gibt es den Unterschied, dass die finanziellen Folgen beim anrufenden Kunden anfallen. In der Schweiz gilt das sogenannte cpp-Prinzip (calling party pays). Erhält also ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, bei denen auch der Angerufene in Abhängigkeit von telefonierten Minuten bezahlt (RPW 2002/1, S. 118 ff.).

49. Die Marktgegenseite der Endkunden A und B sind die MFA, welche die zur Kommunikation notwendige Infrastruktur aufbauen und unterhalten. Dabei kann ein Anruf in Originierung, Transit und Terminierung unterteilt werden. Die von den Endkunden erwirtschafteten Einnahmen kommen den jeweiligen Anbietern von Originierung, Transit und Terminierung zu. Diese drei Leistungen können theoretisch von drei unterschiedlichen MFA erbracht werden, was sich auf den Preis eines Anrufes auswirken kann.

50. Ein Mobilfunkkunde entscheidet sich hauptsächlich wegen folgenden zwei Eigenschaften für einen solchen Anschluss:

- Der Kunde hat die Möglichkeit immer, wann und wo er auch gerade ist, zu telefonieren.
- Der Kunde kann immer, wann und wo er auch gerade ist, telefonisch erreichbar sein.

51. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meistens ortsbezogen ist. Diese Eigenschaften des Mobilfunks zeigen, dass dieser nicht durch einen Festnetzanschluss substituierbar ist. Umgekehrt ist hingegen ein Festnetzanschluss in der Regel durch einen Mobilfunkanschluss substituierbar.

52. Ein Mobilfunkanschluss bietet mehr als die wichtigen Eigenschaften des Festnetzes. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann in gewissen Situationen durch das Mobilfunktelefon substituiert werden, nicht jedoch umgekehrt (RPW 2007/2, S.255, Rz. 87 ff.).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

B.4.1.2.1. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

54. Die Vertreter von Mobilfunkdienstleistungen vermitteln Mobilfunkabonnemente von MFA, die in der Schweiz Mobilfunk-Netzinfrastruktur besitzen und darauf basierende Dienste anbieten. Dies wird auch durch die Überlegung klar, dass die in der Schweiz aktiven MFA vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) über eine Konzession zur Abdeckung der Schweiz verfügen. Nachgefragt werden diese Mobilfunkdienstleistungen regelmässig von Endkunden.

55. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.

B.4.1.2.2. Markt für Mobilfunkgeräte

56. Bei den Produzenten von Mobilfunkgeräten handelt es sich um grosse, multinationale Unternehmen, die ihre Produkte weltweit vertreiben.

57. Der räumlich relevante Markt für Mobilfunkgeräte erstreckt sich somit mindestens auf die Schweiz. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann indessen unterbleiben, weil keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken in diesem Markt bestehen.

B.4.1.2.3. Mobilfunkdienstleistungsmarkt

58. Wie bereits bei der räumlichen Abgrenzung des Marktes für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen ausgeführt, haben die durchs BAKOM vergebenen Konzessionen für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit.

59. Auch die Marktgegenseite (Endkunden, Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragen in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der räumlich relevante Markt für Mobilfunkdienstleistungen umfasst somit das Gebiet der gesamten Schweiz.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

60. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer 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.

B.4.2.1 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

I. Aktueller Wettbewerb

61. Im Weiteren werden zuerst die Marktanteile anhand der Anzahl Verkaufsstellen und anhand von verkauften Mobilfunkabonnements betrachtet. Die Angaben zum DC werden in einem ersten Schritt noch nicht ausgewiesen.

Marktanteil anhand von Verkaufsstellen

Tabelle 3: Anzahl Verkaufsstellen der drei MFA und den anderen Marktteilnehmern im Jahr 2007

Vertriebshändler	Anzahl Verkaufsstellen	Marktanteile Gesamtmarkt	Marktanteile MFA
Swisscom	111	8.9%	55.8%
Orange	47	3.8%	23.6%
Sunrise	41	3.3%	20.6%
Gesamt MFA	199		100.0%
Melectronics	270	21.6%	
Interdiscount	191	15.2%	
Übrige	180	14.4%	
Mobilezone	130	10.4%	
Fust/Eschenmoser	97	7.7%	
Post	78	6.2%	
The Phone House	63	5.0%	
Manor ¹	24	1.9%	
Media Markt	18	1.4%	
Digitec	3	0.2%	
Gesamt	1253	100.0%	

Marktanteile anhand von verkauften Mobilfunkabonnements

66. Da die Anzahl Verkaufsstellen ein begrenzt geeigneter Indikator für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist, wurden zusätzlich die Zahlen der verkauften Mobilfunkabonnements erhoben.

67. In der hintersten Spalte werden nur die Marktanteile der verkauften Abonnements der unternehmenseigenen

62. In Tabelle 3 sind in einem ersten Teil die Anzahl Verkaufsstellen sowie die dazugehörigen Marktanteile auf dem Gesamtmarkt aufgeführt. In der hintersten Reihe sind dann nur die Marktanteile der drei MFA Orange, Swisscom und Sunrise gezeigt.

63. Werden nur die unternehmenseigenen Verkaufsstellen der MFA betrachtet, so besitzt Swisscom mit ca. 56% Marktanteil einen ähnlich hohen Wert wie auch im Mobilfunkdienstleistungsmarkt. Die Marktanteile von Orange und Sunrise halten sich mit ca. 24% und ca. 21% in etwa die Waage.

64. Diese Marktanteile sinken deutlich, falls der Gesamtmarkt betrachtet wird. Vor allem Melectronics mit 270 und die beiden Unternehmen Mobilezone und Interdiscount sind mit weit mehr als 100 Verkaufsstellen stark vertreten.

65. Der Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen umfasst jedoch auch zahlreiche andere Unternehmen. Bei den "Übrigen" handelt es sich um diverse Fachhändler, die Mobilfunkabonnements und -geräte vertreiben und eher ausserhalb der Ballungszentren ansässig sind.

Verkaufsstellen von Orange, Sunrise und Swisscom ausgewiesen. Diese Betrachtungsweise führt zu den folgenden Zahlen: Swisscom mit ca. [60-70]%, Orange mit ca. [0-10]% und Sunrise mit ca. [10-20]% Marktanteil.

¹ Dies sind Elektroschops von Manor, in jenen Filialen, in welchen keine TPH Verkaufsstelle ist.

68. Die dritte Spalte in Tabelle 4 zeigt die Marktanteile bei der Betrachtung des SC Marktes. Dabei fällt auf, dass alle Marktanteile unter [30-40]% liegen. Der hohe Marktanteil von Swisscom bei der ausschliesslichen Betrachtung der drei MFA sinkt auf ca. [30-40]%. Die vierte Spalte zeigt die Marktanteile, falls der SC und der

DC als ein Markt betrachtet würden. Bei dieser Betrachtungsweise sinkt der Marktanteil von Swisscom nochmals auf ca. [20-30]%. In der vierten Spalte wird zudem ersichtlich, wie das prozentuale Verhältnis von SC zu DC ist; es liegt bei ca. [...].

Tabelle 4: Anzahl vermittelter Abonnemente der drei MFA und der anderen Marktteilnehmer

Vertriebshändler	Abonnemente 2007	Marktanteile SC	Marktanteile SC und DC	Marktanteile MFA
Swisscom	[...]	[30-40]%	[20-30]%	[60-70]%
Sunrise	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[20-30]%
Orange	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Gesamt MFA	[...]			100.0%
Mobilezone	[...]	[10-20]%	[10-20]%	
Fachhändler	[...]	[10-20]%	[10-20]%	
M-electronics	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
The Phone House	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Interdiscount	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Media Markt	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Post	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Fust/Eschenmoser	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Übrige ²	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Digitec	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Gesamt SC	[...]	100%	[80-90]%	
DC	[...]		[10-20]%	
Gesamt	[...]		100%	

69. Es ist festzustellen, dass neben den eigenen Verkaufsstellen der MFA auch ca. 10 grössere und eine Vielzahl kleinerer Wettbewerber aktiv sind. Obwohl alle standardisierte Produkte derselben Anbieter vermitteln, kann davon ausgegangen werden, dass Wettbewerb vorherrscht. Dies vor allem auch zwischen den MFA-eigenen und den Verkaufsstellen Dritter.

70. Bei der Betrachtung der Marktanteile in Tabelle 3 und Tabelle 4, sowohl bezüglich der Verkaufsstellen als auch bezüglich den abgesetzten Mobilfunkabonnemen-ten, zeigt sich, dass rund 10 grössere Anbieter mit nennenswerten Marktanteilen aktiv sind. Swisscom käme nach einem allfälligen Zusammenschluss mit TPH auf knapp [30-40]% Marktanteil (ca. [30-40]% auf dem Gesamtmarkt SC und DC), jedoch verbleiben nennenswerte Konkurrenten. Vor allem gilt auch zu berücksichtigen, dass die Konkurrenten allesamt schweizweit Verkaufsstellen betreiben.

71. Swisscom wird zudem nicht, wie aus Tabelle 4 fälschlicherweise geschlossen werden könnte, Mobilfunkkunden von TPH übernehmen. Diese werden wie bis anhin auf verschiedene MFA aufgeteilt bleiben (ca. [20-30]% von Orange, ca. [10-20]% von Sunrise, ca. [50-60]% von Swisscom und ca. [0-10]% von anderen MFA).

Eine Addition der beiden Marktanteile von Swisscom und TPH zeigt also ein verzerrtes Bild. Es gibt kaum einen plausiblen Grund, wieso alle nicht Swisscom Mobilfunkabonnenten nach diesem Zusammenschluss zu Swisscom wechseln sollten.

72. Durch diesen Zusammenschluss hätte Swisscom keinen einzigen Mobilfunkabonnenten mehr. Sie könnten ihre Anzahl Verkaufsstellen um 63 erhöhen, jedoch werden sowohl Neukunden als auch Kunden anderer MFA grundsätzlich durch Werbung gewonnen resp. abgeworben. Viele Kunden erkundigen sich vor dem Gang in eine Verkaufsstelle über Vor- und Nachteile eines Abonnements der verschiedenen MFA. Häufig ist bereits vor dem Besuch einer Verkaufsstelle die Entscheidung, welcher MFA berücksichtigt wird, schon gefallen.

73. Zudem gibt es zahlreiche kleinere Vertreiber von Abonnemen-ten (bspw. diverse kleinere Poststellen und Fachhändler in weniger stark besiedelten Gebieten).

² Manor, Fnac, Darty, Cablecom, Aldi etc.

II. Potenzieller Wettbewerb

74. Die Markteintrittsbarrieren sind in diesem Markt eher gering. Die Eröffnung einer Verkaufsstelle erfordert neben einem zentralen, gut frequentierten Standort noch gewisses Mobiliar und geschultes Personal.

75. In vielen Fällen sollten bereits kleinere Räumlichkeiten ausreichen, um eine Verkaufsstelle einzurichten. Dies hängt jedoch stark von den jeweiligen Strategien der Unternehmen ab. Inzwischen gibt es Verkaufsstellen, in welchen dem Kunden neben dem Angebot von Mobilfunkdienstleistungen auch viel im Erlebnisbereich geboten wird und deshalb grössere Flächen erforderlich sind. Die notwendige zentrale Lage hat jedoch in den meisten Fällen einen hohen Kauf- bzw. Mietpreis zur Folge.

76. Eine weitere Möglichkeit geeignete Räumlichkeiten für die Platzierung einer Verkaufsstelle zu erwerben, besteht in bereits gut etablierten, stark frequentierten Verkaufslokalitäten (bspw. Warenhäuser, Migros oder Coop Verkaufsstellen usw.). Diese als Shop-in-Shop Konzept bekannte Möglichkeit ist auch deshalb attraktiv, weil die Kundenpräsenz bereits sichergestellt ist und dazu keine zusätzlichen Aufwendungen notwendig sind. Die Kundenaufmerksamkeit ist für Verkaufsstellen solcher Mobilfunkdienstleistungen von zentraler Bedeutung. Nur wer an neuralgisch wichtigen Punkten präsent ist, wird wahrgenommen und kann Kundschaft akquirieren.

77. Die notwendige Ausbildung kann vom Personal in relativ kurzer Zeit absolviert werden. Oft wird das Personal in mehrtägigen Kursen von den jeweiligen MFA ausgebildet.

78. Rechtliche Schranken bestehen beim Erwerb von Räumlichkeiten kaum, vor allem auch dann nicht, wenn die Verkaufsstellen als Shop-in-Shop Konzept verwirklicht werden. Rechtlich problematischer dürfte es erst ab einer gewissen Grösse werden (bspw. Media Markt). Ab dieser Grösse von Läden können Auflagen betreffend Anzahl Parkplätze und Anfahrtswege nicht ausgeschlossen werden.

79. Die meisten der angefragten Verkaufsstellen haben zukünftige Expansionspläne, womit sich für die MFA

heute und zukünftig genügend Gelegenheiten bieten dürften, neue Absatzkanäle zu finden und zu besetzen. Durch die eher geringen Eintrittsschranken ist es für Aussenstehende mit wenig Aufwand möglich, mit den bereits im Markt tätigen Unternehmen in Konkurrenz zu treten, was sich auch auf die bereits im Markt tätigen Unternehmen disziplinierend auswirken dürfte.

III. Zwischenergebnis

80. Nach der Analyse des ersten Marktes kann festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung entstehen würde. Es gibt auch nach dem Zusammenschluss genügend Restwettbewerb, so dass nicht von einer Beseitigung des Wettbewerbs gesprochen werden kann.

B.4.2.2 Markt für Mobilfunkgeräte

I. Aktueller Wettbewerb

81. Tabelle 5 zeigt die Vertriebskanäle für Mobilfunkgeräte. Die dritte und vierte Spalte zeigen die Marktanteile betreffend den SC und betreffend den Gesamtmarkt (SC und DC). Es fällt auf, dass den Produzenten von Mobilfunkgeräten auch nach einem allfälligen Zusammenschluss von Swisscom mit TPH noch genügend Absatzkanäle bleiben werden. Mobilezone, Coop und die Post haben auf dem SC alle um die [0-10]% Marktanteil. Zudem haben diverse Fachhändler mit ca. [10-20]% auch eine verhältnismässig starke Stellung.

82. Auch bei der Betrachtung des Gesamtmarktes zeigt sich, dass auch nach dem allfälligen Zusammenschluss diverse andere Vertriebskanäle neben Swisscom verbleiben. Das Verhältnis verkaufter Mobilfunkgeräte von SC zu DC ist ca. [...].

83. Swisscom wird gegenüber den Mobilfunkgeräteproduzenten an Verhandlungsmacht gewinnen, dies jedoch in kleinem Umfang, da die alternativen Vertriebskanäle disziplinierend wirken dürften. Zudem gilt festzuhalten, dass Mobilfunkgeräteproduzenten grösstenteils international tätig sind und deshalb ihrerseits über Verhandlungsmacht verfügen.

Tabelle 5: Anzahl verkaufter Mobilfunkgeräte im SC und im DC

Vertriebshändler	Verkaufte Mobilfunkgeräte	Marktanteile SC	Marktanteile SC und DC	Marktanteile MFA
Swisscom	[...]	[20-30]%	[20-30]%	[60-70]%
Orange	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Sunrise	[...]	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Gesamt MFA	[...]			100.0%
Mobilezone	[...]	[20-30]%	[10-20]%	
Fachhändler	[...]	[10-20]%	[10-20]%	
Coop	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Post	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
M-electronics	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
The Phone House	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Media Markt	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Übrige ³	[...]	[0-10]%	[0-10]%	
Gesamt SC	[...]	100.0%	[80-90]%	
DC	[...]		[10-20]%	
Gesamt	[...]		100.0%	

II. Potenzieller Wettbewerb

84. Die Produktion dieser technisch anspruchsvollen Geräte erfordert viel technisches Know-How in der Entwicklungsabteilung und dazu spezifische Infrastruktur in der Produktion. Um in diesen Markt einzutreten sind vorab hohe Fixkosten aufzubringen.

85. In diesem Markt ist mit wenig bis keinem potenziellen Wettbewerb zu rechnen.

III. Zwischenergebnis

86. Auch nach einem allfälligen Zusammenschluss zwischen Swisscom und TPH würden den Produzenten von Mobilfunkgeräten genügend alternative Absatzkanäle für ihre Produkte zur Verfügung stehen.

B.4.2.3 Mobilfunkdienstleistungsmarkt

I. Aktueller Wettbewerb

87. Die Marktanteile, gestützt auf die Gesamtkundenzahl auf dem Mobilfunkmarkt, werden aus Tabelle 6 ersichtlich. Swisscom besitzt mit gut ca. 62% eine starke Stellung. Die beiden wesentlichen Mitkonkurrenten sind Orange und Sunrise mit je knapp 20% Marktanteil. Die Marktanteilsbewegungen der Jahre 2004, 2005 und 2006 verliefen ziemlich statisch.

88. Die Frage stellt sich, ob Swisscom durch den Erwerb von TPH ihre Position auf dem Retail-Markt verstärken könnte. In Anbetracht des bereits hohen Marktanteils von mehr als 62% könnte problematisch sein, dass die Absatzkanäle von den MFA zu den Endkunden faktisch nur noch Swisscom zur Verfügung stehen würden.

Tabelle 6: Marktanteile im Mobilfunkbereich

Mobilfunkanbieter	Anzahl Abonnenten 2006	Marktanteil 2004	Marktanteil 2005	Marktanteil 2006
Swisscom	4'632'000	62.2%	62.6%	62.4%
Orange	1'395'000	18.1%	18.3%	18.8%
Sunrise	1'361'000	19.0%	18.5%	18.3%
Andere	30'000	0.7%	0.5%	0.4%

Quelle: Fernmeldestatistik, Mai 2007

89. Durch den Zusammenschluss käme es auf dem Mobilfunkdienstleistungsmarkt zu keinen Marktanteilsadditionen, da TPH nicht im Mobilfunkmarkt tätig ist. Trotzdem ist nicht auszuschliessen, dass es zu Marktanteilszuwachsen für Swisscom kommen könnte. Dies ist

teilszuwachsen für Swisscom kommen könnte. Dies ist

³ Manor, Fnac, Darty, Cablecom, Aldi etc.

jedoch eher unwahrscheinlich, da am Prozentsatz der Swisscom Abonnemente, welche von TPH bisher verkauft wurden, nichts ändern würde. Swisscom würde von TPH keine Kunden, sondern nur Standorte und gewisse Ausstattung übernehmen. Im Extremfall könnten alle Kunden, welche bei TPH ein anderes als ein Swisscom-Abonnement gekauft haben, zu Swisscom wechseln.

90. TPH hat im Jahre 2007 [...] Mobilfunkabonnemente abgesetzt (siehe Tabelle 4). Davon waren ca. [20-30]% Abonnemente von Orange, ca. [10-20]% von Sunrise, ca. [50-60]% von Swisscom und ca. [0-10]% von übrigen MFA. Gemäss diesen Angaben könnten also im Extremfall [...] Kunden von Orange, Sunrise und den anderen MFA zu Swisscom wechseln. Gemäss den Zahlen vom BAKOM aus dem Jahre 2006 liegt die Gesamtzahl Mobilfunkabonnementen bei 7.418 Mio.

91. Ausgehend von der sehr unwahrscheinlichen Annahme, dass alle bisherigen TPH Kunden von Orange, Sunrise oder einem anderen MFA zu Swisscom wechseln würden, führte dies zu einem Marktanteilszuwachs auf dem Mobilfunkdienstleistungsmarkt von [0-10]%.

92. Mit einem Wechsel dieser Kundschaft ist deshalb eher nicht zu rechnen, weil diese ja auch bisher nicht Swisscom gewählt hat und sie in diversen anderen Verkaufsstellen weiterhin Abonnemente ihres oder eines anderen MFA als Swisscom angeboten bekommen würde.

93. Es gilt jedoch zu beachten, dass Neukunden, welche zukünftig eine ehemalige TPH Verkaufsstelle betreten werden, nicht mehr zwischen den Angeboten mehrerer Anbieter auswählen können. Somit würden tendenziell mehr Leute das Angebot von Swisscom nutzen.

II. Potenzieller Wettbewerb

94. Mit Eintritt in den Mobilfunkdienstleistungsmarkt ist zukünftig kaum zu rechnen. Dies einerseits deshalb, weil wegen den hohen Infrastrukturkosten sehr hohe Markteintrittsbarrieren bestehen und andererseits vom BAKOM nur eine beschränkte Anzahl Konzessionen vergeben wurde.

95. Die Annahme, dass von potenzieller Konkurrenz praktisch keine disziplinierende Wirkung ausgehen wird, scheint in diesem Markt als angezeigt.

III. Zwischenergebnis

96. Auch nach der Betrachtung des zweiten, betreffend die Marktanteile problematischen Marktes, gibt es keinen Grund davon auszugehen, dass Swisscom durch eine allfällige Übernahme von TPH ihre bereits starke

Stellung auf dem Mobilfunkdienstleistungsmarkt weiter verstärken kann.

B.5 Schlussfolgerungen

97. Durch den Zusammenschluss von Swisscom mit TPH kommt es basierend auf der Anzahl Verkaufsstellen im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen zu einer Marktanteilsaddition von ca. [0-10]%. Dadurch kann Swisscom ihren Marktanteil auf ca. [10-20]% auf dem Gesamtmarkt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen erhöhen (siehe Tabelle 3).

98. Basierend auf der Anzahl abgesetzter Mobilfunkabonnemente, kommt es ebenfalls zu einer Marktanteilsaddition von ca. [0-10]% (bei zusätzlicher Berücksichtigung des DC von ca. [0-10]%). Swisscom käme dadurch auf dem SC auf ca. [30-40]% (bei zusätzlicher Berücksichtigung des DC auf ca. [30-40]%) Marktanteil. Will Swisscom ihren hohen Marktanteil im Bereich des Mobilfunks von über [50-60]% auch zukünftig aufrechterhalten, so ist sie auch weiterhin auf die Berücksichtigung von Verkaufsstellen Dritter angewiesen.

99. Zudem ist wichtig zu erwähnen, dass Swisscom mit dem Zusammenschluss keinen einzigen Mobilfunkabonnenten dazugewinnen würde. Sie hätte einzig die Standorte und gewisse Ausstattung der Verkaufsstellen zusätzlich. Kunden, die heute einen MFA aussuchen, werden sich vorgängig über Werbung oder ein anderes Medium darüber informieren, welches für sie der passende MFA ist. Häufig ist somit diese Entscheidung vor dem Gang in eine Verkaufsstelle bereits gefallen.

100. Die meisten der verbleibenden Konkurrenten von Swisscom verfügen über ein auf die gesamte Schweiz verteiltes Netz an Verkaufsstellen. Swisscom wird somit beinahe überall Konkurrenz gegenüberstehen.

101. Auf dem Mobilfunkdienstleistungsmarkt könnte Swisscom im unwahrscheinlichen Fall, dass alle bisherigen nicht Swisscom Kunden einen Wechsel zu derselben in die Wege leiten, einen Marktanteilszuwachs von [0-10]% verzeichnen. Davon ist jedoch nicht auszugehen, da diese Kunden auch bisher nicht Swisscom gewählt haben und ihnen auch zukünftig die Anbieter Orange, Sunrise oder andere MFA zur Wahl stehen werden.

102. 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.

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. Juni 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. Juni 2008

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Swisscom (Schweiz) AG / webcall GmbH auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Antrag begründet sich wie folgt:

A SACHVERHALT

1. Am 20. Mai 2008 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und der webcall GmbH (nachfolgend: webcall) erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Swisscom mit dem Kauf sämtlicher Stammanteile die alleinige Kontrolle über webcall erwerben wird.

2. Swisscom ist eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG mit Sitz in Ittigen. Sie bezweckt das Anbieten von Fernmelde- und Rundfunkdiensten sowie damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen im In- und Ausland. Sie erbringt Telekommunikationsdienstleistungen für Privatkunden, kleine und mittlere Unternehmen sowie Grossunternehmen.

3. Webcall ist eine GmbH mit Sitz in Dübendorf deren Geschäftsbereich die PC-basierte Kommunikation, insbesondere der Bereich IP-Telefonie ist. Unter IP-Telefonie wird das Telefonieren über Computernetzwerke, welche nach Internet-Standards aufgebaut sind verstanden. Die hauptsächliche Leistung von webcall ist die Systemintegration (Beratung, Projektierung, Implementation und Wartung bezüglich PC-basierten Kommunikationslösungen) sowie die Schulung der Anwender. Diese Kommunikationslösungen ermöglichen es dem Benutzer, auf seinem PC Sprach- und Datenübertragung in einfacher und effizienter Weise zu vereinen. Webcall stellt selbst keine Hard- oder Software her, sondern vertreibt ausschliesslich Produkte Dritter.

4. Mit der Übernahme durch Swisscom ist geplant den Geschäftsbereich Systemintegration von webcall noch weiter an Bedeutung gewinnen zu lassen, währenddem der Stellenwert des Vertriebs von Software in den Hintergrund treten soll.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

5. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellge-

setz [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 selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, BBl 1995 I 533). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

8. Die Parteien haben am 2. Mai 2008 die Absichtserklärung und am 19. Mai 2008 den Kaufvertrag unterzeichnet, welche die Übernahme sämtlicher Stammanteile von webcall durch Swisscom regeln. Damit beabsichtigt Swisscom unmittelbar die Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu übernehmen. Nach dem Vollzug der Übernahme soll in einer zweiten Phase webcall in die Swisscom integriert werden.

9. Daraus folgt, dass die Transaktion einen Erwerb alleiniger Kontrolle von Swisscom über webcall und damit einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. 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

Eine Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens kann sich durch Erreichen der Umsatzschwellen in Art. 9 Abs. 1 KG ergeben. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen unter anderem mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen. Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich vorliegend nach Massgabe von Art. 3 Abs. 2 Bst. b VKU (Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU]; SR 251.4)

11. In diesem Fall erreicht nur Swisscom einen Umsatz von mindestens 100 Millionen Franken, nicht jedoch webcall. Mangels Erfüllung der Umsatzschwellen nach

Art. 9 Abs. 1 KG besteht somit diesbezüglich keine Meldepflicht.

	Umsatz in der Schweiz in Franken
Swisscom Gruppe CH	9'616 Mio.
Webcall CH	[...] Mio.
Total CH	[...] Mio

12. 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 diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

13. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt (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).

14. Swisscom vertritt die Auffassung, dass weder eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1-3 KG noch nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht. Swisscom reichte dennoch eine Meldung ein um den Zusammenschluss nicht zu verzögern.

15. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für Systemintegrationsdienstleistungen. Systemintegrationsdienstleistungen bieten dem Kunden unter anderem die Möglichkeit an, Sprachkommunikation mittels IP-Telefonie über das Datennetz bzw. Breitbandanschluss durchzuführen. Die Frage ob, IP-Telefonie mit der herkömmlichen Telefonie vergleichbar ist, kann offen gelassen werden. Jedenfalls ist aufgrund der Möglichkeit, mittels IP-Telefonie ins Festnetz anrufen zu können, von einem benachbarten Markt auszugehen.

16. Somit kann gefolgert werden, dass der Markt für Systemintegrationsdienstleistungen dem schweizerischen Telefoniemarkt oder dem Netz benachbart oder nachgelagert ist. Der Zusammenschluss ist damit gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

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

beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevanter Markt

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

20. Der Geschäftsbereich der webcall ist die PC-basierte Kommunikation, insbesondere der Bereich IP-Telefonie. Die hauptsächliche Leistung ist die Beratung, Projektierung, Implementation und Wartung bezüglich PC-basierter Kommunikationslösungen sowie die Schulung der Anwender.

21. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wird von einem sachlich relevanten Markt für Systemintegrationsdienstleistungen ausgegangen.

22. Unter Systemintegration wird die Beratung, Projektierung und Realisierung von sicheren, hoch verfügbaren, konvergenten Sprach- und Datennetzwerken sowie komplexer Kommunikationslösungen für Geschäftskunden verstanden (RPW 2005/4, S. 627 ff.).

23. Es stellt sich die Frage, ob ein separater Markt für Wartungsdienstleistungen (After Sales Services) abzugrenzen ist. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien geben dazu an, dass es in aller Regel die gleichen Unternehmen sind, welche auch Wartungsdienstleistungen (After Sales Services) anbieten. Würde diesbezüglich ein separater Markt abgegrenzt werden, wären darin mehrheitlich die gleichen Wettbewerber mit vergleichbaren Marktanteilen wie im Markt für Systemintegrationsdienst tätig.

24. Die Frage, ob ein separater Markt für Wartungsdienstleistungen (After Sales Services) abzugrenzen ist, kann offen gelassen werden, da selbst bei einer solchen Marktabgrenzung die Marktanteile sehr gering ausfallen würden.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

26. Systemintegrationsdienstleistungen werden sowohl von schweizerischen als auch von international tätigen Unternehmen angeboten. Es könnte sich somit die Fra-

ge stellen, ob von einem internationalen Markt auszugehen ist. Die Frage der räumlichen Dimension des relevanten Marktes kann offen gelassen werden, da der Meldung folgend die Schweiz als räumlich relevanten Markt angenommen wird.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. 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 wer-

den hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

28. Auf die Beschreibung möglicher betroffener Märkte bspw. in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobilfunk oder Breitbandinternet wird verzichtet, da diese Märkte für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht von Bedeutung sind und der Wettbewerbskommission im Übrigen aus anderen Fällen bekannt sind.

29. Nach Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Parteien lassen sich die Marktanteile im Markt für Systemintegrationsdienstleistungen wie folgt darstellen:

	2007	2006	2005
Swisscom Gruppe	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
webcall	[<1%]	[<1%]	[<1%]
Total	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]

30. Der kumulierte Marktanteil von Swisscom und webcall beträgt nach oben stehender Tabelle für das Jahr 2007 [0-5%] und überschreitet den Schwellenwert von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht.

31. Gemäss der Studie "Analysis and Trends by IT Services" von Pierre Audoin Consultants sind die drei wichtigsten Konkurrenten im Markt für Systemintegrationsdienstleistungen IBM, Accenture und CSC. Diese Wettbewerber haben alle zusammen 11.2% Marktanteil. Diese relativ tiefen Marktanteile zeigen auf, dass der Markt unter vielen Wettbewerbern aufgeteilt ist.

32. Der Markt für Systemintegrationsdienstleistungen ist demzufolge als nicht vom Zusammenschluss betroffener Markt zu bezeichnen.

B.4.3 Ergebnis

33. 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

16. Volkswagen AG/Scania AB

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. Juni 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Juni 2008

1. Am 13. Mai 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach die Volkswagen AG (VW) mit Sitz in Wolfsburg, Deutschland, beabsichtigte, die Anteilsmehrheit an der Scania AB (Scania) mit Sitz in Södertälje, Schweden, zu erwerben.

2. VW ist die Muttergesellschaft der Volkswagengruppe, welche weltweit in der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von Personenkraftwagen (Pkw), Nutzfahrzeugen sowie Dieselmotoren tätig ist. Nebst leichten Nutzfahrzeugen stellt VW auch schwere Nutzfahrzeuge her (Lkws und Busse bis 45 t), beschränkt ihre diesbezügliche Geschäftstätigkeit aber auf Mittel- und Südamerika sowie einige afrikanische Staaten. In Verbindung mit dem Vertrieb und der Finanzierung von Pkws und leichten Nutzfahrzeugen erbringt VW auch Finanzdienstleis-

tungen. Die VW-Gruppe vereinigt die Automarken VW, Audi, Seat, Skoda, Bentley, Lamborghini und Bugatti unter ihrem Konzerndach. Bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben war VW an der Scania beteiligt und besitzt zudem Beteiligungen an der MAN AG (MAN) mit Sitz in München, Deutschland, welche ihrerseits an der Scania beteiligt ist.

3. Scania entwickelt, produziert, vermarktet und verkauft schwere Lastkraftwagen (> 16t) für den Fernverkehr. Ferner stellt Scania auch Busse, Fahrgestelle für Busse sowie Industrie- und Schiffsmotoren her. Daneben bietet das Unternehmen produktbezogene Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen an. Seine Geschäftstätigkeit konzentriert sich zu mehr als zwei Dritteln auf Europa.

4. Die Marktuntersuchungen der Bereiche PkW und leichte Nutzfahrzeuge, Lastkraftwagen, Personenbusse und Fahrgestelle für Personenbusse sowie Dieselmotoren führten die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung von VW und Scania begründet wird. Auf den aufgeführten Märkten sehen sich die Zusammenschlussparteien weiterhin mit starken Wettbewerbern konfrontiert.

5. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

17. Hexion Inc./Huntsman Corporation

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Juni 2008

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 2008

1. Am 28. Mai 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt die von Investmentfonds der Apollo Group (nachfolgend Apollo) mit Sitz in New York (New York, USA) gehaltene Hexion, Inc. (nachfolgend Hexion) die Kontrolle über die Huntsman Corporation (nachfolgend Huntsman) zu erwerben.

2. Apollo ist eine US-amerikanische Investmentgesellschaft, welche verschiedene Investmentfonds verwaltet, mit welchen sie an diversen Gesellschaften verschiedenster Industriebereiche beteiligt ist.

3. Bei Hexion handelt es sich um eine internationale, auf Spezialitätenchemie fokussierte Gesellschaft, welche verschiedene wärmehärtende Harze und verwandte Produkte herstellt.

4. Huntsman ist ebenfalls eine US-amerikanische Gesellschaft, die nach dem Recht des Bundesstaates Delaware inkorporiert ist. Als global tätiger Hersteller und Händler differenzierter Chemikalien produziert Huntsman ein vielfältiges Spektrum an Spezialitätenchemie- und Zwischenprodukten.

5. Die Parteien haben sich verpflichtet, sämtliche durch die Europäische Kommission verhängten Auflagen und Bedingungen auch in Bezug auf die Schweiz umzusetzen. Die vorläufige Prüfung ergab, dass dadurch 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.

B 2	6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	1. Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse

Empfehlung gemäss Art. 45 Abs. 2 KG zuhanden des Bundesrates vom 23. Juni 2008 betreffend die Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse

A. SACHVERHALT

1. Die vorliegende Empfehlung geht aus der Vorabklärung des Sekretariates der Wettbewerbskommission nach Art. 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) in Sachen Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern durch armasuisse hervor.

2. Auslöser für die Vorabklärung bildete eine Anzeige der im Vergabeverfahren (Einladungsverfahren) unterlegenen Anbieterin Augusta S.p.A. vom 11. November 2005 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission, worin der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG durch armasuisse gerügt wurde. Dem behaupteten Kartellrechtsverstoss lagen nach Auffassung der Anzeigerin verschiedene Mängel bei der Evaluation der insgesamt zwei eingeholten Offerten zugrunde.

3. Am 23. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen armasuisse. Sie wurde am 7. August 2007 ohne Folgen eingestellt, da keine marktbeherrschende Stellung von armasuisse auf dem relevanten Markt festgestellt werden konnte (vgl. Schlussbericht vom 7. August 2007, publiziert in RPW 2007/4, S. 517 ff.).

4. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2007 gelangte die Augusta S.p.A. an die Wettbewerbskommission und ersuchte um Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG. Das Gesuch wurde mit Schreiben vom 23. Juni 2008 abschlägig beantwortet.

5. Eine beschaffungsrechtliche Überprüfung der kritisierten Evaluation blieb der Augusta S.p.A. verwehrt, da die Gesetzgebung des Bundes bei Beschaffungen der fraglichen Art keinen Rechtsschutz gewährt.

B. BEURTEILUNG

B.1 Beschaffungen durch armasuisse nach geltendem Beschaffungsrecht

6. Die Beschaffungen der armasuisse richten sich – wie die Beschaffungen sämtlicher Bundesbehörden – nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) und der dazugehörigen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB; SR 172.056.11). Das BoeB setzt das im GATT/WTO-Rahmen ausgehandelte Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA;

SR 0.632.231.422) ins nationale Recht um. Die VoeB konkretisiert diese Vorgaben und regelt zusätzlich diejenigen Beschaffungen, welche vom GPA bzw. vom BoeB nicht erfasst werden.

7. Zwecks Verwirklichung der in Art. 1 BoeB umschriebenen Zielen des Beschaffungsrechts (Transparenz, Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und Gleichbehandlung) muss die Beschaffung von Gütern, Dienstleistungen und Bauten ab einem bestimmten Auftrags- bzw. Schwellenwert im wettbewerbsfreundlichen offenen oder selektiven Verfahren erfolgen (sog. "WTO-Verfahren"; zu den massgebenden Schwellenwerten vgl. Art. 1 der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008; SR 172.056.12). In Ergänzung dazu können Entscheide, die im Rahmen eines derartigen Verfahrens ergehen, mittels Beschwerde angefochten werden (vgl. Art. 29 BoeB).

8. Bei Beschaffungen von armasuisse werden die Pflichten zur Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens und die Einräumung eines Rechtsschutzes in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Erstens fällt die Beschaffung von Waffen, Munition oder Kriegsmaterial und die Erstellung von Bauten der Kampf- und Führungsinfrastruktur von Gesamtverteidigung und Armee nicht unter das Gesetz (Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB). Sodann müssen Dienstleistungen, Güter und Bauten nicht nach den Bestimmungen des BoeB beschafft werden, wenn dadurch die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet sind (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BoeB). Schliesslich wird die Beschaffung ziviler Militär- und Zivilschutzgüter, die nicht auf der Positivliste des Anhangs 1 zum GPA figurieren, nicht vom Gesetz erfasst. In den drei genannten Konstellationen erfolgt die Auftragsvergabe nach den Regeln des 1. und des 3. Kapitels der VoeB (sog. "übrige Beschaffungen"; Art. 32 ff. VoeB). Für Beschaffungen, die vom 3. Kapitel der VoeB erfasst werden, ist grundsätzlich ein offenes oder selektives Verfahren durchzuführen; dies unter Beachtung derselben Regeln wie für Beschaffungen nach dem Gesetz (Art. 34 VoeB). Allerdings können Güter und Bauten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB unbeschadet ihres Auftragswertes im Einladungsverfahren (Art. 35 Abs. 3 Bst. a VoeB) oder im freihändigen Verfahren (Art. 36 VoeB) beschafft werden. Letzteres Verfahren ist nur dann zulässig, wenn es zum Erhalt von inländischen Unternehmen, die für die Landesverteidigung wichtig sind, unerlässlich ist (Art. 36 Abs. 2 Bst. f VoeB). Für die Vergabe von Aufträgen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a BoeB ist das offene bzw. selektive Verfahren (Art. 34 VoeB) oder das freihändige Verfahren (Art. 36 Abs. 2 Bst. a VoeB) vorgesehen. Was schliesslich die Vergabe der von der Positivliste des

Anhangs 1 zum GPA nicht erfassten zivilen Militär- und Zivilschutzgüter betrifft, findet in der Regel das offene oder selektive Verfahren Anwendung (Art. 34 VoeB). Der Rückgriff auf das Einladungsverfahren oder das freihändige Verfahren ist nur bei Vorliegen der in Art. 35 und 36 VoeB vorgesehenen Ausnahmefällen zulässig.

9. Mit der Anwendung der VoeB auf die vorstehend erwähnten Beschaffungen einher geht das Fehlen jedwelchen Rechtsschutzes. Sämtliche Entscheide nämlich, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach Art. 32 ff. VoeB ergehen, stellen keine Verfügungen dar und können nicht mit Beschwerde angefochten werden (Art. 2 Abs. 3 letzter Satz BoeB; Art. 39 VoeB). So bleibt es dem unterlegenen Anbieter verwehrt, den Zuschlag anzufechten, selbst wenn dieser auf einer Verletzung des von der Beschaffungsstelle zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes beruht.

10. Die bei Beschaffungen von armasuisse greifenden Ausnahmen führen dazu, dass nur ein äusserst kleiner Teil der Vergaben im Rahmen eines WTO-Verfahrens mit Rechtsschutz erfolgt. Gemäss einem Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle vom 18. Oktober 2007 betreffend Rüstungsbeschaffung im VBS (publiziert in BBl 2008 3587), den sie zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates erstellte, war dies nur gerade in 3% der von armasuisse im Jahre 2006 getätigten Beschaffungen der Fall. Ursächlich dafür ist der Umstand, dass das BoeB nur auf Beschaffungen Anwendung findet, die Gegenstand der übergeordneten staatsvertraglichen Vereinbarungen bilden. Letztere erfassen in nur sehr beschränktem Masse Güter, welche zu militärischen Zwecken oder durch im Militärbereich tätige öffentliche Auftraggeber beschafft werden. Zudem hat der Gesetzgeber für diese, dem Gesetz nicht unterstellten Beschaffungen auf jedwelchen Rechtsschutz verzichtet (Art. 2 Abs. 3 letzter Satz BoeB).

B.2 Lücke in Bezug auf den Rechtsschutz bei Beschaffungen durch armasuisse

11. Bei Beschaffungen durch armasuisse, wie auch bei allen anderen vom Gesetz ausgenommenen Beschaffungen, besteht somit eine Lücke in Bezug auf den Rechtsschutz. Diese Lücke schafft einen rechtsschutzfreien Raum, der auch bei offensichtlicher Rechtsverletzung nicht durchbrochen werden kann. Dies führt zu Intransparenz, begünstigt Diskriminierungen und damit Verzerrungen des Wettbewerbs.

12. Diese Risiken können auch mit dem Instrument des Kartellgesetzes oft nicht eliminiert werden, wie der Fall der Helikopterbeschaffung zeigt. So setzt die Anwendung von Art. 7 KG im Zusammenhang mit dem Beschaffungswesen grundsätzlich das Vorliegen einer

marktbeherrschenden Stellung voraus. Namentlich bei der Beschaffung von Gütern auf dem Weltmarkt ist diese Voraussetzung in der Regel nicht gegeben.

13. Keine Lösung bietet schliesslich die Möglichkeit des (unterlegenen oder potentiellen) Anbieters, beschaffungsrechtliche Verstösse mittels Aufsichtsbeschwerde zu rügen. Bei diesem Instrument, auch Aufsichtsanzeige genannt, handelt es sich nämlich im Unterschied zu einem förmlichen Rechtsmittel bloss um einen formlosen Rechtsbehelf, der keine präventive bzw. disziplinierende Wirkung entfaltet. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, weshalb er keinen Anspruch darauf hat, dass sich die Aufsichtsbehörde überhaupt mit seinen Rügen auseinandersetzt, ihn anhört oder ihm Bescheid gibt.

B.3 Fazit

14. Beschaffungen, auf die ausschliesslich die VoeB Anwendung findet, erfolgen aufgrund entsprechender Ausnahmebestimmungen nur zu einem geringen Teil im Rahmen eines WTO-Verfahrens mit Rechtsschutz. Dies trifft besonders häufig bei Beschaffungen durch armasuisse zu. Die daraus resultierende Rechtsschutzlücke ist sowohl aus wettbewerbspolitischer wie auch rechtsstaatlicher Sicht problematisch. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher die Einräumung eines Rechtsschutzes, der es den Anbietern erlaubt, die Einhaltung zentraler beschaffungsrechtlicher Regeln und Grundsätze gerichtlich überprüfen zu lassen.

C. EMPFEHLUNG

Aufgrund der vorstehenden Beurteilung und gestützt auf Art. 45 Abs. 2 KG empfiehlt die Wettbewerbskommission dem Bundesrat, in Bezug auf Beschaffungen nach dem 3. Kapitel der VoeB den Rechtsschutz zu verbessern, insbesondere:

1. einen Rechtsschutz bei Beschaffungen einzuräumen, für welche die Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens vorgesehen ist, und die entsprechende Anpassung der rechtlichen Grundlagen (Art. 2 Abs. 3 letzter Satz BoeB und Art. 39 VoeB) in die Wege zu leiten.
2. einen Rechtsschutz bei Beschaffungen im Einladungsverfahren nach Art. 35 Abs. 3 Bst. a VoeB (Kriegsmaterial und Bauten der Kampfinfrastruktur) einzuräumen, sofern die WTO-Schwellenwerte erreicht werden, und die entsprechende Anpassung der rechtlichen Grundlagen (Art. 2 Abs. 3 letzter Satz BoeB und Art. 39 VoeB) in die Wege zu leiten.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B.3	1. Decisione incidentale nella causa Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza

Decisione incidentale (B-360/2008) della Corte II del 6 marzo 2008 nella causa Spalu SA, Cogesa SA, Edilstrada SA, Industrie Chimiche Riunite SA, Società anonima Imprese stradali ed affini SA, Franco Rossi SA, Mancini & Marti SA contro Commissione della concorrenza (Comco) limitazione illecita della concorrenza, istanza (super) cautelare del 3 marzo 2008.

Visto e considerato:

che con decisione del 19 novembre 2007 la Commissione della Concorrenza ha constatato (tra l'altro) che l'applicazione della convenzione del 15 dicembre 1998 nel Canton Ticino, nel periodo tra il mese di gennaio 1999 e almeno fino alla fine del 2004, conclusa da 17 di 20 ditte denominate nella formula di notificazione costituiva un accordo che serviva a realizzare una ripartizione delle commesse, sia un accordo orizzontale in materia di prezzi e, di conseguenza, una limitazione illecita della concorrenza secondo l'art. 5 cpv. 3 lett. a e c LCart, vietando alle imprese coinvolte di applicare la convenzione del 15 dicembre 1998;

che contro tale decisione le ditte ricorrenti sono insorte con ricorso del 18 gennaio 2008 dinanzi al Tribunale amministrativo federale, postulando in via principale l'annullamento della stessa e del relativo comunicato stampa del 6 dicembre 2007 in tutte le sue versioni linguistiche, e in via subordinata - oltre all'annullamento della decisione impugnata - anche la trasmissione della domanda di annullamento del comunicato stampa del 6 dicembre 2007 all'autorità inferiore quale domanda di rettifica al fine di rilasciare una decisione impugnabile dinanzi al Tribunale amministrativo federale;

che con scritto del 5 dicembre 2007 l'autorità inferiore ha chiesto alle parti di esprimersi sulla questione se la decisione impugnata a loro avviso contenesse eventuali segreti d'affari;

che con scritto del 28 febbraio 2008 la Segreteria della Commissione federale della Concorrenza ha comunicato alle ricorrenti la pubblicazione sulla sua pagina internet in data 7 marzo 2008 del testo della decisione impugnata nella versione italiana e tedesca, segnalando che questi testi saranno pubblicati anche nel prossimo numero della collana Diritto e Politica della Concorrenza (DPC);

che le ditte ricorrenti in data 3 marzo 2008 hanno presentato nel merito un'istanza volta a vietare alla Commissione della concorrenza la pubblicazione sia a titolo generale che sul proprio sito internet della decisione impugnata

del 19 novembre 2007 relativa all'incarto denominato "Pavimentazioni stradali in Ticino", fintanto che la relativa procedura di ricorso non sarà conclusa con una sentenza cresciuta in giudicato, con segnalazione della comminatoria dell'azione penale a norma dell'art. 292 CP e che l'inesecuzione del presente ordine darà titolo all'istante per reclamare il risarcimento danni, da liquidarsi in separata sede;

che le ricorrenti propongono in via superprovisionale le medesime richieste presentate nel merito, ad eccezione del divieto generale della pubblicazione della decisione impugnata, fintanto che la relativa procedura non sarà conclusa con una sentenza cresciuta in giudicato;

che le parti ricorrenti adducono quale motivo dell'istanza che la pubblicazione della sentenza creerebbe unicamente uno stato di fatto di assoluta incertezza e desterebbe nel pubblico l'impressione che si tratti di una decisione definitiva, mentre il ricorso è suscettibile di modificare la stessa;

che le parti ricorrenti sostengono inoltre che la pubblicazione su internet renderebbe la decisione impugnata accessibile ad ogni terzo e alimenterebbe l'avanzamento di richieste nell'ambito di azioni civili nei loro confronti, come più volte accennato da diversi personaggi politici cantonali;

che le parti ricorrenti non vedono quale preponderante interesse pubblico dovrebbe avere l'autorità inferiore alla pubblicazione della sentenza, tale da non poter attendere la decisione finale, prima di procedere a qualsiasi pubblicazione;

che le parti concludono che vista la dichiarata volontà dell'autorità inferiore di procedere alla pubblicazione venerdì 7 marzo 2008 si giustifica una decisione senza dover interpellare la diretta interessata, essendo palese ed evidente l'urgenza, considerato che il mancato immediato intervento provocherebbe infatti un danno irreparabile per le ditte ricorrenti;

che il Tribunale amministrativo federale è competente per statuire sui ricorsi contro le decisioni della Commissione della concorrenza (art. 5 cpv. 1 lett. b della legge federale sulla procedura amministrativa, PA, RS 172.021 i. r. c. n. 27 dell'all. alla legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale amministrativo federale, LTAF, RS 173.32, e art. 31 ff. LTAF);

che dopo il deposito del ricorso, l'autorità adita, il suo presidente o il giudice dell'istruzione può prendere, d'uffi-

cio o a domanda di una parte, altri provvedimenti d'urgenza per conservare uno stato di fatto o salvaguardare provvisoriamente interessi minacciati, per cui è data la competenza del giudice istruttore a statuire sulla presente richiesta delle ricorrenti (art. 56 PA i. r. c. art. 23 LTAF);

che lo scopo di altri provvedimenti d'urgenza giusta l'art. 56 PA (conservare uno stato di fatto o salvaguardare provvisoriamente interessi minacciati) è formulato in modo restrittivo e che misure cautelari devono essere ammesse anche per garantire provvisoriamente interessi minacciati (RHINOW/KOLLER/KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel und Frankfurt am Main, 1996, N. a margine 1331);

che in genere lo scopo di provvedimenti cautelari consiste nell'assicurare l'esecuzione della decisione finale, organizzare uno statuto provvisorio o facilitare l'ammissione delle prove (cfr. TERCIER in SIWR V/2, pag. 365; PHILIPPE SPITZ *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes in sic!* 2004 pag. 562);

che nell'ambito della legge sui cartelli e secondo le prescrizioni sulla procedura civile le misure cautelari servono a tutelare pretese derivanti da una limitazione della concorrenza e che quindi esse sono impiegate prevalentemente nel quadro di richieste di soppressione o cessazione di un ostacolo o per assicurare le prove (cfr. art. 17 della legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza; LCart; RS 251; ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005, N. a margine 919 ss.);

che nel quadro della richiesta di misure cautelari l'autorità adita prende la relativa decisione in modo sommario sulla base di un esame prima facie della situazione di fatto e di diritto, cioè i fatti sono accertati in modo sommario e in principio si rinuncia ad assumere prove (cfr. le procedure della Commissione di ricorso in materia di concorrenza REKO/WEF FB/2002-5, consid. 4.2.2, 97/FB-005, consid. 2.2.4, pubblicata in DPC 1997/4, pag. 602 ss.);

che nel caso in esame non è ravvisabile in che misura l'istanza cautelare formulata dalle ditte ricorrenti - volta nel merito a vietare all'autorità inferiore la pubblicazione della decisione impugnata sia in generale che sul suo sito internet - sia indicata e necessaria per garantire le conclusioni proposte dalle ricorrenti nella causa principale;

che, anche per quanto attiene alla richiesta di segnalare all'autorità inferiore che l'inesecuzione del divieto di pubblicazione darà titolo all'istante di reclamare il risarcimento dei danni da liquidarsi in separata sede, la misura richiesta non è atta a tutelare o a garantire le contestazioni della decisione di constatazione dell'autorità inferiore formulate nella causa principale;

che alle autorità in materia di concorrenza è data per legge la possibilità di pubblicare le proprie decisioni (art. 48 cpv. 1 LCart) e che comunque le pubblicazioni delle autorità della concorrenza non devono rivelare alcun segreto d'affari (art. 25 cpv. 4 LCart);

che un eventuale avanzamento di azioni civili nei confronti delle ricorrenti non dipende necessariamente dalla circostanza che la decisione impugnata venga pubblicata o meno, considerato che la stampa ha già dato ampio spazio all'esito dell'inchiesta della Commissione della concorrenza e che già l'apertura dell'inchiesta ha dovuto essere comunicata mediante pubblicazione ufficiale (art. 28 LCart).

che, anche tenuto conto che gli organi di pubblicazione dell'autorità inferiore si rivolgono piuttosto ad un pubblico specializzato, non si intravede quale pregiudizio potrebbe essere recato alle ricorrenti con la pubblicazione della decisione impugnata;

che la decisione se, cosa e dove pubblicare una decisione rientra nell'ambito dei compiti che spettano alle autorità in materia di concorrenza, che quindi fa parte delle attività generali dell'amministrazione, e possibilmente, nella misura in cui ci si riferisce alla pubblicazione, fa anche parte delle azioni di diritto privato, le quali non sono soggette al controllo del Tribunale amministrativo federale in qualità di autorità di ricorso, bensì, se del caso, dell'autorità di sorveglianza competente (cfr. anche l'art. 21 del Regolamento interno della Commissione della concorrenza del 1° luglio 1996, approvato dal Consiglio federale il 30 settembre 1996, RS 251.1);

che bisogna convenire con le ricorrenti che, onde assicurare un'informazione oggettiva ed equilibrata può apparire necessario che nell'ambito della pubblicazione di decisioni si indichi che esse sono oggetto di una procedura di ricorso;

che tuttavia questa circostanza non cambia nulla al fatto che la decisione se dare tale indicazione o meno spetta soltanto all'autorità inferiore, eventualmente sotto la sorveglianza dell'autorità di controllo ad essa subordinata;

che, visto quanto precede, l'istanza cautelare delle ricorrenti presentata nel merito deve essere respinta e che in considerazione di questo risultato l'istanza cautelare presentata in via supercautelare viene a cadere;

il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1. L'istanza cautelare delle ricorrenti è respinta.
2. Le spese processuali verranno definite con la decisione nella causa principale.
3. In concomitanza con la presente decisione incidentale l'istanza cautelare delle ricorrenti del 3 marzo 2008 è portata a conoscenza dell'autorità inferiore.
4. Comunicazione:
 - alle ricorrenti (Raccomandata con avviso di ricevimento; previo fax)
 - all'autorità inferiore (n. di rif. 22-0323: Pavimentazioni stradali in Ticino; Raccomandata con avviso di ricevimento; previo fax; allegato secondo la cifra 3 del dispositivo)

I rimedi giuridici sono menzionati alla pagina seguente.

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua

notificazione, nella misura in cui sono rispettate le condizioni di cui agli art. 82 e segg., 90 e segg. e 100 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF, RS 173.110). Il ricorso è ammissibile contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente se esse possono causare un pregiudizio irreparabile (art. 93 cpv. 1 lett. a LTF). Gli atti scritti devono essere redatti in

una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione impugnata e – se in possesso della parte – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 6 marzo 2008

B.3	2. Urteil i.S. Crédit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission (WEKO)
-----	---

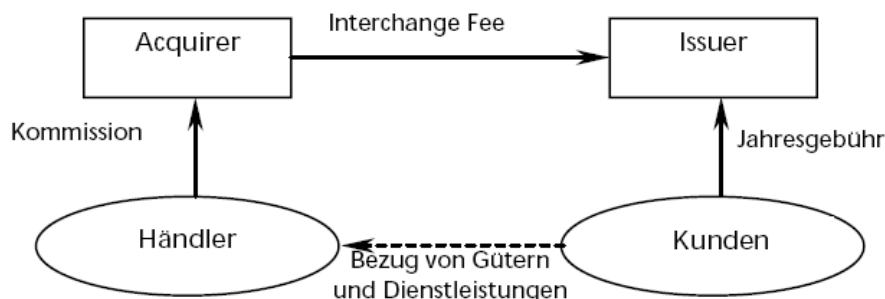
Urteil (B-4037/2007) der II. Abteilung vom 29. Februar 2008 i.S. *Crédit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission (WEKO) Vorinstanz – Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro interchange Fee; Art. 49a Abs. 3 Bst. A KG i.V.m. Art. 25 VwVG).*

Sachverhalt:

A

A.a Die Beschwerdeführerinnen sind Herausgeberinnen (sog. Issuer) der Debitkarte Maestro, mit der Karteninhaber

am Verkaufspunkt ihre Geschäfte bargeldlos abwickeln können (mit umgehender bzw. zeitlich verzögerter Belastung ihres Kontos). Für diese Dienstleistung haben die Karten- bzw. Kontoinhaber den Beschwerdeführerinnen eine Jahresgebühr zu entrichten. Händler, die Maestro-Debitkarten zur Zahlung akzeptieren wollen, schliessen diesbezüglich einen Vertrag mit einem Acquirer ab und bezahlen diesem pro getätigte Kunden-Transaktion eine Kommission (sog. *merchant service charge, MSC*). Die Finanzierungsseite des Maestro-Debitkartensystems lässt sich grob wie folgt darstellen:



Im Entwurf der *Domestic Rules* vom 21. September 2004 sehen die Beschwerdeführerinnen, der Verband Schweizerischer Kantonalbanken und die Telekurs Multipay AG, die u.a. im Acquiring für Maestro-Debitkarten tätig ist, für inländische Maestro-Transaktionen neu eine multilaterale *Domestic Interchange Fee* (DMIF) vor. Geplant ist, dass die Acquirer den Issuern eine DMIF in der Höhe von 0.4 % der zugrunde liegenden Transaktionssumme entrichten müssen. Geplant ist auch, dass die DMIF für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer gelten soll (vorbehältlich abweichender bilateraler Vereinbarungen).

A.b Am 7. Mai 2004 informierte die Telekurs Multipay AG das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), dass sie angesichts der geplanten DMIF das gegenüber den Händlern geltende Gebührenmodell wie auch die Interchange-Vereinbarung ändern wolle. Am 12. Mai 2004 reichte die Telekurs Multipay AG ein Memorandum mit Informationen zum neuen Debitsystem ein, am 21. Juli 2004 ihre angekündigte Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

A.c Nachdem das Sekretariat am 9. Juni 2004 mit den Beschwerdeführerinnen die Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen besprochen hatte, meldeten diese zusammen mit der Telekurs Multipay AG am 30. Juli 2004 dem Sekretariat ihr Vorhaben im Namen aller an der geplanten DMIF beteiligten Issuer.

A.d Daraufhin eröffnete das Sekretariat am 15. September 2004 eine Vorabklärung zur geplanten Interchange-Vereinbarung bzw. zum neuen Preismodell der Telekurs Multipay AG.

A.e Am 4. Oktober 2004 teilten die Beschwerdeführerinnen dem Sekretariat mit, das geplante Vorhaben werde vorläufig nicht verwirklicht.

A.f Am 5. Dezember 2005 schloss die Wettbewerbskommission im sachlich verwandten Markt für VISA- und MasterCard-Kreditkarten eine Untersuchung ab (vgl. Verfügung der WEKO vom 5. Dezember 2005, veröffentlicht in Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2006/1, S. 65 ff.).

Darin bezeichnete sie die zwischen Issuern und Acquirern vereinbarte Kreditkarten-DMIF als Preisabrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und aus Effizienzgründen nur soweit gerechtfertigt sei, als ausschliesslich die funktionsnotwendigen Netzwerkkosten berücksichtigt werden. Gleichzeitig genehmigte die Wettbewerbskommission die am 29. März 2005 zwischen den Kreditkartenherausgebern, den Acquiring-Unternehmen und dem Sekretariat abgeschlossene Vereinbarung.

A.g Am 10. Februar 2006 zog die Telekurs Multipay AG ihre Meldung vom 21. Juli 2004 zurück, da sie angesichts der Marktentwicklung das gemeldete neue Gebührenmodell nicht mehr einführen wollte.

A.h Anlässlich einer Sitzung vom 8. März 2006 mit den Beschwerdeführerinnen sowie der Telekurs Multipay AG äusserte das Sekretariat Bedenken hinsichtlich der geplanten Debitkarten-DMIF und der Anpassung des Gebührenmodells der Telekurs Multipay AG.

A.i Am 6. April 2006 forderten die Beschwerdeführerinnen und die Telekurs Multipay AG den Präsidenten der Wettbewerbskommission bzw. das Sekretariat auf, die Vorabklärung weiterzuführen und baldmöglichst mit einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen, wie dies im "Kreditkartenverfahren" geschehen sei. Gleichzeitig stellten sie das Eventualbegehren, die Wettbewerbskommission solle die Vorabklärung mit einer Feststellungsverfügung abschliessen.

A.j Am 16. Mai 2006 teilte der Präsident der Wettbewerbskommission den Beschwerdeführerinnen und der Telekurs Multipay AG mit, im Rahmen von Vorabklärungen kämen weder Feststellungsverfügungen noch einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG in Frage. Immerhin vermittele die Vorabklärung eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung des geplanten Vorhabens durch das Sekretariat.

A.k Am 10. Juli 2006 liess das Sekretariat den Beschwerdeführerinnen und der Telekurs Multipay AG seinen 43-seitigen Schlussbericht vom 4. Juli 2006 zukommen (veröffentlicht in RPW 2006/4, S. 601 ff.) und lud diese ein, bis zum 29. September 2006 mitzuteilen, ob auf die Einführung der geplanten DMIF verzichtet werde.

In diesem Bericht bezeichnet das Sekretariat die multilateral vereinbarte DMIF in der Höhe von 0.4 % als horizontale Preisabsprache, weshalb zu vermuten sei, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten schweizerischen Issuing-Markt im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG beseitigt werde. Zwar bestünden Anhaltspunkte für einen gewissen Restwettbewerb auf diesem Markt, was gegen eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs spräche. Insofern liesse sich die gesetzliche Vermutung allenfalls umstossen. Dennoch verblieben Indizien für einen fehlenden Intra- und Interbrandwettbewerb, so dass die Absprache den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte. Soweit aber eine Absprache den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, liesse sie sich nur aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Zweifelhaft sei, ob dazu auch Massnahmen zur Reduktion eines Defizits zählten. Ferner müsse, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen, für die Aufwandseite des Maestro-Systems eine Gesamtbetrachtung erfolgen, weil sonst andere Kosten wie z.B. Kontoführungskosten, Kosten für den Bargeldbezug bzw. Erträge aus dem Zinsdifferenzgeschäft nicht abgrenzbar wären. Schliesslich sei die errechnete angebliche Höhe des Defizits fragwürdig. Auch könne ein allfälliges Defizit auf andere Weise gedeckt werden, wie beispielsweise durch eine Erhöhung der Jahresgebühren. Dies spreche eher gegen das Vorliegen wirtschaftlicher Effizienzgründe zur Rechtfertigung dieser Preisabrede.

Im Ergebnis gab das Sekretariat keine abschliessende Beurteilung ab, sondern hielt lediglich fest, dass die gemeldete DMIF möglicherweise unzulässig sei, was im Rahmen einer Untersuchung geprüft werden würde,

wenn das gemeldete Vorhaben je verwirklicht werden sollte.

A.l Nachdem die Beschwerdeführerinnen dem Sekretariat am 28. September 2006 erklärt hatten, dass sie an der geplanten Einführung der DMIF für Maestro-Transaktionen festhielten, stellten sie diesem am 8. Dezember 2006 das folgende Rechtsbegehren:

"Es sei eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen und es sei durch die Wettbewerbskommission eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % unter dem Kartellgesetz zulässig ist."

Begründet wurde dieser Antrag mit dem Argument, ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung bestehe nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG sowie nach Art. 25 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

B.

Mit Verfügung vom 7. Mai 2007 (veröffentlicht in RPW 2007/3, S. 471 ff.) trat die Wettbewerbskommission auf dieses Gesuch nicht ein und auferlegte den Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten.

Die Vorinstanz verneint die geltend gemachten Ansprüche auf Eröffnung einer Untersuchung bzw. auf Erlass einer Feststellungsverfügung. Das Meldeverfahren bezwecke lediglich, die Ungewissheit bezüglich einer allfälligen Sanktionierbarkeit zu beseitigen. Der Schlussbericht vom 4. Juli 2006 und die Verfügung vom 5. Dezember 2005 in Sachen "Kreditkarten/Interchange Fee" (vgl. oben unter A.f) erlaube eine hinreichende Beurteilung der kartellrechtlichen Problematik der geplanten Abrede. Deshalb sei den Beschwerdeführerinnen zuzumuten, selbst über die Einführung einer DMIF im Maestro-System zu entscheiden.

C.

In einer als Beschwerde bzw. als Rechtsverweigerungsbeschwerde bezeichneten Eingabe beantragen die Beschwerdeführerinnen dem Bundesverwaltungsgericht am 11. Juni 2007 Folgendes:

"1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Mai 2007 sei aufzuheben.

2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen und eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % unter dem KG zulässig ist.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz."

Die Beschwerdeführerinnen begründen einlässlich, weshalb hier eine Untersuchung zu eröffnen und eine Feststellungsverfügung zu erlassen sei. Im Wesentlichen wiederholen sie ihren bisher erfolglos vorgebrachten Standpunkt, insbesondere dass das Rechtsinstitut der Meldung einen Anspruch auf eine Feststellungsverfügung beinhalte. Angesichts des Sanktionsrisikos und der "massiven Bussandrohung" hätten sie ein schützenswertes Interesse an einer Feststellungsverfügung zur Zulässig-

keit der "MIF Maestro". Ohne solche Verfügung bliebe nur die Möglichkeit, die gemeldete DMIF einzuführen, um "ein Sanktionsverfahren zu provozieren". Dies sei ihnen aber nicht zuzumuten.

D.

Nach erfolgter Fristerstreckung nahm die Wettbewerbskommission am 17. September 2007 zur Beschwerde ausführlich Stellung und beantragte deren kostenfällige Abweisung.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2007 wurde die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis gebracht, der Spruchkörper mitgeteilt und der Schriftenwechsel abgeschlossen.

F.

Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid vom 7. Mai 2007, in welchem die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eingetreten ist, stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht, das gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG beurteilt, ist nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

Angesichts des vorhandenen Anfechtungsobjektes bleibt kein Raum, die Eingabe der Beschwerdeführerinnen im Sinne des gestellten Eventualantrages, gestützt auf Art. 46a VwVG, als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen.

1.2 Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt. Sie haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

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

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

Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

"a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen."

Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern solche Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

2.2 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). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin, durchführen. Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen (vgl. Art. 26 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige 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).

2.3 Verstösse werden vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums untersucht. Sie werden von der Wettbewerbskommission beurteilt (Art. 53 Abs. 1 KG).

2.3.1 Unter der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen" sieht Art. 49a Abs. 1 KG Folgendes vor:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5, Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird 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. 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."

2.3.2 Nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG entfällt diese Belastung wenn:

"das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;"

2.4 Die Einzelheiten zur Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG sind in den Art. 15 bis 19 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) geregelt.

Insbesondere Art. 19 SVKG (mit der Marginalie "Widerspruchsverfahren") hält präzisierend fest, dass für den gemeldeten Sachverhalt eine Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG entfällt, wenn dem Unternehmen innerhalb von fünf Monaten nach Eingang der Meldung keine Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 - 30 KG mitgeteilt wird.

2.5 Nach Art. 39 KG sind auf kartellverwaltungsrechtliche Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

3.

3.1 Die Wettbewerbskommission hat den Beschwerdeführerinnen im angefochtenen Nichteintretensentscheid ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zur Frage abgesprochen, ob die am 30. Juli 2004 dem Sekretariat gemeldete DMIF für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4 % kartellgesetzkonform sei. Die Vorinstanz hat die Anliegen der Beschwerdeführerinnen nicht materiell behandelt und daher keinen Entscheid in der Sache, sondern lediglich einen formellen Prozessentscheid getroffen.

Angesichts des hier eingeschränkten Streitgegenstandes hat das Bundesverwaltungsgericht nur zu prüfen, ob die Vorinstanz auf den entscheidungswesentlichen Hauptantrag der Beschwerdeführerinnen auf Erlass einer Feststellungsverfügung zu Recht nicht eingetreten ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Akt aufzuheben und die Sache zum Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Erwiese sich demgegenüber der angefochtene Nichteintretensentscheid hinsichtlich der verneinten Zulässigkeit einer Feststellungsverfügung als rechtmässig, so wäre die Beschwerde abzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.18/2007 vom 8. August 2007 E. 1.3; BGE 129 V 289 E. 3; BVGE B 1519/2007 vom 21. September 2007 E. 1.4 mit Hinweisen).

3.2 Die vorliegende Streitsache wirft grundlegende Fragen zum Kartellverwaltungsverfahren auf, zumal die Beschwerdeführerinnen letztlich eine verfassungskonforme Auslegung der für massgeblich erachteten Normen ver-

langen, um die von ihnen erwünschte Rechtssicherheit zur Frage zu erhalten, ob die von ihnen mitgetragene, neu einzuführende "DMIF Maestro" kartellgesetzkonform sei.

Deshalb sind nachfolgend zunächst im Einzelnen die von der Vorinstanz (E. 3.2.1) und den Beschwerdeführerinnen (E. 3.2.2) vertretenen Standpunkte darzustellen, bevor deren Stichhaltigkeit geprüft werden kann (E. 4 ff.).

3.2.1 Die Vorinstanz lehnt die Eröffnung einer Untersuchung mit dem Argument ab, eine solche werde nach Ermessen eröffnet, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bestünden. Dies sei der Fall, wenn das öffentliche Interesse berührende Wettbewerbsbeschränkungen existierten, die rechtlich unzulässig seien (wegen erheblicher Beeinträchtigung oder Beseitigung des Wettbewerbs bzw. mangels Rechtfertigungsgründen). Demgegenüber bestehe keine Pflicht, eine Untersuchung zu eröffnen, wenn eine Abrede von vornherein den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht zu beschränken vermöge, weil sie keinen Wettbewerbsparameter betreffe oder weil sie sich - mangels Umsetzung - im Markt nicht auswirke. Ein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung bestehe nach herrschender Meinung nicht. Ferner stelle die behördliche Ablehnung, eine Untersuchung zu eröffnen, keine Verfügung dar. Bisher sei die gemeldete DMIF nicht eingeführt worden, weshalb gegenwärtig keine Wettbewerbsbeschränkung bestehe, deren Auswirkungen Anlass für eine Untersuchung bilden könnte. Im Schlussbericht des Sekretariats werden die geplante DMIF und die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe beurteilt. Daher kennten die Beschwerdeführerinnen die behördlichen Zweifel an der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der DMIF und wüssten, dass bei einer Realisierung des Vorhabens eine Untersuchung eröffnet würde. Es sei nicht ersichtlich, weshalb umgehend eine Untersuchung einzuleiten wäre. Eine solche bezwecke, die kartellrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens zu klären. Indes könne eine wettbewerbsrechtliche Würdigung nur erfolgen, wenn Beweis über alle Tatbestandselemente geführt werden könne. Hier jedoch könnte nur ein hypothetischer Sachverhalt gewürdigt werden. Dies widerspräche dem Konzept des Kartellgesetzes, weil die prospektive Beurteilung einer erst geplanten Abrede von deren (zukünftigen) Auswirkungen auf den Markt abhängig gemacht werden müsste. Solche "bedingte" Verfügungen seien dem Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes fremd.

Auch den Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung lehnt die Vorinstanz mit dem Hinweis ab, es liege weder eine feststellungsfähige "Einzelrechtsfrage" noch das dafür notwendige Feststellungsinteresse vor. Die Beschwerdeführerinnen verlangten mit ihrem Feststellungsgesuch einen Entscheid in der Sache, das heisst eine abstrakte Feststellung zur Zulässigkeit einer umfassenden Verhaltensweise, mithin die Prüfung der gemeldeten DMIF-Abrede im Lichte von Art. 5 KG. Dies aber sprengte den Rahmen der vorausgesetzten Einzelrechtsfrage, in dem sich Feststellungsentscheide bewegten. In diesem Sinne könne nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) die Frage der Zulässigkeit einer untersuchten Verhal-

tensweise nicht Gegenstand eines Feststellungsverfahrens sein.

Ferner erachtet die Vorinstanz unter Verweis auf die Materialien die verfassungsrechtlichen Bedenken für haltlos, welche die Beschwerdeführerinnen angesichts der Normunbestimmtheit der sanktionierbaren Tatbestände, gestützt auf die bundesrätliche Botschaft vom 7. November 2001, über die Änderung des Kartellgesetzes (BBl 2002 2022, nachfolgend: Botschaft 2001) und das von RENÉ RHINOW und ANDRÁS A. GUROVITS ausgearbeitete Gutachten vom 5. Juli 2001 "über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz" (RPW 2001/3, S. 592 ff., nachfolgend: Gutachten RHINOW/GUROVITS) vorbringen. Die Vorinstanz verneint ein Feststellungsinteresse auf "vorgängige Klarstellung der Rechtslage" und hält dazu fest, die Ausgestaltung des Melderechts bzw. die Abwicklung des Meldeverfahrens seien in der Botschaft nicht behandelt und im Kartellgesetz nicht festgelegt worden. Laut Botschaft hätte die damals vorgesehene Regelung der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG Sanktionen generell entfallen lassen, weshalb Unternehmen gemeldetem Verhalten ohne Sanktionsrisiko hätten umsetzen können. Erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen sei - zur Verhinderung von Missbräuchen im Meldewesen - die Fünfmonatsfrist eingeführt worden, während der ein kartellrechtliches Verfahren eröffnet werden müsse, damit das Sanktionsrisiko "wiederauflebe". Nach dieser Regelung entfalle eine Sanktionierung nur, wenn innerhalb von fünf Monaten kein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet werde oder wenn die Unternehmen nach Eröffnung eines solchen Verfahrens ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aufgeben. Die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen werde weder im Kartellgesetz noch in den Materialien behandelt. Eine allfällige Normunbestimmtheit der kartellgesetzlichen Tatbestände habe bereits vor der Einführung direkter Sanktionen und der Meldemöglichkeit existiert. Für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe seien die Bekanntmachungen nach Art. 6 KG sowie die Bundesratsverordnungen vorgesehen.

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen schliesslich vor, das Wesen der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zu verkennen, wenn sie rügten, ihnen sei angesichts der Bussenandrohung nicht zuzumuten, die DMIF einzuführen, um - als einzige Alternative zur Feststellungsverfügung - ein Untersuchungs- bzw. Sanktionsverfahren zu provozieren. Nach Auffassung der Vorinstanz betreffe das Meldeverfahren nicht die Zulässigkeit des gemeldeten Verhaltens, sondern nur dessen allfällige Sanktionierbarkeit; es beseitige die Ungewissheit bezüglich der Sanktionierbarkeit des gemeldeten Verhaltens. Werde innerhalb von fünf Monaten ein Verfahren im Sinne der Art. 26 ff. KG eröffnet, wüssten die meldenden Unternehmen, dass ihr Verhalten sanktioniert werden könnte, falls es in einer nachfolgenden Untersuchung für unzulässig erklärt würde. Mit diesem Wissen könnten sich die Unternehmen entscheiden, ob sie ihr Verhalten aufgeben bzw. auf eine Umsetzung verzichten wollen, wenn sie damit noch zugewartet haben. Für die Beantwortung der Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit gelte das bisherige System, wonach die (meldenden bzw. nicht meldenden) Unternehmen ihr Verhalten

selbst beurteilen müssten. Insofern befänden sich die Beschwerdeführerinnen nicht im Ungewissen hinsichtlich des Risikos direkter Sanktionen. Das Meldeverfahren nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG verschaffe somit Rechtssicherheit bezüglich eines allenfalls bestehenden Sanktionsrisikos. Indes sei dieses Verfahren nicht dazu da, die Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt überprüfen zu lassen. Im Unterschied zum vormals geltenden Recht der Europäischen Union habe der Kartellgesetzgeber keine "Freistellungen" von Absprachen vorgesehen. Diese Rechtslage entspreche der heute in der EU geltenden Regelung des grundsätzlichen Verbots von Wettbewerbsabreden mit Legalausnahme. Danach hätten die Unternehmen selbst zu prüfen, ob ein Erlaubnistatbestand gegeben sei. Daher sei das Ansinnen der Beschwerdeführerinnen abzulehnen, hier gestützt auf die Praxis zum Feststellungsinteresse ein vom Gesetzgeber nicht vorgesehenes Freistellungsverfahren im Sinne des früheren europäischen Rechts einzufordern, welches das kartellgesetzliche Durchsetzungsinstrumentarium unzulässig erweitern würde. Mit Hilfe des Schlussberichts vom 4. Juli 2006 und der Verfügung vom 5. Dezember 2005 in Sachen "Kreditkarten/Interchange Fee" (zitiert im Sachverhalt unter A.f) könnten sich die Beschwerdeführerinnen ein Bild über die kartellrechtliche Problematik ihrer geplanten Abrede machen. Ihnen sei zuzumuten, selbst über die Einführung einer DMIF im Maestro-System zu entscheiden, zumal sie die maximale Rechtssicherheit erhielten, welche das Kartellgesetz vorsehe. Dort sei insbesondere kein Verfahren statuiert, das erlauben würde, die materiellrechtliche Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt überprüfen zu lassen.

3.2.2 Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, angesichts des Sanktionsrisikos hätten sie nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ein schützenswertes Interesse, in einer Feststellungsverfügung zu erfahren, ob die geplante DMIF zulässig sei. Nur so hätten sie bei deren Einführung keine direkten Sanktionen zu befürchten.

Die Vorinstanz missverstehe die Rechtsprechung der REKO/WEF, wenn sie ein Feststellungsverfahren innerhalb von kartellgesetzlichen Verfahren für unzulässig halte. Rechtsprechungsgemäss seien auch "Feststellungsbegehren bezüglich zukünftiger Rechte und Pflichten" denkbar, wobei die Praxis zu Art. 25 VwVG das von der Vorinstanz eingeführte Kriterium der "Einzelrechtsfrage" nicht kenne. Vorliegend sei eine individuell konkrete Rechtslage - d.h. "konkret die Zulässigkeit der MIF Maestro" - zu klären. Die angefochtene Verfügung setze unzulässigerweise das Begriffspaar "gegenwärtig"/"zukünftig" mit dem Begriffspaar "individuell-konkret"/"generell-abstrakt" gleich. Ein Interesse an der sofortigen Feststellung sei zu bejahen, weil sie sonst auf eine günstige Massnahme (d.h. auf die mit der DMIF-Einführung verbundenen Erträge) verzichten müssten. Ferner könne die strittige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden. Ohne Feststellungsverfügung bliebe nur der Weg, die DMIF einzuführen, um "ein Sanktionsverfahren zu provozieren". Dies sei jedoch gemäss BGE 97 I 852 unzumutbar, da eine "massive Busse" drohe.

Die Verweigerung einer Feststellungsverfügung käme de facto einer Verbotsverfügung gleich, da wegen des "massiven Bussgeldrisikos" die DMIF nicht eingeführt

werden könnte. Dies wäre stossend, weil dagegen kein Rechtsmittel offen stünde, was dem in Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verankerten Recht auf Zugang zu einem Gericht widerspräche. Dies gelte um so mehr, als die im Schlussbericht vorgenommene vorläufige Beurteilung der "MIF Maestro" in wesentlichen Punkten "in eklatantem Widerspruch zur Beurteilung der 'MIF Maestro' für inländische VISA- und MasterCard Kreditkartentransaktionen und der Praxis der Europäischen Kommission" stehe. Ferner widerspreche dieser Sekretariatsbericht auch einem weiteren Schlussbericht vom 6. Juni 2006 "betreffend Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten beziehungsweise Postomaten ('ATM Service-Fee', 'Standortentschädigung')" (vgl. RPW 2006/3, S. 420 ff.).

Fälschlicherweise werde auch der Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung verneint. Das Bundesgericht bzw. die REKO/WEF hätten diesen Anspruch bisher nur Dritten abgesprochen, die den zivilrechtlichen Weg hätten beschreiten können. Im Unterschied dazu seien bisher nie direkte Sanktionen gegenüber Antragsstellenden gerichtlich beurteilt worden, denen - wie hier - der zivilrechtliche Weg verschlossen sei. Das Gleichbehandlungsgebot sowie das Willkürverbot lasse der Vorinstanz keinen Ermessensspielraum bei der Frage, ob eine Untersuchung zu eröffnen sei, nachdem für den Fall einer Umsetzung der gemeldeten DMIF eine Untersuchung (und damit ein Sanktionsverfahren) angekündigt worden sei. Entgegen der zu engen Interpretation, wonach gestützt auf Art. 27 KG nur vergangenes oder gegenwärtiges Verhalten untersucht werden könne, komme auch zukünftiges Verhalten als Untersuchungsgegenstand in Frage, wie die höchstgerichtliche Rechtsprechung in BGE 98 Ib 457 E. 6b zeige. Qualitativ unterscheide sich die im Rahmen eines Feststellungsverfahrens zu treffende Ermittlung zukünftiger Sachverhalte nicht von der Sachverhaltsermittlung in anderen Verfahren der Vorinstanz. Deren Auffassung würde konsequent zu Ende gedacht dazu führen, dass immer dann, wenn ein Vorhaben nach einer Meldung nicht umgesetzt würde, auch keine Vorabklärung eröffnet werden dürfte, zumal die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung nicht gegeben wären, zu deren Vorbereitung die Vorabklärung als Triageverfahren dient. Die künstliche Unterscheidung zwischen Untersuchung, Vorabklärung und Feststellungsverfahren gehe fehl, da die Feststellung der Zulässigkeit einer Verhaltensweise kein eigenes Verfahren darstelle, sondern im Rahmen einer Untersuchung erfolgen müsse.

Die Schaffung des Instituts der Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG habe Auswirkungen auf die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung. Neu beinhalte dieses Institut den Anspruch auf Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung. Das anlässlich der Kartellgesetzrevision im Auftrag des Bundesrates erstellte Gutachten RHINOW/GUROVITS halte fest, dass die Vorinstanz, wenn sie eine gemeldete Verhaltensweise für unzulässig erachte, diesen Befund in einer anfechtbaren Verfügung festhalten müsse. Diesen Ausführungen sei in den parlamentarischen Beratungen nicht widersprochen worden. Insbesondere das anlässlich der parlamentarischen Beratungen eingeführte "Widerspruchsverfahren"

erlaube keinen anderen Schluss. Dieses sei nur geschaffen worden, um zu vermeiden, dass Verhaltensweisen gemeldet und bis zum Abschluss des Instanzenzuges jahrelang sanktionsfrei praktiziert werden könnten. Demgegenüber sei nie beabsichtigt worden, den Parteien einen Anspruch auf Feststellungsverfügungen zu versagen. Vielmehr habe sich der Kartellgesetzgeber gegen das in der EU geschaffene System der Selbsteinschätzung entschieden, nachdem das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Institut der Meldung kein "Pendant" zur gegenwärtig in der EU geltenden Rechtslage kenne. Zwar treffe es zu, dass sich der Kartellgesetzgeber auch gegen das in der EU vorher bis Ende April 2004 geltende Anmeldesystem entschieden habe. Dennoch sei es dem Gesetzgeber bei der Schaffung des Meldeverfahrens auch um eine definitive Klärung der Rechtslage gegangen. Jedenfalls könne aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Meldefähigkeit übergangsrechtlicher Sachverhalte nicht abgeleitet werden, dass mit der Einleitung einer Vorabklärung ein Grad an Rechtssicherheit geschaffen würde, der hier ein Feststellungsinteresse entfallen liesse.

4.

Vorab beklagen die Beschwerdeführerinnen eine unhaltbare, rechtsunsichere Situation, weil unklar sei, ob die geplante "DMIF Maestro" zulässig sei. Die Vorinstanz teilt diese Ansicht nicht. Daher ist zunächst zu klären, ob hier ein Ausmass an Rechtsunsicherheit besteht, das die Notwendigkeit der nachgesuchten Rechtsvorkehrungen nahe legen könnte.

4.1 Unbestrittenermassen liegen der vorliegenden Streit-sache komplizierte wirtschaftliche Verhältnisse zu komplexen Aspekten der inländischen Zahlungsverkehrsstruktur zu Grunde (vgl. zum Bargeldsubstitutionsprozess durch private Zahlungsnetzwerke: Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 7.4 Kreditkarten NDK, veröffentlicht in RPW 2005/3, S. 530 ff. mit Hinweisen insbesondere auf Ruedi Minsch/Urs Bernegger, Cards '02. Analyse und Entwicklungsperspektiven des Schweizer Kartenmarktes - Studie unter der Projektleitung von Prof. Dr. Franz Jaeger, St. Gallen 2002, und Wolfgang Gebauer, Geld und Währung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004, S. 361; weiterführend: Dieter Suhr/Hugo Godschalk, Optimale Liquidität - Eine liquiditätstheoretische Analyse und ein kreditwirtschaftliches Wettbewerbskonzept, Frankfurt am Main 1986, S. 33 f., 55 ff.; Bernard A. Lietaer, Das Geld der Zukunft, 2. Aufl., München 1999, S. 141 ff.; Bernd Senf, Giralgeldschöpfung der Geschäftsbanken, in: derselbe, Der Tanz um den Gewinn, Lütjenburg 2004, S. 88 ff.; Hans Christoph Binswanger, Die Wachstumsspirale - Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses, Marburg 2006, S. 114 ff., 298 ff.; vgl. zur Komplexität des Netzwerkes der Debitkarte Maestro: Schlussbericht vom 4. Juli 2006, Ziff. 69 f., zitiert im Sachverhalt unter A.k):

Das von den Beschwerdeführerinnen mitgestaltete, mehrstufig aufgebaute und interdependent funktionierende Netzwerk für Maestro-Debitkarten stellt die an der Neueinführung der DMIF interessierten Unternehmen vor die schwierige Aufgabe, die Kartellgesetzkonformität dieser DMIF einzuschätzen, um dem Risiko direkter

Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG entgehen zu können. Denn seit der Eröffnung der Vorabklärung am 15. September 2004 wissen die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, dass ein Sanktionsrisiko besteht, sollten sie die DMIF im Maestro-Debitkartennetzwerk einführen (vgl. dazu im Einzelnen: E. 5.1).

Wenig hilfreich ist in dieser Situation der vom Sekretariat verfasste Schlussbericht. Diesem vermögen die Beschwerdeführerinnen lediglich zu entnehmen, dass sie bei einer Umsetzung des geplanten Vorhabens (nach durchgeführter Untersuchung allenfalls) sanktioniert werden könnten, ohne aber verlässlich einschätzen zu können, wie hoch dieses Risiko effektiv ist bzw. unter welchen Voraussetzungen allenfalls eine Sanktionierung vermeidbar wäre. Denn das Sekretariat - als Untersuchungsbehörde (Art. 23 Abs. 1 KG) - hütet sich davor, in seinem Bericht eine klare Aussage hinsichtlich der kartellgesetzlichen Zulässigkeit der DMIF abzugeben - dies mit der Begründung, die Wettbewerbsauswirkungen einer realisierten DMIF innerhalb des Maestro-Netzwerkes seien im jetzigen Zeitpunkt nicht hinreichend konkret abschätzbar.

Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen ist dieses Vorgehen des Sekretariats nicht zu beanstanden, da Wirtschaftsprognosen grundsätzlich unsicher und oftmals nur bedingt möglich sind (vgl. grundlegend: KARL-HEINZ BRODBECK, Warum Prognosen in der Wirtschaft scheitern, praxis perspektiven 5 (2002), S. 55 ff., veröffentlicht im Internet unter: www.fh-wuerburg.de/professoren/bwl/brodbeck/pp5/brodbeck.pdf, besucht am 27. Februar 2008; derselbe in: Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 2. Aufl., Darmstadt 2000, S. 3, 46, 60 f., 72 f., 101 ff.; GEBAUER, a.a.O., S. 366 f., 372; PAUL A. SAMUELSON/WILLIAM D. NORDHAUS, Volkswirtschaftslehre, Landsberg am Lech 2005, S. 298 ff.; BERNARD GUERRIEN, Dictionnaire d'analyse économique, 3. Aufl., Paris 2002, S. 28 ff., 56 ff., 75 f., 259 ff., 376, 410 ff.; JACQUES SAPIR, Les trous noirs de la science économique, Paris 2003, S. 26 ff., 49 f., 177 ff.; ARIEL RUBINSTEIN, Dilemmas of an Economic Theorist, *Econometrica*, Vol. 74/No. 4 (Juli 2006), S. 865 f., 871 ff., 881 ff., veröffentlicht im Internet unter: www.arielrubinstein.tau.ac.il/papers/74.pdf, besucht am 27. Februar 2008; BERNARD GUERRIEN, Can We Expect Anything From Game Theory?, in: Edward Fullbrook [Hrsg.]: A Guide to What's Wrong with Economics, London 2004, S. 207 f.; DONALD GILLIES, Can Mathematics Be Used Successfully in Economics?, in: Fullbrook [Hrsg.], a.a.O., S. 188 ff.; DEIRDRE N. MCCLOSKEY, The Rhetoric of Economics, 2. Aufl., Madison 1998, S. 150 f., 189 ff.; STEVE KEEN, Debunking Economics, 3. Aufl., London/New York 2004, S. 7 f., 200 ff., 264 ff.; HUGH STRETTON, Economics: A New Introduction, London 2000, S. 5 f., 85 f.).

Daher vermag, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, der erwähnte Schlussbericht die hier bestehende Rechtsunsicherheit nicht auszuräumen, zumal dieser nur die Perspektive der Untersuchungsbehörde wiedergibt, nicht aber diejenige der Wettbewerbskommission, welche bisher zur Frage der Zulässigkeit einer DMIF von 0.4 % nicht verbindlich Stellung nehmen wollte und nach Kartellgesetz allein zur Verhängung von Sanktionen zuständig ist (vgl. Art. 53 Abs. 1 KG). Ebenso wenig ver-

mag das in Art. 23 Abs. 2 KG vorgesehene Institut der Beratung (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., S. 2049) hier Abhilfe zu schaffen, nachdem das Sekretariat bei Beratungen keine die Wettbewerbskommission bindenden, sanktionsaussetzenden Zusicherungen abgeben dürfte (und dies auch nicht tut, ausser in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, wie in Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 SVKG [beim vollständigen Sanktionserlass im Rahmen der Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG]; vgl. zum Institut der "Beratung": PATRICK DUCREY, Meldung und Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/ Genf 2004, S. 162 f.; vgl. zum Vertrauensschutz: CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 184 ff.).

4.2 Darüber hinaus wird die bestehende Rechtsunsicherheit durch folgende drei Umstände erheblich verstärkt:

4.2.1 Bisher haben die schweizerischen Wettbewerbsbehörden nur die Funktionsweise bzw. die Auswirkungen von Interchange Fees in den sachlich verwandten Kreditkartensystemen untersucht (vgl. Sachverhalt unter A.f). Die dort vorgenommene Beurteilung erlaubt jedoch den Beschwerdeführerinnen lediglich den Schluss, dass sie bei Einführung der geplanten DMIF im Maestro-Debitkartensystem Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG riskieren - mehr nicht. Wenig hilfreich ist dabei ein Blick ins Ausland. Dort herrscht zur (einzig in 4-Parteien-Zahlkartennetzwerken) aktuellen wettbewerbsrechtlichen Problematik von Interchange Fees eine verwirrende Vielfalt von Theorien und Lösungsansätzen (vgl. dazu: MALTE KRUEGER/HUGO GODSCHALK, Kein gemeinsamer Nenner. Eine internationale Übersicht zeigt: Bei der Regulierung von Interchange-Gebühren herrscht viel Uneinigkeit, Card Forum 05/2004, veröffentlicht im Internet unter: www.paysys.de > Publikationen > 2004 - Kein gemeinsamer Nenner, besucht am 27. Februar 2008).

4.2.2 Erhöht wird die vorliegende Rechtsunsicherheit auf ökonomischer Ebene durch die normative Offenheit des Kartellgesetzes. Denn der Gesetzgeber vertritt ein Wettbewerbsverständnis, das "in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist" (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 512, nachfolgend: Botschaft 1994; vgl. dazu: KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006, S. 387 ff.). Deshalb wird der ordnungspolitisch zu schützende "wirksame Wettbewerb" (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) im Kartellgesetz nirgends definiert (vgl. zur verfassungsrechtlich zulässigen Normunbestimmtheit des Kartellgesetzes: Gutachten RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 603 ff., 610 f. mit Hinweisen).

Auf eine gesetzliche Definition wurde verzichtet, weil in der Wirtschaftswissenschaft und im Bereich der Industrieorganisation kein Konsens darüber herrscht, wie der Wettbewerbsgrad auf einem bestimmten Markt konkret zu ermitteln ist. Auch fehlen Wirtschaftsindikatoren, die eine definitive Beantwortung dieser Frage erlauben wür-

den. Vielmehr sind mangels einer einheitlichen und anerkannten Methode im Rahmen einer Untersuchung ein Maximum an Fakten zusammenzutragen, die mittels einer empirischen Ad-hoc-Methode nachgewiesen wurden, um den relevanten Markt abzugrenzen, seine Strukturen zu beschreiben und um das Verhalten sowie die Leistungen der Unternehmen zu evaluieren (PARLAMEN- TARISCHE VERWALTUNGSKONTROLLSTELLE, Das Kartellrecht: Standortbestimmung - Bericht vom 11. Oktober 2000 zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates, BBl 2001 3346, insbes. S. 3366 mit Hinweisen, nachfolgend: Bericht PVK).

Daher lässt sich dem Kartellgesetz kein operabler Massstab entnehmen, um "wettbewerbliche" von "wettbewerbswidrigen" Marktprozessen unterscheiden zu können (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 E. 6.2 20-Minuten, veröffentlicht in RPW 2006/2, S. 347 ff., mit Hinweisen; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in RPW 2007/2, S. 331 ff.). Insofern obliegt es den Wettbewerbsbehörden, die im Kartellgesetz offen formulierte Wettbewerbspolitik zu konkretisieren und zu implementieren, wobei der Verzicht auf allzu feine Differenzierungen in Kauf zu nehmen ist und einzig sicher gestellt werden kann, dass die vom "Wettbewerb als vielgestaltigen, dynamischen Prozess erwarteten statischen und dynamischen Funktionen" zur "Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte" ausreichend erfüllt werden (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.2 20-Minuten, a.a.O., mit Verweis auf die Botschaft 1994, a.a.O., S. 512 f.).

Dieser für die Beurteilung des vorliegenden Falles wesentliche Punkt darf als wissenschaftlich gesichert und konsensfähig gelten, nämlich dass Wettbewerb - als das grundlegende wirtschaftliche Koordinationsprinzip der schweizerischen Marktwirtschaft (RENÉ RHINOW/ GERHARD BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 425) - nicht als ohne weiteres fassbares, statisches und auf irgendwelche "Gleichgewichte" gerichtetes Phänomen, sondern vielmehr als komplexer, interdependent-dynamischer Prozess zu verstehen ist (vgl. dazu: Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 E. 6.2.1 20-Minuten, a.a.O., mit Hinweisen auf die juristische und ökonomische Literatur; sowie weiterführend: MARINO BALDI, «Wirksamer Wettbewerb» als Schutzobjekt des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, in: Blaise Knapp/Xavier Oberson [Hrsg.]: Problèmes actuels de droit économique, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 49 ff.; PEPTER ULRICH, Transformation der ökonomischen Vernunft - Fortschrittsperspektiven der modernen Industriegesellschaft, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 95 ff., 202 ff.; BINSWANGER, a.a.O., S. 24 ff., 93 ff., 298 ff., 363 ff., 385 ff.; BRODBECK, Grundlagen, a.a.O., S. 81 ff., 107, 123 f., 119 ff., 185 ff., derselbe in: Wirtschaft als kreativer Prozess, S. 13 ff., veröffentlicht im Internet unter: www.fh-wuerzburg.de/professoren/bwl/brodbeck/kreaproz.pdf, besucht am 27. Februar 2008; GUERRIEN, Analyse, a.a.O., S. 89 ff., 195 ff.; SAPIR, a.a.O., S. 66 ff., 282 ff., 349 ff.; KEEN, a.a.O., S. 87 ff., 96 ff.; STRETTON, a.a.O., S. 486 ff.). Der Ökonom MICHAEL A. BERNSTEIN fasst diese, für die nachfolgenden Erwägungen (insbes. E. 5.4, E. 6.4 und E. 7.3.2) erhebliche Erkenntnis wie folgt einprägsam zusammen:

"Rather, the pitfall of utilizing the perfect competition framework as a starting point for economic reasoning is that it makes a logically coherent understanding of what competition is impossible. Competition, in any given market, is a process by which firms continually seek to re-establish the conditions of their own profitability. In other words, to compete in a market is to seek to exploit differences, among firms, in cost structures of production, in technology, in knowledge about production and distribution, in access to information, and in awareness of trends in consumption habits and volumes. These differences are the essential dimensions along which competitive decisions are made. (...) In characterizing competition as a state rather than a process of economic change, mainstream reasoning does not erect a first approximation of reality, it rather frames a way of thinking about competitive behaviour that forever and completely prevents a full understanding of the phenomenon itself." (MICHAEL A. BERNSTEIN, The Pitfalls of Mainstream Economic Reasoning, in: Fullbrook [Hrsg.], a.a.O., S. 34 f.).

4.2.3 Auf rechtlicher Ebene wird die von den Beschwerdeführerinnen beklagte Rechtsunsicherheit weiter verstärkt durch eine in der Lehre geführte, gerichtlich noch nicht entschiedene Kontroverse zur Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG. Im Kern geht es um die Frage, ob auch jene Fälle direkt sanktioniert werden können, in welchen die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 (bzw. Abs. 4) KG zwar widerlegt werden kann, aber trotzdem eine nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Abrede vorliegt, weil sie sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lässt (Sanktionierbarkeit bejahend: z.B. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1119 ff. mit Hinweisen; ROLF H. WEBER/PRISKA ZEIER, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht [ZweR] 2/2005, S. 195 f.; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 131 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 35 ff.; demgegenüber die Sanktionierbarkeit ablehnend: z.B. RETO JACOBS/JOHANNES A. BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 100 (2004), S. 149 f.; MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 124 f.; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004, S. 130; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2004, S. 1153 f.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 481 ff., 505).

4.3 Vor diesem Hintergrund lässt sich die Ernsthaftigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses der Beschwerdeführerinnen nicht bestreiten, zumal ihnen gegenüber bei einer Umsetzung der DMIF direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ausgesprochen werden könnten, denen strafrechtlicher Charakter zukommt (TAGMANN, a.a.O., S. 85 mit Verweis auf YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 251 ff.; GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen

Gemeinschaften und der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht [ZStrR] 2/2007, S. 105 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 449 ff.).

Insbesondere ist die Forderung der Beschwerdeführerinnen verständlich, dass die Vorinstanz die Wettbewerbsverträglichkeit der geplanten DMIF-Abrede abstrakt prüfe und deren Zulässigkeit verbindlich und bedingungslos festhalte, auch wenn diese Abrede erst als Idee besteht und sich daher noch nicht auf das inländische Mastro-Debitkartennetzwerk bzw. die dort (und allenfalls in anderen Debitkartennetzwerken) herrschenden Wettbewerbsverhältnisse auszuwirken vermag.

Dieses Anliegen hält die Wettbewerbskommission für unberechtigt. Im Wesentlichen führt die Vorinstanz dazu aus, sie dürfe die verlangte Feststellungsverfügung, mit der hinreichende Klarheit zur Kartellgesetzkonformität der DMIF verschafft werden soll, mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht treffen, und selbst wenn sie dies dürfte, wäre sie dazu nicht in der Lage. In diesem Zusammenhang wendet die Vorinstanz ein, das geltende Kartellgesetz sehe kein Verfahren vor, das erlauben würde, die materiell-rechtliche Zulässigkeit geplanter Verhaltensweisen abstrakt (d.h. von der Marktrealität abgekoppelt, gestützt auf modelltheoretische Überlegungen) überprüfen (und in gutachterlicher Form festhalten) zu lassen. Vielmehr stehe die Natur des Meldeverfahrens einer Feststellungsverfügung entgegen, weshalb die Bejahung eines Feststellungsinteresses im Rahmen eines Meldeverfahrens einer unzulässigen Erweiterung des im Kartellgesetz vorgesehenen "Durchsetzungsinstrumentariums" gleichkäme.

Auf dieses Argument ist zuerst einzugehen. Denn sollte sich herausstellen, dass das Kartellgesetz hier die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG prinzipiell ausschliesst (vgl. Art. 39 KG), wäre die nachgesuchte Feststellungsverfügung von vornherein rechtlich unzulässig.

5.

Das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Rechtsinstitut, welches die Beschwerdeführerinnen in Anlehnung an die Marginalie von Art. 19 SVKG als "Widerspruchsverfahren" bzw. die Vorinstanz als "Meldeverfahren" bezeichnen, ist kein Art. 27 KG entsprechendes Verfahren im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG, weil es nicht auf den Erlass verpflichtender, gestaltender oder feststellender Verfügungen (vgl. Art. 5 VwVG) gerichtet ist. Sofern hier überhaupt von "Verfahren" gesprochen werden soll, fällt dessen Beginn mit dem Eingang einer Meldung beim Sekretariat zusammen, wobei es auf drei Arten verfügenslos "beendet" werden kann: (1.) mit der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) oder einer Untersuchung (Art. 27 ff. KG), (2.) mit der Zustellung einer "Unbedenklichkeitserklärung" der Vorinstanz oder (3.) mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Einreichung der Meldung - ohne Reaktion durch die Wettbewerbsbehörden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 1135). Ob dieses "Verfahren" deswegen als "Verfahren sui generis" zu charakterisieren ist, weil es einzig der Klärung der Frage dient, ob ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG zu eröffnen ist (DUCREY, Meldung, a.a.O., S.164), oder gar als informelles "Nichtverfügungsverfahren", kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Entscheidend für die hier zu beurteilende Frage sind einzig die rechtlichen Folgen des "Zu-

sammenspiels" zwischen einer Meldung durch ein Unternehmen und einer allfälligen Reaktion der Wettbewerbsbehörden:

5.1 Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ist gesetzssystematisch im 6. Abschnitt ("Verwaltungssanktionen") unter der Marginalie "Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen" eingeordnet und besagt im Grundsatz einzig, dass eine Sanktion entfällt, wenn ein Verhalten, das sich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG als unzulässig herausstellen könnte, gemeldet wird, bevor es Wirkungen entfaltet (vgl. Art. 19 SVKG). Im zweiten Satz von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG wird dieser Grundsatz relativiert, indem die Belastung dann nicht entfällt, wenn innerhalb von fünf Monaten nach der Meldung ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet (und dem meldenden Unternehmen mitgeteilt) wird und dieses danach an der Wettbewerbsbeschränkung festhält. Somit steht nach der Konzeption des Gesetzgebers dem Institut der "Meldung", das Sanktionen grundsätzlich entfallen lässt, wegen möglicher Missbräuche im Meldewesen - als "Korrekturmechanismus" - die von den Wettbewerbsbehörden vorzunehmende Eröffnung und Mitteilung von Verfahren nach den Art. 26 ff. KG gegenüber (vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung: AB 2003 S 333; AB 2003 N 832; DUCREY, Meldung, a.a.O., S.152 ff., insbes. S. 167 f. [zur unterlassenen Regulierungsfolgeabschätzung]; CHRISTIAN BRAUCHLIN, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 30 ff.).

5.1.1 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ging der Kartellgesetzgeber vom Normalfall aus, dass einer Meldung, die vor der Marktbeeinflussung durch den gemeldeten Sachverhalt erfolgen muss, umgehend auch dessen Verwirklichung folge. Wie die Vorinstanz zu bedenken gibt, zeigt die heutige Praxiserfahrung, dass Unternehmen häufig gemeldete Vorhaben nicht umsetzen, bis deren kartellgesetzliche Zulässigkeit feststeht und damit auch jegliches Sanktionsrisiko ausgeschlossen ist (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 5 f.).

Nach dem klaren Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ist das Nicht-Entfallen der Sanktionsbelastung an zwei Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ vorliegen müssen: (1.) die Wettbewerbsbehörden müssen fristgerecht das entsprechende Verfahren eröffnen und mitteilen und (2.) muss danach der Mitteilungsadressat an seiner "Wettbewerbsbeschränkung" festhalten. Das nach Gesetzeswortlaut verlangte "Festhalten" an einer Wettbewerbsbeschränkung lässt sich angesichts der beiden denkbaren Möglichkeiten, dass geplante Verhaltensweisen nach der Meldung umgehend realisiert bzw. vorläufig nicht realisiert werden, nicht nur auf nach einer Meldung verwirklichte Wettbewerbsbeschränkungen beziehen. Vielmehr umfasst Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG auch geplante (potenziell wettbewerbswirksame) Vorhaben, welche nach einer Meldung vorläufig nicht umgesetzt werden (gl.M. BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 10, Rz. 50; TAGMANN, a.a.O., S. 5 f.).

5.1.2 Deshalb ist für die Beschwerdeführerinnen mit der erfolgten Mitteilung der fristgerecht eröffneten Vorabklärung das Sanktionsrisiko für den Fall der Einführung der DMIF nach wie vor aktuell. Die von BRAUCHLIN (a.a.O., Rz. 41) im Interesse der Rechtssicherheit vorgeschlagene

ne Lesart von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, wonach entgegen dem klaren Normwortlaut nicht Vorabklärungen, sondern nur Untersuchungen das Sanktionsrisiko wieder aufleben lassen, widerspricht den gesetzgeberischen Intentionen (vgl. OLIVIER SCHALLER, *Annonce et procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée* [art. 49a al. 3 let. a LCart], in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 173 ff., 178 ff.).

5.2 Des Weiteren ist der Wettbewerbskommission zuzustimmen, dass die Meldung sowie die allfällige Mitteilung der Eröffnung einer Vorabklärung (bzw. einer Untersuchung) innert der Fünfmonatsfrist nur hinsichtlich eines allfälligen Risikos (mit Sanktionen belastet zu werden), Rechtssicherheit zu vermitteln vermag. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, sieht der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG keine weiteren Instrumente oder Verfahren vor, um Rechtssicherheit hinsichtlich der materiellrechtlichen Zulässigkeit geplanter Vorhaben zu gewährleisten. Insofern hat der Kartellgesetzgeber nicht bereits im "Meldeverfahren" implizit ein weiteres Verfahren angelegt, das darauf gerichtet wäre, Unternehmen einen Anspruch auf eine in Verfügungsform gekleidete Feststellung der Zulässigkeit des gemeldeten Vorhabens zu gewährleisten. Die behördliche Reaktion innert der Fünfmonatsfrist soll vielmehr "nur" (aber immerhin) die Gewissheit hinsichtlich eines allfälligen Sanktionsrisikos vermitteln (DUCREY, *Meldung*, a.a.O., S. 166 f.; kritisch: BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 33). Daher vermittelt den Betroffenen die Mitteilung eines fristgerecht eröffneten Verfahrens nach den Art. 26 ff. KG "lediglich" die Gewissheit, dass ihr gemeldetes Vorhaben, soweit umgesetzt, nicht nur für unzulässig erklärt, sondern auch sanktioniert werden könnte (in diese Richtung zielend: Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4, veröffentlicht in RPW 2005/4, S. 708 ff.).

Angesichts dieser Rechtslage rügen die Beschwerdeführerinnen zu Recht, dass in der Botschaft 2001 (a.a.O., S. 2035 f., 2039 f.) mit Verweis auf das Gutachten RHINOW/GUROVITS die damals vorgeschlagene "sanktionsbefreiende Meldungsmöglichkeit" (Botschaft 2001, a.a.O., S. 2051) als das verfassungsrechtlich notwendige Instrument zur verfahrensrechtlichen Kompensierung der dem Kartellgesetz innewohnenden Normunbestimmtheit (siehe E. 4.2.2) vorgestellt worden war (vgl. STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Freiburg 2002, S. 197 ff.).

5.2.1 Es trifft in der Tat zu, dass im Gutachten RHINOW/GUROVITS die materiellrechtliche Unbestimmtheit des Kartellgesetzes als verfassungskonform, indessen eine Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG (bzw. an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG) ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage in concreto als "verfassungsrechtlich bedenklich" bezeichnet worden war (a.a.O., S. 612). In diesem Gutachten war das im Vorentwurf vorgesehene Institut der "Vorabmeldung", wonach eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfällt, wenn "das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig gemeldet hat", kritisiert worden. Die Gutachter regten an, das Gewicht weniger auf die "Freiwilligkeit" der Meldung, sondern auf die Marktauswirkungen eines geplanten Vorhabens zu legen, damit dieses Institut seiner Funktion als notwendi-

ges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes gerecht werden könne (a.a.O., S. 613 f.). Zugleich war von der Wettbewerbskommission gefordert worden, als Antwort auf eine Vorabmeldung mit Verfügung festzustellen, wenn sie eine Abrede oder Verhaltensweise für unzulässig halte, um den Rechtsweg zu öffnen (a.a.O., S. 612 f.). Auf Antrag privater Unternehmen sollte eine ("vorzeitige") Klärung der materiellen Rechtslage herbeigeführt werden, weshalb privaten Unternehmen ein Anspruch auf Feststellung der "Unbedenklichkeit" einer Wettbewerbsbeschränkung zustehen sollte, damit die verfahrensrechtliche Kompensation der Normunbestimmtheit gelingen könne (a.a.O., S. 613).

5.2.2 Im Rahmen der jüngsten Kartellgesetzrevision hat der Gesetzgeber indessen mit der erst im Ständerat eingefügten Neuformulierung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG die im Botschaftsentwurf vorgeschlagene "sanktionsbefreiende Meldungsmöglichkeit" (Botschaft 2001, a.a.O., S. 2039 f.) nicht umgesetzt und damit indirekt auch den damals mit der "Vorabmeldung" verbundenen Zweck verworfen, die Unternehmen in allen Fällen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht tragen zu lassen.

Eingelöst wurde dieses Versprechen, mittels Meldung Rechtssicherheit zu gewährleisten, nur für all diejenigen Unternehmen, die angesichts von Unsicherheiten einen meldefähigen Sachverhalt melden, ohne dass fristgerecht ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnet wird. Diese Unternehmen wissen, gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, dass sie höchstens ein Verbot ihrer Verhaltensweisen, nicht aber Sanktionen befürchten müssen (vgl. DUCREY, *Meldung*, a.a.O., S. 166 f.).

Demgegenüber bestehen freilich nicht zu leugnende Unsicherheiten bei komplexen, in einer "rechtlichen Grauzone" angesiedelten Fälle, wo der "Widerspruchsmechanismus" (oben E. 5.1) das Sanktionsrisiko wieder aktuell werden lässt, wenn geplante Vorhaben trotz behördlicher Bedenken umgesetzt werden. In diesem Sinne besteht für die Beschwerdeführerinnen angesichts der fristgerecht eröffneten Vorabklärung einzig Gewissheit über das Sanktionsrisiko, ohne dass natürlich eine hinreichende wettbewerbliche Beurteilung ihres Vorhabens durch die Wettbewerbskommission vorliegen würde (kritisch: BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 33).

Das in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Institut der Meldung vermag in solchen Fällen die in der Botschaft, gestützt auf die gutachterliche Meinung von RENÉ RHINOW und AANDRÁS A. GUROVITS geforderte verfahrensrechtliche Kompensation der Unschärfe, kartellgesetzlicher Missbrauchsnormen nicht zu leisten, was der Gesetzgeber im Prozess der jüngsten Kartellgesetzrevision nicht bedacht hat (a.M.: PATRIK DUCREY, *Erste Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden mit den revidierten Bestimmungen - insbesondere mit der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG*, in: Jusletter 27. September 2004 Rz. 6; kritisch: ZIMMERLI, a.a.O., S. 504 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 8 f., der jedoch die Verfassungsmässigkeit direkter Sanktionen bejaht unabhängig von der Wirkung einer Meldung).

Trotz der berechtigten Kritik an der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit ist das Bundesverwaltungsgericht an die vom Gesetzgeber geschaffene Regelung von

Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gebunden. Angesichts der Gewaltentrennung kann sie richterrechtlich nicht aus den Angeln gehoben werden. Dass - wie die Vorinstanz erläutert - die Unbestimmtheit kartellgesetzlicher Normen (siehe E. 4.2.2) bereits vor der Gesetzesrevision bestanden habe, stimmt zweifellos. Nur existierten direkte Sanktionen vor der jüngst erfolgten Revision nicht, weshalb zuerst - im Sinne einer Verwarnung - eine Verbotsverfügung erlassen und rechtskräftig werden musste, bevor deren allfällige Missachtung nach Art. 50 KG mit Sanktionen belegt werden konnte (vgl. dazu: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B 2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.1.1 Unique, veröffentlicht in RPW 2007/4, S. 667 f.).

5.3 Dass nach Meinung der Vorinstanz weder die Gesetzesmaterialien zur jüngsten KG-Revision noch das Kartellgesetz die Zulässigkeit der angebehrten Feststellungsverfügung behandeln, spricht nicht von vornherein gegen deren Zulässigkeit. Vielmehr müsste sich ein allfälliger Wille des Gesetzgebers, Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG in kartellgesetzlichen Belangen ganz oder teilweise auszuschliessen, zweifelsfrei den Materialien entnehmen lassen. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Trotz der in Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG angelegten Unsicherheiten lässt sich entgegen den Darlegungen der Vorinstanz nicht der gesetzgeberische Vorentscheid ableiten, dass in Fällen wie dem vorliegenden Feststellungsverfügungen nach Art. 25 VwVG "systembedingt" von vornherein nicht zulässig wären. Ein solcher gesetzgeberischer Entscheid ist im Kartellgesetz nirgends explizit vorgesehen, weshalb Art. 25 VwVG in diesem Bereich nicht als ausgeschlossen gelten kann.

Hat der Gesetzgeber im Kartellgesetz aber auch implizit keinen generellen bzw. partiellen Ausschluss von Feststellungsverfahren vorgesehen, ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Verfahren auszugehen, sofern ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG dargetan ist.

5.4 Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handeln die Beschwerdeführerinnen nicht widersprüchlich, wenn sie zutreffend einräumen, dass der Kartellgesetzgeber hierzulande kein dem vormals geltenden EU-Recht angeglichenes Anmeldeverfahren einführen wollen (vgl. Botschaft 2001, a.a.O., S. 2026, 2039; JACOBS/BÜRGI, a.a.O., S. 153 f.; vgl. zum vormals in der EU existierenden Institut des "Negativtests": ZÄCH, a.a.O., Rz. 220 ff.; HEINE, a.a.O., S. 109 ff.), und gleichzeitig fordern, das Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG müsse das verfassungsrechtlich gebotene Korrektiv zur Normunbestimmtheit des Kartellgesetzes (siehe E. 4.2.2) bilden.

Zu diesem wesentlichen Punkt machen sowohl die Vorinstanz wie auch die Beschwerdeführerinnen geltend, ein solches Feststellungsverfahren dürfe nur im Rahmen einer eröffneten Untersuchung durchgeführt werden. Während die Beschwerdeführerinnen der Auffassung sind, ein Untersuchungsverfahren müsse der nachgesuchten Feststellungsverfügung zwingend vorausgehen (weshalb der Anspruch auf eine solche Verfügung auch den Anspruch auf eine Untersuchung bedinge), erachtet die Wettbewerbskommission hier eine Untersuchung als unzulässig.

6.

Somit ist als Nächstes abzuklären, ob das von den Beschwerdeführerinnen geforderte Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG ausschliesslich im Rahmen einer Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG durchzuführen wäre.

6.1 Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sind im Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vorgesehen: einerseits die Untersuchung (Art. 27 - 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG) als informelles "Nichtverfügungsverfahren". Altrechtliche "Kurzuntersuchungen" sowie andere Untersuchungstypen, die den beiden obgenannten Verfahrensformen zuwiderlaufen, sind unstatthaft (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-15 vom 22. Dezember 2003 E. 1.2.2 Cornèr Banca, veröffentlicht in RPW 2004/2, S. 634 f. mit Hinweisen, bestätigt in BGE 130 II 521).

Die Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG soll im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VwVG primär erlauben, die Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen aufzuklären und soweit unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden sind, entsprechende Verbotsverfügungen (bzw. einvernehmliche Regelungen nach Art. 29 KG) vorzubereiten, um den beeinträchtigten Wettbewerb wiederherzustellen, sowie gegebenenfalls die (vorliegenden bzw. vergangenen) Wettbewerbsbeschränkungen zu sanktionieren (vorbehaltlich von Art. 49a Abs. 2 bzw. Abs. 3 Bst. b KG). Dies ist herrschende Meinung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.59/2005 vom 22. August 2005 E. 3.2 f., veröffentlicht in RPW 2005/3, S. 581 f., mit Verweis auf Botschaft 2001, a.a.O., S. 2045, 2047; ZÄCH, a.a.O., Rz. 979 ff., insbes. Rz. 981 mit Verweis auf PAUL RICHLI, Kartellverfahren in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Bd. VI/2, Basel/Genf/München 2000, S. 419 ff.; BILGER, a.a.O., S. 172 f.; Gutachten RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 609; YVO HANGARTNER, Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, AJP 1/2006, S. 43 ff.). Soweit die Wettbewerbskommission keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung zu beanstanden hat, ist die Untersuchung einzustellen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 1000; RICHLI, a.a.O., S. 438).

6.2 Die in diesem Zusammenhang vorab vorgetragenen Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit der am 15. September 2004 eröffneten Vorabklärung sind haltlos. Entgegen den Beschwerdeführerinnen war hier die Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG) geboten, auch wenn keine realisierte, sondern nur eine geplante wettbewerbsbeeinflussende Verhaltensweise zur Diskussion stand. Denn, wie bereits erwähnt, dient die Vorabklärung als Triageinstrument der Vorbereitung des Entscheides über die Eröffnung von Untersuchungen (Entscheid der REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.2 Cornèr Banca, a.a.O., mit Hinweisen). Vorliegend wurde ein marktrefreies Vorhaben gemeldet, das nach der zutreffenden Auffassung des Sekretariates bei einer Umsetzung die sofortige Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würde. Insofern war die Vorabklärung sachlich gerechtfertigt, um im Falle einer Umsetzung der DMIF einen nahtlosen Übergang

ins Untersuchungsverfahren ermöglichen zu können. Dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer Vorabklärung allfällige "Verfahrensrechte" der Beschwerdeführerinnen verletzt hätte, rügen diese zu Recht nicht. Daher ist auch nicht näher auf die von der REKO/WEF verneinte, vom Bundesgericht offengelassene Frage einzugehen, ob bzw. inwieweit das VwVG auf Vorabklärungen anwendbar ist, wie ein Teil der Lehre fordert (SERAINA DENOTH, Zur Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung, in: Jusletter 9. Januar 2006 mit Hinweisen; a.M. REKO/WEF im Beschwerdeentscheid FB/2003-15 E. 1.2.3 Cornèr Banca, a.a.O., mit Hinweisen; offengelassen in BGE 130 II 521 E. 2.7).

6.3 Entgegen der Diktion der Beschwerdeführerinnen, die sich an diejenige der REKO/WEF in ihrem Entscheid FB/2003-15 Cornèr Banca (a.a.O.) anlehnt, stellt sich weniger die Frage nach einem allfälligen "Anspruch" auf Eröffnung einer Untersuchung als vielmehr die Frage, ob den Beschwerdeführerinnen hier ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung einer Untersuchung zuzubilligen ist (vgl. BGE 130 II 521 E. 2.5 ff.), wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend anmerkt.

Ein solches Interesse ist zu verneinen, da das in den Art. 27 ff. KG konzipierte Untersuchungsverfahren gegenwärtige (bzw. vergangene) Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zum Gegenstand hat und allenfalls als Ausgangspunkt für entsprechende Sanktionsverfahren dient (siehe E. 6.1 mit Hinweisen). Denn nur soweit Verhaltensweisen aktuelle Wettbewerbsauswirkungen zeitigen oder - soweit sie in der Vergangenheit liegen - solche gezeitigt haben, vermögen sie Untersuchungsgegenstand zu sein. In diesem Sinne ist auch die in der Einführungsphase des neuen Kartellgesetzes von einzelnen Stimmen an der Sachkompetenz der Wettbewerbsbehörden geäußerte heftige Kritik zu verstehen, welche damit begründet wurde, die empirischen Grundlagen der Entscheide der Wettbewerbskommission seien mangelhaft (vgl. dazu: Bericht PVK, a.a.O., S. 3366 f. mit Hinweisen).

Da die Untersuchung als Verfahren nicht auf den Erlass von Feststellungsverfügungen angelegt ist (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 vom 18. März 2005 E. 3.1 Schlussbestimmung KG, veröffentlicht in RPW 2005/2, S. 424 f.), welche die Form gutachterlicher Befunde annehmen würden, sondern der Analyse der Auswirkungen vergangener bzw. gegenwärtiger Wettbewerbsbeschränkungen dient (siehe E. 6.1), durfte die Vorinstanz schon aus diesem Grunde auf das entsprechende Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eintreten.

6.4 Auch wenn nach der Rechtsprechung der REKO/WEF die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer bestimmten (realisierten und daher aktuell wettbewerbsbeeinflussenden) Verhaltensweise einzig im Rahmen einer Untersuchung nach den Art. 27 ff. KG zu entscheiden ist und deshalb (angesichts der Subsidiarität von Feststellungsverfügungen) nicht zum Gegenstand eines eigenständigen Feststellungsverfahrens gemacht werden kann (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 E. 3.1 Schlussbestimmung KG, a.a.O.), schliesst dieser Umstand nicht aus, dass im Interesse der Rechtssicherheit bzw. des Vertrauensschutzes bei erst geplanten (und deshalb noch keine Marktwirkungen entfaltenden)

Vorhaben, sich dazu die Wettbewerbskommission (und nicht nur das Sekretariat) in einer Weise umfassend äussert, damit so die Massstäbe möglicher behördlicher Interventionen erkennbar werden.

Die wettbewerbspolitisch offene Normierung des Kartellgesetzes (siehe E. 4.2.2) sowie die Komplexität der geplanten DMIF (siehe E. 4.1) machen diese zum wettbewerbsrechtlich schwer einschätzbaren Grenzfall. Insofern erwiese sich hier die nachgesuchte Feststellungsverfügung - bei gegebenem schutzwürdigem Interesse (Art. 25 Abs. 2 VwVG) - als geeignetes Instrument, um den Beschwerdeführerinnen die von ihnen angestrebte Rechtssicherheit für ihre unternehmerische Risikoanalyse zu vermitteln und ihnen so die gewünschte Erwartungssicherheit für ihre geplanten unternehmerischen Dispositionen und Investitionen zu geben (vgl. zur Problematik der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit direkten Sanktionen: Botschaft 2001, a.a.O., S. 2039, 2041 f.; vgl. zur Rechtssicherheit im Allgemeinen: GUNTHER ARZT, Über den Nutzen der Rechtsunsicherheit, recht 2001/5, S. 166 ff.; vgl. zur entsprechenden Diskussion in der EU: ANDREAS KLEES, Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln/Berlin/München 2005, § 1 Rz. 6, § 2 Rz. 32 ff. mit Hinweisen).

7.

Demnach bleibt noch zu prüfen, ob hier die Voraussetzungen für ein Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG vorliegen, welche den Beschwerdeführerinnen die erwünschte Rechtssicherheit vermitteln könnte.

7.1 Nach Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die sachzuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Nach herrschender Meinung darf die zuständige Behörde unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung in ihrem Kompetenzbereich feststellende Verfügungen erlassen (BGE 121 II 473 E. 3, BGE 108 Ib 540 E. 4, Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 1998 E. 3a, veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 9/2000, S. 471 ff.; ATTILIO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 295; vgl. für den Bereich des Kartellrechts: RICHLI, a.a.O., S. 437, 478 ff.; BILGER, a.a.O., S. 188 ff., 190 ff.; ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 230 ff.; URS GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 67/1971, S. 369 ff.).

7.1.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezweckt das in Art. 25 VwVG vorgesehene Instrument der Feststellungsverfügung, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage zu erteilen (BGE 129 III 503 E. 3.5 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Von Stellungnahmen und einfachen behördlichen Auskünften, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes Rechtsfolgen gegenüber Behörden auslösen, unterscheidet sich die Feststellungsverfügung dadurch, dass sie als förmliche Verfügung auf dem

Rechtsmittelweg angefochten werden kann und die erlassende Behörde bindet, sofern sie einer gestaltenden Verfügung vorausgeht (BGE 129 III 503 E. 3.5 mit Hinweisen; vgl. auch: BEATRICE WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBI 6/2002, S. 281 ff.; KLEY, a.a.O., S. 244 f.). Zu beachten ist, dass eine Feststellungsverfügung als verbindliche behördliche Auskunft nur insoweit geeignet sein kann, dem Betroffenen hinreichende Gewissheit über den Inhalt einer ihr nachgehenden Gestaltungsverfügung zu vermitteln, als die in der Feststellungsverfügung enthaltenen Auskünfte klar und vollständig sind und sich der rechtserhebliche Sachverhalt nach Erlass der Feststellungsverfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändert (BGE 129 III 503 E. 3.5).

Der Umfang des Feststellungsanspruches ergibt sich im Einzelfall aus dem Rechtsschutzbedürfnis: ob der Bürger ein Rechtsverhältnis soll feststellen lassen können oder nicht, ist einzig eine Frage der Schutzwürdigkeit seines Feststellungsinteresses (PETER ALEXANDER MÜLLER, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, Zeitschrift für Waliser Rechtsprechung [ZWR] 1971, S. 342 ff., 350).

7.1.1.1 Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 129 III 503 E. 3.6, je mit Hinweisen). Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (BGE 129 V 289 E. 2.3, BGE 108 Ib 540 E. 3 und 4/c; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 62, S. 227).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE 130 V 388 E. 2.4 mit Hinweisen). Die Feststellung muss sich auf eine individuelle, konkrete Rechtslage (nicht Tatsachen) beziehen, was die Beurteilung abstrakter Rechtsfragen ausschliesst (BGE 130 V 388 E. 2.5 mit Hinweisen). Insbesondere kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (MÜLLER, a.a.O., S. 348 FN 26; KLEY, a.a.O., S. 238). Weiter wird vorausgesetzt, dass dieses schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung: BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 126 II 300 E. 1c, je mit Hinweisen; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-003 vom 23. September 1999 E. 1.3 *Clima Suisse*, veröffentlicht in RPW 1999/3, S. 503 mit Hinweisen; VPB 60.57; KLEY, a.a.O., S. 239, 241, 243 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., Rz. 62, S. 227; GUENG, a.a.O., S. 373). Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (BGE 129 V 289 E. 2.1).

7.1.1.2 Als schutzwürdiges Interesse fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der

nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (BGE 108 Ib 540 E. 3; KLEY, a.a.O., S. 237 f.; GUEGN, a.a.O., S. 373 ff.; MÜLLER, a.a.O., S. 352).

So erachtete es das Bundesgericht nicht als zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die richterliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte (BGE 97 I 852 E. 3b; vgl. KLEY, a.a.O., S. 233 FN 28; GUENG, a.a.O., S. 374). Dieser Rechtsprechung haben sich in entsprechenden Fällen angeschlossen: das Bundesverwaltungsgericht (BVGE B 1519/2007 vom 21. September 2007 E. 3.2.1 *Vacherin Mont-d'Or*) sowie die REKO/WEF (Entscheid FB/2004-9 E. 3.3.3 *Schlussbestimmung KG*, a.a.O.).

7.2 Im Lichte dieser allgemeinen Kriterien ist im vorliegenden Kontext vorzuschicken, dass die betroffenen Unternehmen jeweils im konkreten Einzelfall ihr schützenswertes Interesse nachweisen müssen. Dieses ergibt sich nicht einfach von vornherein, wenn aufgrund eines behördlichen "Widerspruches", gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG, ein Sanktionsrisiko "wiederauflebt".

So wäre ein schutzwürdiges Interesse bei meldefähigen, aber unkomplizierten Vorhaben ohne weiteres zu verneinen, deren materiell-wettbewerbsrechtliche Beurteilung im Lichte von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (bzw. Art. 7 KG) objektiv kaum als unsicher zu werten wäre. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein Vorhaben in einer durch Verordnung oder Bekanntmachung gemäss Art. 6 KG hinreichend klar geregelt ist bzw. Gegenstand einer von der Wettbewerbskommission genehmigten einvernehmlichen Regelung ist, bzw. wenn eine entsprechende gefestigte Verwaltungs- oder Rechtsprechungspraxis oder auch ein Gutachten der Wettbewerbskommission in einer ähnlich gelagerten Sache vorliegt.

Soweit daher ein den Wettbewerbsbehörden vorgelegtes Projekt im Lichte der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien bei gegebenem Feststellungsinteresse (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) grundsätzlich als feststellungsfähig zu betrachten wäre, stünde - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - einer Feststellungsverfügung selbst die bisherige Rechtsprechung der REKO/WEF nicht entgegen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 vom 18. März 2005 E. 3.1 *Schlussbestimmung KG*, a.a.O.; vgl. auch: HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrenrecht, AJP 7/99, S. 837 ff.; vgl. insbes. zu Art. 25 VwVG: KLEY, a.a.O., S. 242; GUENG, a.a.O., S. 369 ff.; BILGER, a.a.O., S. 199).

7.3 Bei dieser Ausgangslage wäre den Beschwerdeführerinnen, gestützt auf Art. 25 Abs. 2 VwVG, nur dann ein schutzwürdiges Interesse zuzubilligen, von der Vorinstanz (als Sanktionsbehörde) mit Feststellungsverfügung zu erfahren, dass ihre gemeldete "Interchange Fee" von 0.4 % für inländische Maestro-Transaktionen kartellgesetzlich zulässig sei, wenn sich der Verfügungsgegenstand als hinreichend feststellungsfähig erweisen würde, um die nachgesuchte Rechtssicherheit zur Frage der Zulässigkeit vermitteln zu können.

Dabei liesse sich in einem allfälligen Feststellungsverfahren, welches zu einem unzweideutigen Ergebnis führen müsste, die Beurteilung nur insoweit vornehmen, als ein hinreichend konkretisiertes, umfassend dargestelltes (bzw. dokumentiertes) Vorhaben vorläge, dessen wettbewerbswirksamen Implikationen hinreichend voraussehbar wären:

7.3.1 Da sich indessen die erst geplante "DMIF Maestro" als Idee nicht auf das reale Marktgeschehen bzw. den dort herrschenden Wettbewerb auszuwirken vermag, verlangen die Beschwerdeführerinnen von der Vorinstanz letztlich eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung ihrer Abrede, die solange nur eine theoretische (und an zahlreiche Bedingungen und Hypothesen geknüpfte) Analyse beinhalten könnte, als die Abrede keine konkreten, in Marktdaten ablesbaren Wirkungen entfaltet. In diesem Zusammenhang legt die Vorinstanz nachvollziehbar dar, dass sie erst in der Lage wäre, eine praktische Analyse der Wettbewerbsverhältnisse vorzunehmen, wenn die "DMIF Maestro" realiter praktiziert würde (vgl. Ziff. 44 der Vernehmlassung). Dies erst würde der Vorinstanz erlauben, im Rahmen einer Untersuchung die für die wettbewerbsrechtliche Analyse notwendigen quantitativen und qualitativen Daten zu erheben und auszuwerten (gl.M. TAGMANN, a.a.O., S. 6).

7.3.2 Zwar erweist sich das Bedürfnis der Beschwerdeführerinnen, von der Wettbewerbskommission über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens rechtsverbindlich aufgeklärt zu werden, als legitim und unabweisbar. Indessen stellt die Vorinstanz in Abrede, dass von ihr ernsthaft verlangt werden dürfe, dass sie sich ausgehend von empirisch nicht untermauerten, lediglich prognostizierten hypothetischen Marktauswirkungen der "DMIF Maestro" lediglich in hypothetisch-theoretischer Weise zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit dieser Abrede äussere.

Dieser Standpunkt ist begründet, wenn man sich die in den Erwägungen 4.1 und 4.2.2 angesprochenen, unausweichlichen prognostischen bzw. methodologischen Probleme vergegenwärtigt, welche Sekretariat und Wettbewerbskommission zu bewältigen haben:

7.3.2.1 Zwar räumt die wettbewerbstheoretische Offenheit des kartellgesetzlichen Wettbewerbsbegriffes (siehe E. 4.2.2) den Wettbewerbsbehörden eine aus rechtsstaatlicher Sicht problematische Definitionsmacht ein, insbesondere in Grenzfällen die Wettbewerbspolitik einzelfallweise, gestützt auf inhaltlich völlig offene Normen, zu konkretisieren (vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 491 f., wonach die Definition des - als "Universalrechtsgut" kartellgesetzlich geschützten - wirksamen Wettbewerbs "weitgehend von der jeweils herrschenden Wettbewerbsideologie" abhängig sei).

Dennoch ist es dem Bundesverwaltungsgericht als Justizbehörde verwehrt, sich über die hier entscheidungswesentliche Einschätzung der Wettbewerbskommission hinwegzusetzen, sie sei aus objektiven Gründen nicht in der Lage, das von den Beschwerdeführerinnen eingeforderte unbedingte Urteil abzugeben, ob die vorgesehene DMIF in der Höhe von 0.4 % der Transaktionskosten im Rahmen des MAESTRO-Debitkartensystems kartellgesetzkonform sei, weil es sich zumindest angesichts genü-

genden Restwettbewerbs durch Effizienzgründe rechtfertigen liesse.

Da die Beschwerdeführerinnen nicht weniger als die Verfügungsmässige Feststellung der Zulässigkeit der gemeldeten DMIF beantragen ("ohne wenn und aber"), kommt dies der Aufforderung an die Vorinstanz gleich, die DMIF nicht als "preisbezogene" Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu werten und gleichzeitig das Vorliegen von Effizienzgründen (im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG) anzunehmen, oder falls die DMIF dennoch als preisbezogene "hard core" Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG anzusprechen wäre, die Feststellung von genügendem Restwettbewerb anzunehmen, was die Vermutungsfolge umstossen würde. Wenn auch fraglich sein mag, ob sich hier der Charakter der Interchange Fee tatsächlich losgelöst von vertieften Untersuchungen zur Marktstruktur und allfälligen Marktergebnissen dieser Abgeltung rein theoretisch begründen und entscheiden lässt, lässt sich die Ermittlung von genügendem Restwettbewerb nicht theoretisch entscheiden, sondern setzt die Umsetzung der DMIF in der Praxis sowie die Erhebung entsprechender Daten voraus (vgl. ZACH, a.a.O., Rz. 476 zum Aussenwettbewerb bzw. Rz. 478 zum Innenwettbewerb).

7.3.2.2 Anlass an dieser Einschätzung der Wettbewerbskommission zu zweifeln, besteht um so weniger, als für das Bundesverwaltungsgericht sachlich nachvollziehbar ist, dass nur eine umgesetzte DMIF im Rahmen einer Untersuchung die notwendigen Wirtschaftsdaten für eine verlässliche wettbewerbsrechtliche Beurteilung liefern könnte (siehe E. 4.2.2 und E. 6.1; TAGMANN, a.a.O., S. 5 ff.). Dass diese Lagebeurteilung offensichtlich unzutreffend oder sachlich unhaltbar sein könnte, wird jedenfalls von den Beschwerdeführerinnen nicht näher dargelegt.

Somit ist davon auszugehen, dass hier keine feststellungsfähige Rechtslage vorliegt, die es erlauben würde, von der Vorinstanz die angebehrte Feststellungsverfügung einzufordern. Damit erweist sich die nachgesuchte Feststellungsverfügung als rechtlich nicht zulässig.

Für diese Würdigung spricht insbesondere ein nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 22. Februar 1971. Darin wurde die Schutzwürdigkeit des Feststellungsinteresses einer Jugendorganisation verneint, welche im Hinblick auf die künftige Durchführung von Strassendemonstrationen die Klärung der Rechtslage bezüglich der Voraussetzungen der hierfür erforderlichen Polizeierlaubnis verlangt hatte. Das Bundesgericht erkannte, dass die von einer solchen Organisation verlangte Bewilligung für die Verwendung bestimmter Demonstrationsmittel auf öffentlichen Strassen auf keinen Fall im voraus und ohne Würdigung der im konkreten Einzelfall herrschenden Gegebenheiten erteilt werden könne und dürfe (MÜLLER, a.a.O., S. 349 f. FN 31).

7.3.3 Die zur Begründung eines Feststellungsinteresses von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Bundesgerichtsurteile vermögen deren Standpunkt nicht zu stützen:

7.3.3.1 Mit ihrem Einwand, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch zukünftiges Verhalten Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein könne, übersehen die Beschwerdeführerinnen die wesentlichen Un-

terschiede die zwischen dem vorliegenden, auf dynamische Prozesse bezogenen Sachverhalt (siehe E. 4.2.2) und dem rein statischen steuerrechtlichen Sachverhalt bestehen, der in BGE 98 Ib 457 E. 6 zu beurteilen war:

Damals billigte das Bundesgericht einer Gesuchstellerin ein Feststellungsinteresse zur Frage zu, ob ihr die Verrechnungssteuer auf künftigen Kapitalerträgen zurückerstattet werden müsste. Thema des Feststellungsbegehrens war einzig die Frage, welche verwaltungsrechtlichen Folgen die Verwirklichung eines erst in Aussicht genommenen Tatbestandes hätte. In diesem Fall erachtete das Bundesgericht ein solches Feststellungsverfahren als sachlich gerechtfertigt, da es einem legitimen Bedürfnis entsprach. Im Unterschied zu dieser "einfachen" Fallkonstellation, wo der künftige Umstand (d.h. eine "künftige Dividende" als statischer Sachverhalt) einer rechtlichen Subsumtion problemlos zugänglich war, lassen sich hier die tatsächlichen Auswirkungen der Einführung der DMIF auf den Restwettbewerb nach Auffassung der Vorinstanz kaum verlässlich abschätzen.

Dass sich nach Auffassung der Vorinstanz die wettbewerblichen Folgen einer DMIF im Rahmen des komplex strukturierten Maestro-Netzwerkes (siehe E. 4.1 f.) ohne empirische Grundlagen nicht mit hinreichender Sicherheit beurteilen lassen, erlaubt auch keine kartellgesetzliche Beurteilung der Zulässigkeit einer DMIF, die auf Bedingungen und theoretische Annahmen verzichten könnte. Diese Überlegungen zeigen, dass sich die im Steuerrecht für statische Sachverhalte bewährte Praxis zu Feststellungsverfügungen keineswegs auf wettbewerbliche Sachverhalte übertragen lässt, die sich durch eine komplexe und dynamische Natur auszeichnen (siehe E. 4.2.2).

7.3.3.2 Auch die Situation in BGE 97 I 852 E. 3b (siehe E. 7.1.1.2) lässt sich mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichen, wie die Vorinstanz zutreffend einwendet.

In diesem Urteil erachtete es das Bundesgericht als nicht zulässig, Gesuchsteller auf den Umweg zu verweisen, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren zu provozieren, welches erst die gerichtliche Überprüfung einer von ihnen angefochtenen Verordnungsvorschrift ermöglicht hätte. Im Unterschied zur hier geforderten Feststellungsverfügung, welche sich zu dynamischen und in ihren Wirkungen kaum verlässlich voraussehbaren tatsächlichen Verhältnissen verbindlich und unbedingt aussprechen soll, lag in BGE 97 I 852 eine Feststellungsverfügung im Streit, mit der eine neu anwendbare Verordnungsvorschrift für gesetzwidrig und die bisher zur Produktvermarktung verwendete Bezeichnung "Bitter analcolico S. Pellegrino" weiterhin als zulässig hätte festgestellt werden sollen. Ähnlich wie im oberwähnten Verrechnungssteuerfall (BGE 98 Ib 457) lag BGE 97 I 852 ein einfacher, liquider und bereits realisierter Sachverhalt zugrunde, der sich problemlos rechtlich subsumieren liess.

7.3.3.2.1 Nicht anders verhält es sich im Fall, den das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen hatte, als es einem Käser, gestützt auf die *ratio decidendi* von BGE 97 I 852, ein Feststellungsinteresse zur Frage zubilligte, ob der von ihm vermarktete Försterkäse gegen das landwirtschaftsrechtliche Verbot der widerrechtlichen Verwendung geschützter Ursprungsbezeichnungen verstos-

se, zumal ein solcher Verstoss strafrechtlich sanktionierbar ist und zur Tragweite der einschlägigen Verbotsnorm eine höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt und zudem die Lehrmeinungen dazu auseinander gehen (BVGE B 1519/2007 vom 21. September 2007 E. 3.2.1 Vacherin Mont-d'Or).

7.3.3.2.2 Nicht vergleichbar ist der vorliegende Fall auch mit der Fragestellung, welche die REKO/WEF im Verfahren FB/2004-9 zu beurteilen hatte (siehe E. 7.1.1.2). Strittig war damals eine reine Rechtsfrage, welche sich völlig losgelöst von konkreten wirtschaftlichen Sachverhalten beantworten liess. Damals billigte die REKO/WEF einem beschwerdeführenden Unternehmen (- um ihm eine seriöse prospektive Risikoanalyse zu ermöglichen -) ein schutzwürdiges Interesse zur Frage zu, mittels Feststellungsverfügung über die Rechtswirkungen eines Schreibens aufgeklärt zu werden, dem das Unternehmen - im Gegensatz zur Wettbewerbskommission - sanktionsausschliessende Wirkungen zusprach. Verworfen wurde damals der Standpunkt der Wettbewerbskommission, wonach dem Beschwerdeführer zuzumuten gewesen wäre, erst eine allfällige Verbots- bzw. Sanktionsverfügung abzuwarten, um dann die Frage der strittigen Rechtswirkung seines Meldeschreibens gerichtlich überprüfen zu lassen (Entscheid der REKO/WEF FB/2004-9 E. 3.3.3 Schlussbestimmung KG, a.a.O. - bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005, a.a.O., soweit das Feststellungsinteresse bzw. die Feststellungsfähigkeit der Streitfrage betroffen war).

7.4 Da die verlangte abstrakte Beurteilung der geplanten "DMIF Maestro" aus objektiven Gründen von der Wettbewerbskommission nicht geleistet werden kann, können die Beschwerdeführerinnen von ihr vernünftigerweise nicht verlangen, dass sie sich in einer eindeutigen (d.h. jeden Zweifel ausschliessenden) und unbedingten Form verbindlich über die Zulässigkeit der geplanten "DMIF Maestro" ausspricht, so dass ihrem Bedürfnis nach Rechtssicherheit vollumfänglich entsprochen werden könnte.

Denn es ist ausgeschlossen, dass die von der Vorinstanz in Aussicht gestellte Zulässigkeitsbeurteilung die erwartete Rechtssicherheit gewähren könnte, zumal sie - in Übereinstimmung mit dem Kartellgesetz, das als Missbrauchsgesetz schädliche Auswirkungen zu bekämpfen sucht (vgl. Art. 1 KG) - rein hypothetisch formuliert und mit Bedingungen versehen bzw. an theoretische Annahmen geknüpft werden müsste. Bereits dieser Umstand lässt kommende Auslegungstreitigkeiten zum Inhalt bzw. zur Tragweite einer solch rein hypothetisch, abstrakt-gutachterlichen Beurteilung als wahrscheinlich erscheinen. In solchen Fällen, wo die kartellgesetzliche Zulässigkeit komplexer Projekte in Frage stünde, müssten entsprechende Feststellungsverfügungen zwangsläufig in Form prognostischer Gutachten ökonomischer Natur formuliert werden, was sich in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren kaum als justiziabler Streitgegenstand eignen dürfte, wenn letztlich - losgelöst von empirischen Grundlagen - gegenläufige ökonomische Modelle gegeneinander abzuwägen wären (vgl. zur Problematik der Interaktion von Theorie und Empirie: GEBAUER, a.a.O., S. 364 f.).

Unter diesen Umständen haben die Beschwerdeführerinnen hinzunehmen, dass sie nur die Möglichkeit haben, entweder auf ihr - kartellgesetzlich möglicherweise doch zulässiges - Vorhaben zu verzichten oder dieses (in allenfalls abgeschwächter Form) erst umzusetzen, so dass sie erst im Rahmen einer Untersuchung - wenn schlüssige Marktdaten vorliegen - die Möglichkeit haben werden, unter Inkaufnahme des Sanktionsrisikos die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Vorinstanz zu erfahren.

8.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung käme de facto einer Verbotsverfügung gleich, da wegen des "massiven Bussgeldrisikos" die DMIF nicht eingeführt werden könnte. Dies widerspräche dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Recht auf Zugang zu einem Gericht, weil gegen diese faktische Verbotsverfügung kein Rechtsmittel offen stünde.

Diese Rüge ist unbegründet. Art. 6 EMRK ist nur anwendbar, wenn das anwendbare nationale Recht dem Beschwerdeführer einen entsprechenden Rechtsanspruch einräumt, der auch durchsetzbar ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.161/2006 vom 12. Oktober 2006 E. 3.2, veröffentlicht in RPW 2006/4, S. 728, mit Verweis auf BGE 125 II 293 E. 5b). Dies ist hier nicht der Fall. Die Beschwerdeführerinnen haben nach dem in Erwägung 7 Ausgeführten mangels Feststellungsfähigkeit der Streitsache keinen Anspruch auf Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung, welche die von ihnen als "faktische Verbotsverfügung" ausgelegte unsichere Rechtslage ausräumen würde. Es muss ihnen deshalb zur Verfolgung dieses nicht bestehenden Anspruchs auch keine gerichtliche Instanz zur Verfügung stehen bzw. keine Legitimation, an eine solche gelangen zu können, zuerkannt werden.

9.

Die bisher angestellten Überlegungen führen freilich zu einem Ergebnis, das zu Ungunsten der Beschwerdeführerinnen ausfällt und zeigt, dass die Härte der in Art. 49a KG angelegten Sanktionsregelung durch das gegenwärtig zur Verfügung stehenden Rechtsinstitut der Meldung (siehe E. 5) nicht verfassungskonform kompensiert wird, wenn es mehr leisten soll, als nur Rechtssicherheit hinsichtlich eines Sanktionsrisikos zu vermitteln (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4, a.a.O.; TAGMANN, a.a.O., S. 8, der zwar einen "institutionellen Widerspruch" ortet, aber die Regelung für verfassungsrechtlich unbedenklich hält; demgegenüber kritisch: ZIMMERLI, a.a.O., S. 501 ff.).

9.1 Nach wie vor ungelöst ist die im Gutachten RHINOW/GUROVITS (a.a.O., S. 611 ff.) geforderte verfassungskonforme Kompensation der normativ offenen, direkt sanktionsbedrohten Tatbestände, damit Unternehmen nicht länger eine (bisweilen schwer zumutbare) eigenverantwortliche Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe tragen müssen (siehe E. 5.2; BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 34 ff.). Damit ist die Gefahr angesprochen, dass die jüngst eingeführten direkten Sanktionen angesichts von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in einen "generalpräventiven over-kill" (vorab zu Lasten von KMU) münden könnten, wie HEINE (a.a.O., S. 107, 127 f.) befürchtet.

Unbefriedigend ist die im Kartellgesetz systemimmanent angelegte Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit von Grenzfällen, wenn veranschlagt wird, dass jedenfalls dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 2 KG nach die Wettbewerbskommission nur ermächtigt ist, auf eine Belastung ganz oder teilweise zu verzichten, wenn es um die Bonusregelung für whistle blower geht, welche aus einem "harten" Kartell aussteigen wollen (ZIMMERLI, a.a.O., S. 633 ff.; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 144 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 7 FN 33). Vorliegend nicht zu prüfen ist, ob gesetssystematische bzw. teleologische Überlegungen eine solche Möglichkeit auch ausschliessen, wenn - wie hier - in Härtefällen die Wettbewerbskommission als Antwort auf eine Meldung (im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) ein Verfahren eröffnet, das ein "Entfallen" der Belastung rückgängig macht, indessen die in Frage stehenden privaten Interessen an der Durchführung eines Vorhabens die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit als unerträglich erscheinen lassen (so dass ein aus verfassungsrechtlicher Sicht unhaltbarer Grad an Rechtsunsicherheit für Marktteilnehmer anzunehmen wäre).

9.2 Ausserhalb des hier zu beurteilenden Streitgegenstandes (siehe E. 3.1) ist auch die weitere naheliegende Frage, ob (und wenn ja, inwiefern) die Wettbewerbskommission zu ermächtigen wäre, den Rechtsschutzbedürfnissen Betroffener entgegenzukommen, indem sie ihnen zusichern könnte, dass sie im Falle eines im Rahmen einer Untersuchung ausgesprochenen Verbotes keine oder nur eine symbolische Busse aussprechen werde (vgl. HEINE, a.a.O., S. 130 ff.). Bereits im Gutachten RHINOW/GUROVITS war die Schaffung eines "Ausnahmetatbestandes" gefordert worden, der es der Wettbewerbskommission erlauben würde, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen (a.a.O., S. 614). Da sich die Vorinstanz ausser Stande sieht, in Grenzfällen geplante Vorhaben, die sich möglicherweise als "wettbewerbsverträglich" oder gar "wettbewerbsförderlich" erweisen könnten (vgl. DUCREY, Meldung, a.a.O., S.167; BRAUCHLIN, a.a.O., Rz. 48; TAGMANN, a.a.O., S. 8; ZIMMERLI, a.a.O., S. 504), prospektiv verbindlich zu beurteilen, stellt sich de lege ferenda die Frage, ob nicht ein auf besondere Ausnahmefälle beschränktes Opportunitätsprinzip ins Kartellgesetz aufgenommen werden müsste, das der Vorinstanz erlauben würde, von Sanktionen abzusehen, wenn solche aufgrund besonderer Umstände nicht angemessen wären (vgl. Gutachten RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 614 f.).

9.3 Da sich die Vorinstanz aus nachvollziehbaren Gründen nicht in der Lage sieht, das gemeldete Vorhaben ohne empirische Grundlagen wettbewerbsrechtlich zuverlässig zu beurteilen, wäre es wünschbar, dass sie den berechtigten Rechtsschutzbedürfnissen der Beschwerdeführerinnen noch mehr entgegen käme, indem sie zumindest die für die wettbewerbsliche Beurteilung massgeblichen Entscheidparameter selbst näher darlegen würde, damit die Beschwerdeführerinnen erkennen können, durch welche allfälligen Modifikationen ihr Projekt allenfalls den (letztlich behördlich noch festzulegenden) "kartellgesetzlichen Anforderungen" angeglichen werden könnte.

10.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen kein Anspruch auf eine unbedingt formulierte Feststellungsverfügung zur Frage der Zulässigkeit der geplanten "DMIF Maestro" zusteht. Nach Einschätzung der Wettbewerbskommission ist das genügend konkretisierte, komplex strukturierte Vorhaben in seinen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht hinreichend voraussehbar. Deshalb sieht sich die Vorinstanz ausser Stande festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen die DMIF im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG unzulässige Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten könnte, so dass, gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG, Sanktionen auszusprechen wären. Die Wettbewerbskommission könnte dem Begehren der Beschwerdeführerinnen nach einer unbedingte Feststellungsverfügung nur teilweise entsprechen, nämlich mit einer Verfügung in gutachterlicher Form unter Annahme von Hypothesen und Bedingungen. Dies allerdings dürfte den legitimen Rechtssicherheitsbedürfnissen der Beschwerdeführerinnen kaum gerecht werden.

Sind demnach die gesetzlichen Voraussetzungen weder für die Eröffnung einer Untersuchung noch für den Erlass der nachgesuchten Feststellungsverfügung gegeben (siehe E. 6 f.), durfte die Vorinstanz, ohne Bundesrecht zu verletzen, auf die Begehren der Beschwerdeführerinnen nicht eintreten.

Demzufolge ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

11.

11.1 Bei diesem Verfahrensausgang unterliegen die Beschwerdeführerinnen, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr sowie den Auslagen (Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Auslagen sind keine angefallen. Die zu sprechende Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 10'000.-, welche den Beschwerdeführerinnen gemeinsam und unter solidarischer Haftung auferlegt wird, ist nach Rechtskraft dieses Urteil mit den am 21. Juni 2007 geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von viermal je Fr. 2'500.- zu verrechnen.

11.2 Den unterliegenden Beschwerdeführerinnen ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

- 1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.**
[Verfahrenskosten]
- 3.**
[Parteientschädigung]
- 4.**
[Eröffnung]

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.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
Q		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
R		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	W	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	X	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Y	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	Z	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
		ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
S			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt		
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 -
- Abrede 244, 249, 260, 269, 274, 280, 296, 338, 341, 351, 361 ff., 368 f., 374
- Acquiring 361
- Anhörung 291, 295
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 260, 262, 266, 286 f., 361, 366
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 341
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 248 f., 361 f., 366 f., 369, 374
- Domestic Interchange Fee 361
- E**
- Effizienzgründe 361 f., 374
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 249, 362, 371
- Erheblichkeit -
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 248 f., 361 f., 365, 367, 373 f.
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 256
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 244, 261, 269, 275, 280, 294, 296, 308, 339, 351
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 255, 257 f.
- Kreditkarten 248 f., 361 f., 365 ff.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 248 f.
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 244, 246, 248, 251 f., 257 f., 261, 267, 270, 273, 276 f., 281, 283, 291, 297 f., 307 f., 313, 315, 321 f., 328 f., 331 f., 335 f., 339 f., 342, 350, 352 ff., 356
- Marktgegenseite 243 ff., 252 ff., 261 ff. 270 ff., 276 f., 281 f., 300 ff., 306, 309, 339 f., 343, 345, 352
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 255, 265 f., 308, 374
- Marktzutrittsschranken -
- Meldepflicht 251, 261, 270, 276, 281, 293, 297, 339, 342, 351 f.
- Missbrauch 242, 244, 246, 248, 356, 370, 375
- N**
- Netzwerk 351 f., 361, 366 f., 369, 375
- Netzwerkkosten 361
- Nichtdiskriminierungsklausel 248
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 348 ff.
- Preisabrede 361 f.
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 337, 365 ff., 376 f.
- Senkung Herstellkosten 310
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 257
- Tarifvertrag 255
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -

U	vorbehaltene Vorschriften 244, 251, 261, 269, 276, 281, 296 f., 339, 342, 351
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 243, 245, 248 f., 256, 299, 304, 354, 356, 361 ff., 365 ff., 374, 376 f.,	vorgezogene Recyclinggebühren -
unzulässige Wettbewerbsabrede -	W
	Wettbewerb um den Markt -
V	X
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Y
Veröffentlichung -	Z
Verschulden -	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
