



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

**2008/3**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.08/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:

OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://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](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2008/3

**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.

Oktober/octobre/ottobre 2008

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

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions 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	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

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

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Scott Bikes	382
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Publikation von Arzneimittelinformationen	385
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Porsche Automobil Holding SE/Volkswagen AG	412
	2. RESUN AG	413
	3. Edipresse Publications SA/Editions Le Régional SA	414
	4. The Goldman Sachs Group, Inc./PAI partners S.A.S./Xella International GmbH	415
	5. Swisscom AG/Verizon Switzerland	416
	6. Heineken/Eichhof	422
	7. Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) AG	460
	8. Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace	465
	9. Coop/Fust	475
	10. CVC Capital Partners Group/RAG-Stiftung/Evonik Industries AG	507
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen	508
	2. Entsiegelungsentscheid	513
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Speedy Garage SA/BMW (Suisse) SA	519
C 2	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Almonte SA/Air Mercury AG	535
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia	539
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	540
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	542

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

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

B 1	<b>1. Vorabklärung</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Scott Bikes</b>

*Schlussbericht vom 4. Juli 2008 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) betreffend Scott Bikes wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 Kartellgesetz (KG)*

#### A **SACHVERHALT**

1. Im Rahmen einer Vorabklärung gegen Scott Sports SA (Niederlassung Schweiz mit Sitz in Givisiez) wurde geprüft, ob für Scott Bikes Anhaltspunkte für Preisbindungen zweiter Hand sowie für eine Verhinderung von Parallelimporten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251; nachfolgend: KG) in Verbindung mit der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (nachfolgend: Vertikalbekanntmachung) vom 2. Juli 2007 vorliegen.

2. Scott Bikes werden in der Schweiz von der Firma Scott Sports SA entwickelt und danach von Herstellern in Europa und in Fernost gefertigt. Je nach Destinationsland werden die Bikes direkt vom Hersteller im Auftrag von Scott Sports SA an die Importeure oder an das Zentrallager der Scott Gruppe in Belgien geliefert. Scott Bikes werden in Europa entweder durch unabhängige Importeure oder Niederlassungen der Scott Gruppe, wie Scott Sports SA in der Schweiz, vertrieben. Die unabhängigen Importeure oder Niederlassungen der Scott Gruppe beliefern den Fachhandel und spezialisierte Fachmärkte. In der Schweiz gibt es um die 200 zugelassene Fachhändler. Schweizer Grossverteiler wie die Migros, Coop oder Ochsner Sport werden in ihrer Eigenschaft als nicht zugelassene Händler mit Scott Bikes nicht beliefert.

3. Es wurde eine repräsentative Auswahl offizieller Händler (knapp 10 % der offiziellen Händler der Schweiz) befragt. In die Ermittlungen einbezogen wurden ebenfalls Scott Sports SA sowie ein Grossverteiler.

4. Am 21. Februar 2008 hat Scott Sports SA folgende Erklärung gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission abgegeben:

1. Die Preislisten der Scott Bikes mit den in der Schweiz unverbindlich empfohlenen Konsumentenpreisen werden bei jedem Scott-Händler aufliegen und den Konsumenten zudem die Möglichkeit gewährt, solche Preislisten direkt bei Scott Sports SA zu bestellen.

2. Die Preislisten der Scott Bikes mit den in der Schweiz unverbindlich empfohlenen Konsumentenpreisen werden, soweit dies noch nicht geschehen ist, unverzüglich und explizit als „unverbindlich“ bezeichnet.

3. Scott Sports SA ist sich bewusst, dass es sich bei der Verpflichtungserklärung um eine Anregung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG handelt, und sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Recht vorbehält, den betreffenden Markt weiterhin zu beobachten.

#### B **ERWÄGUNGEN**

##### B.1 **Geltungsbereich**

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

6. Scott Sports SA mit Sitz in Givisiez (FR) und dessen Händler sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

##### B.2 **Vorbehaltene Vorschriften**

7. 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 ausgestattet (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).

8. Die Ermittlungen haben für Scott Bikes keine Vorschriften zum Vorschein gebracht, die Wettbewerb nicht zulassen würden.

a) Scott Bikes sind weder als Ganzes noch als einzelne Bestandteile patentrechtlich geschützt.

b) Scott Sports SA hat in der Schweiz zwar ein Rahmendesign schützen lassen. Im Designrecht gilt aber der Grundsatz der internationalen Erschöpfung. Deshalb kann damit der Parallelimport nicht verhindert werden.

c) Scott Bikes erfüllen nach Angaben von Scott Sports SA die CE Normen 79100 und sind den CE Normen 14764, 14765, 14766 und 14781 entsprechend gebaut. Bei diesen Normen handelt es sich um internationale Standards. Parallelimporten stehen somit auch keinerlei technische Handelshemmnisse entgegen.

### B.3 Selektives Vertriebssystem

9. Vorweg ist zu prüfen, ob Scott Bikes aufgrund eines rein qualitativen Selektivvertriebs verkauft werden. Ein selektives Vertriebssystem ist zulässig, sofern a) die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordert, b) die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden sowie c) die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist (vgl. Ziffer 8 Absatz 4 der Vertikalbekanntmachung).

a) Das selektive Vertriebssystem muss zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Produktes notwendig sein, d.h. die ausschliessliche Bereitstellung der Bikes durch den Fachhandel muss erforderlich sein. Dies trifft oft bei technisch komplexen Produkten zu. Die Konsumenten stellen einen gewissen Anspruch an die Qualität von Scott Bikes sowie an den Service bei Problemen nach dem Kauf eines Scott Bikes. Auch die Produkthaftungsnormen können mit einem derartigen Vertriebssystem besser implementiert werden. Die Frage der Notwendigkeit eines selektiven Vertriebssystems muss nicht abschliessend beurteilt werden, da derzeit keine Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 5 KG vorliegen (vgl. nachstehende Ausführungen unter B.4, insbes. c) Ergebnis).

b) Im vorliegenden Fall werden Scott Bikes mittels selektivem Vertriebsnetz, welchem in der Schweiz rund 200 Händler angehören, verkauft. Dieses beruht prima facie auf objektiven, qualitativen Kriterien wie fachkundiges Personal (verlangt wird Personal, welches hauptberuflich in der Fachabteilung tätig ist und das die staatliche Prüfung als Fahrradmechaniker abgelegt hat oder seit mindestens drei Jahren im Vertrieb der schweizerischen Fahrradbranche tätig ist), fachgerechter Kundendienst (insbesondere muss ein qualitativ einwandfreier

Reparatur- und Wartungsdienst erbracht werden), nach aussen und innen als Fachgeschäft auftreten, etc. (vgl. Verkaufskonditionen für Scott Bikes Händler, auf der letzten Seite der für die Schweiz geltenden Preisliste).

c) Die aufgestellten Kriterien, welchen die Fachhändler aufgrund der vom Importeur aufgestellten Kriterien entsprechen müssen, sind sicherlich geeignet, um dem Qualitätsanspruch, welcher an Scott Bikes gestellt werden, gerecht zu werden. Ferner scheinen diese Kriterien nicht über das hinauszuweisen, was zur Erreichung des angestrebten Zwecks notwendig ist.

10. Die summarische Prüfung hat keine Indizien ergeben, die ein Einschreiten der Behörde gegen die Wahl eines Selektivvertriebssystems von Scott Bikes notwendig machen würden.

### B.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

11. Als Wettbewerbsabreden gelten u.a. rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten unter Gewährleistung von absolutem Gebietsschutz, wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet (Art. 5 Abs. 4 KG).

12. Zu prüfen ist vorliegend, ob zwischen den Lieferanten und den Händlern von Scott Bikes Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vorliegen.

#### a) Abrede über Mindest- oder Festpreise

13. Eine Abrede über Mindest- oder Festpreise liegt in der Regel vor, wenn ein Händler für den Wiederverkauf der Bikes in seiner Preisfestsetzungsfreiheit beschränkt wird. Als solche gelten auch in Empfehlungsförmigkeit gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreise. Bei der Prüfung, ob eine Preisempfehlung an Weiterverkäufer oder Händler unzulässig ist, werden u.a. folgende Umstände berücksichtigt: a) Zugänglichkeit bzw. Verheimlichung der Preisempfehlung, b) Ausübung von Druck oder Gewährung spezifischer Anreize zur Einhaltung von Preisempfehlungen, c) Deklaration der Unverbindlichkeit von Preisempfehlungen, d) unterschiedliches Preisniveau zwischen der Schweiz und dem benachbarten Ausland sowie e) Befolgungshöhe der Preisempfehlung durch den Handel (vgl. hierzu Ziffer 11 der Vertikalbekanntmachung).

14. Die Ermittlungen haben folgendes Bild ergeben:

a) Preisempfehlungen für Scott Bikes wurden bis zur vorliegenden Untersuchung ausschliesslich an die Händler ausgehändigt und waren somit öffentlich nicht zugänglich.

Scott Sports SA hat sich allerdings im Verlauf der Vorabklärung verpflichtet, den Konsumenten die Möglichkeit zu gewähren, einerseits die Preisliste bei ihnen direkt zu bestellen oder andererseits

beim Händler einsehen zu können. Diese Zusagen sind zwischenzeitlich befolgt worden (vgl. [www.scottusa.com/company/legal](http://www.scottusa.com/company/legal)).

b) Eine Druckausübung auf die Händler konnte nicht nachgewiesen werden. Die Ermittlungen, insbesondere die Befragung der Händler, haben keine Anhaltspunkte in diese Richtung aufgezeigt. Würde auf die Händler Druck ausgeübt werden, wäre die Preisempfehlung unzulässig.

c) Für den Verkauf der Scott Bikes werden in der Schweiz wie auch in den Nachbarländern Deutschland, Frankreich und Österreich Preisempfehlungen abgegeben. Diese Preisempfehlungen wurden in der Schweiz, im Gegensatz zu denjenigen in den genannten Nachbarländern, nicht ausdrücklich als unverbindlich deklariert.

Scott Sports SA hat sich allerdings im Verlauf der Vorabklärung verpflichtet, diese ab sofort explizit als "unverbindlich" zu deklarieren. In der Preisliste 2008/2009 erscheint nun ein entsprechender Hinweis.

d) Die Ermittlungen, namentlich die Aussagen von Scott Sports SA und der Händler sowie Internet-Nachforschungen, haben gezeigt, dass keine wettbewerbsrechtlich bedenkliche Preisunterschiede zwischen der Schweiz und den benachbarten Ländern Frankreich, Deutschland, Italien und Österreich bestehen. Von den untersuchten 49 Modellen sind in der Schweiz drei Modelle gleich teuer und die restlichen untersuchten Modelle billiger als im benachbarten Ausland (bei einem Euro-Wechselkurs von CHF 1.60 vom Dezember 2006 und inkl. MWSt./Konsumsteuer; eine entspr. Preisvergleichstabelle wurde erstellt). Nach Angaben von Scott Sports SA sind zudem die Transferpreise an Importeure und Niederlassungen der Scott Gruppe in der Schweiz und in den Nachbarländern dieselben.

e) Die durchgeführten Ermittlungen zeigen, dass die Händler die Preisempfehlungen mehrheitlich als verbindlich empfinden, jedoch trotzdem gewisse Preisnachlässe gewähren können (in Form von Naturalien, Eintausch eines alten Bikes, Ausstellungsrabatte, Abrunden des Rechnungsbetrages, Skonto-Rabatte, Rabatte beim Kauf von zwei Bikes oder von einem Bike über CHF 2000).

Nachdem sich Scott Sports SA verpflichtet hat, Preisempfehlungen ab sofort als unverbindlich zu bezeichnen, ist davon auszugehen, dass der Eindruck der Händler, die Preisempfehlungen seien verbindlich, entsprechend korrigiert wird.

15. Es liegen keine Anhaltspunkte für das Bestehen von Preisbindungen zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor. Die Herausgabe von Preisempfehlungen in der Schweiz sowie in den umliegenden Ländern generiert

keine Preisdiskriminierungen, welche eine wettbewerbsrechtliche Intervention notwendig machen.

#### **b) Abrede über Gebietszuweisung mit absolutem Gebietsschutz**

16. Eine Abrede über die Zuweisung von Gebieten liegt vor, wenn das Vertriebsgebiet gegenüber anderen, bspw. der Schweizer Markt vom Markt der Europäischen Union, abgeschottet wird. Liegt ein selektives Vertriebssystem vor, dürfen die zugelassenen Händler nicht daran gehindert werden, die Ware bei anderen zugelassenen Händlern im Ausland zu beziehen.

17. Die Ermittlungen zeigen folgendes Bild:

a) Gemäss Angaben von Scott Sports SA können die zum selektiven Vertriebsnetz von Scott gehörenden Händler in der Schweiz Scott Bikes im Ausland von anderen offiziellen Scott Fachhändlern beziehen. Der Anteil von parallel importierten Bikes in der Schweiz macht ca. 5-10 % am gesamtschweizerischen Umsatz aus.

b) Parallelimporte werden kaum getätigt, obschon solche vertraglich zulässig sind. Die in das Verfahren einbezogenen Händler begründen dies damit, dass sich Parallelimporte finanziell nicht lohnen, da die Preise im umliegenden Europa in etwa gleich seien und bei Problemen ein Ansprechpartner wie Scott Sports SA in der Schweiz fehlen würde.

18. Anhaltspunkte für eine privat veranlasste Abschottung des Schweizer Marktes vom Ausland liegen keine vor. Die Begründung für ein weitgehendes Ausbleiben von Parallelimporten scheint infolge fehlender finanzieller Anreize, wenn nämlich der Schweizer Markt keine Hochpreisinsel ist, glaubwürdig.

#### **c) Ergebnis**

19. Im vorliegenden Fall konnten keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt werden.

### **C SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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. behält sich das Recht vor, bei neuen Anhaltspunkten für kartellrechtliche Verstösse ein neues Verfahren zu eröffnen.
4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

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

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Publikation von Arzneimittelinformationen</b>

*Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG  
Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG*

*Enquête selon l'article 27 ss LCart  
Sanction selon l'article 49a alinéa 1 LCart*

*Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart  
Sanzione giusta l'articolo 49a capoverso 1 LCart*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 2008 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend die Publikation von Arzneimittelinformationen durch die Documed AG wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG und Verstoß gegen Art. 49a KG.*

*Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Documed AG sowohl auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk als auch auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk; Missbrauch der Documed AG durch die Diskriminierung von Handelspartnern nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.*

*Die Preisdiskriminierung bestand einerseits darin, dass die Documed AG den grösseren Pharmaunternehmen ermöglichte, die Preise zu vereinbaren und diskriminierte dadurch die kleineren Unternehmen. Andererseits hat die Documed AG keine preisliche Unterscheidung gemacht bei zu publizierenden Texten, die gegenüber dem Vorjahr unverändert bleiben. Damit wurden diejenigen Unternehmen diskriminiert, deren Texte unverändert übernommen werden können, gegenüber solchen Unternehmen, deren Texte noch durch die Documed AG zu korrigieren sind.*

*Disposition du 7 juillet 2008 au sujet d'une enquête selon l'art. 27 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels [LCart]; RS 251) concernant la publication d'informations sur les produits pharmaceutiques par Documed SA qui est interdite par l'art. 7 LCart et qui est une infraction à l'art. 49a LCart.*

*Constatation d'une position dominante de Documed SA non seulement sur le marché de la publication d'informations de la branche imprimées et online dans un document complet, mais encore sur le marché de la*

*publication d'informations sur les patients online dans un document complet; abus de Documed SA par la discrimination de partenaires commerciaux d'après l'art. 7, al. 2, let. b LCart.*

*La discrimination des prix a été effectuée de la manière suivante: d'une part, Documed SA a permis aux grandes entreprises de s'accorder sur les prix et a ainsi discriminé les petites entreprises; d'autre part, Documed SA n'a pas fait de distinction de prix au sujet des textes publiés qui restent inchangés par rapport à l'année précédente. Ainsi, les entreprises dont les textes pourront être acceptés sans changement ont été discriminées par rapport aux entreprises dont les textes doivent encore être corrigés par Documed SA.*

*Stabilisce una posizione dominante di Documed AG sul mercato della pubblicazione, sia in versione cartacea sia on-line, di informazioni sui farmaci all'indirizzo degli specialisti e sul mercato della pubblicazione on-line di informazioni sui farmaci destinate ai pazienti; chiarisce l'esistenza di un abuso da parte di Documed AG nella discriminazione di partner commerciali secondo l'articolo 7 capoverso 2 lettera b LCart.*

*La discriminazione dei prezzi portava da un lato sul fatto che Documed AG permetteva alle imprese farmaceutiche più grandi di negoziare i prezzi discriminando così le altre imprese. Dall'altro, Documed AG non prevedeva nessuna differenza tariffaria per la pubblicazione di testi che rimanevano identici rispetto all'anno precedente. In questo modo le imprese i cui testi non domandavano cambiamenti erano discriminate rispetto a quelle imprese i cui testi domandavano di essere corretti da parte di Documed AG.*

### A. SACHVERHALT

#### A.1. Gegenstand

##### A.1.1. Die Publikation von Arzneimittelinformationen

1. Beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurde am 11. November 2003 eine Anzeige der ywesee GmbH gegen die Documed AG eingereicht. In der Anzeige wurde geltend gemacht, potenziellen Konkurrenten sei es nicht möglich, ein Konkurrenzprodukt zum Arzneimittel-Kompodium der Schweiz (Kompodium) der Documed AG zu veröffentlichen, da nur dieses

eine vollständige Sammlung der Fachinformationen (Informationen für die Medizinalpersonen und den Arzneimittelfachhandel über ein Arzneimittel, FI) und der **Patienteninformationen** (Packungsbeilagen eines Medikamentes, PI) beinhaltet<sup>1</sup>.

2. Die Documed AG, eine Tochtergesellschaft der Galenica AG, ist ein medizinisch-pharmazeutischer Fachverlag mit Sitz in Basel. Die Galenica AG hält aktuell 96 % der Beteiligungen an der Documed AG, die restlichen 4 % entfallen auf die EMH Editores Medicorum Helveticorum AG FMH/Schwabe, einem schweizerischen Ärzteverlag mit Sitz in Basel<sup>2</sup>.

3. Die Documed AG hat sich im Bereich der Arzneimittelinformationen (FI und PI gemeinsam werden als Arzneimittelinformationen bezeichnet) spezialisiert. Das Hauptprodukt der Documed AG ist das Kompendium, das seit 1979 herausgegeben wird. Es beinhaltet die FI der Arzneimittel, die durch das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic, die schweizerische Überwachungsbehörde für Heilmittel, die unter anderem für die Zulassung von Heilmitteln in der Schweiz zuständig ist) zugelassen worden sind (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 HMG<sup>3</sup>). Das Kompendium wird in Buchform und online (seit 1998) publiziert. Dem gedruckten Werk liegt eine CD-ROM gleichen Inhalts bei. Die Onlineversion ist kostenlos zugänglich<sup>4</sup>.

4. Die PI wurden bis 2003 alle 2 Jahre ebenfalls in einem gedruckten Werk publiziert. Seit 2004 bietet die Documed AG die PI lediglich online an (vgl. Rz. 9).

#### **A.1.2. Die Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Publikation von Arzneimittelinformationen**

5. Bei der Einführung des Kompendiums im Jahre 1979 bestand für die Pharmaunternehmen noch keine gesetzliche Publikationspflicht für die FI. Umgekehrt lagen auch keine rechtlichen Vorgaben für die Documed AG im Hinblick auf die Publikation der Texte vor.

6. Dies änderte sich am 27. Januar 1989, als die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) verfügte, dass das Kompendium die Voraussetzungen an einen Informationsträger im Sinne des Regulativs über die Ausführung der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (RLA) erfülle<sup>5</sup>. Mit dieser Verfügung wurde das Kompendium formell durch die IKS anerkannt und die Documed AG zur Publikation ordnungsgemäss angebotener Texte verpflichtet<sup>6</sup>. Zusätzlich wurde festgehalten, dass eine Industriedelegation die IKS ersucht hatte, verschiedene Möglichkeiten kostengünstigerer Erscheinungsweisen des Nachschlagewerks zu prüfen<sup>7</sup>. Bereits die IKS hat eine kostenlose Abgabe des Kompendiums an Fachpersonen verlangt. Diese Auflage wird heute noch durch Swissmedic gefordert.

7. Mit Inkrafttreten des HMG am 1. Januar 2002 ist die Rechtsgrundlage für eine formelle Anerkennung des Kompendiums weggefallen. Gleichzeitig wurde für die Pharmaunternehmen die Publikationspflicht für die FI und PI eingeführt. Gemäss Art. 13 und Art. 14 AMZV<sup>8</sup> i.V.m. Art. 16a VAM<sup>9</sup> sind die FI und PI "auf geeignete Weise zur Verfügung" zu stellen, wobei aus den Anhän-

gen 4 und 5 AMZV hervorgeht, dass es sich dabei um eine Veröffentlichung handeln muss.

8. Swissmedic hat die Voraussetzungen für die Publikation von Arzneimittelinformationen im Swissmedic-Journal<sup>10</sup> näher konkretisiert. Swissmedic verlangt hinsichtlich der FI:

- die Publikation gedruckt und online in einem einzigen Werk (Vollständigkeitserfordernis);
- die Publikation in den Sprachen Deutsch und Französisch;
- den jährlichen kostenlosen Versand von rund 34'000 gedruckten Exemplaren (ein Exemplar pro Arzt/Ärztin einer Arztpraxis, ein Exemplar pro leitende/n Arzt/Ärztin eines Spitals, sowie je ein Exemplar pro Spitalapotheke und pro Offizin);
- die vierteljährliche Publikation von Supplementen mit neuen FI und Textrevisionen sowie deren kostenlosen Versand;
- die monatliche Aktualisierung der im Internet publizierten Texte;
- die Übereinstimmung der publizierten Texte mit den von Swissmedic im Rahmen der Zulassung genehmigten Texten;
- auf Bestellung ein kostenloses Kompendium auch Zahnärzten, Apothekern und Drogisten zur Verfügung zu stellen.

9. Für die PI forderte Swissmedic bis zum Erscheinen des Swissmedic-Journals 2/2004, dass alle zwei Jahre ein Versand in gedruckter Form an die Fachpersonen erfolgt. In der genannten Ausgabe des Journals präziserte Swissmedic bezüglich der PI, dass eine Onlinepublikation ausreichend sei<sup>11</sup>.

#### **A.1.3. Grafische Übersicht und Erläuterungen hinsichtlich der Publikation von Arzneimittelinformationen**

10. Die nachfolgende Abbildung zeigt die heutige Situation der Publikation von Arzneimittelinformationen auf:

<sup>1</sup> Akte Nr. [...].

<sup>2</sup> Akte Nr. [...].

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz [HMG]; SR 812.211).

<sup>4</sup> www.kompendium.ch, besucht am 9. Mai 2008.

<sup>5</sup> Die Vertriebsfirma ist verpflichtet, den zur Verschreibung und Abgabe berechtigten Personen und den Patienten die zur Anwendung des Heilmittels notwendige Information zukommen zu lassen. Die IKS regelt die Einzelheiten (Art. 17 Abs. 4 RLA). Für das Publikum wesentliche Texte sind in verständlicher Weise abzufassen. Die IKS kann verlangen, dass die Texte auf dem Packungsmaterial und in der Arzneimittelinformation in einer oder mehreren Amtssprachen abgefasst werden (Art. 17 Abs. 5 RLA).

<sup>6</sup> Akte Nr. [...].

<sup>7</sup> Akte Nr. [...].

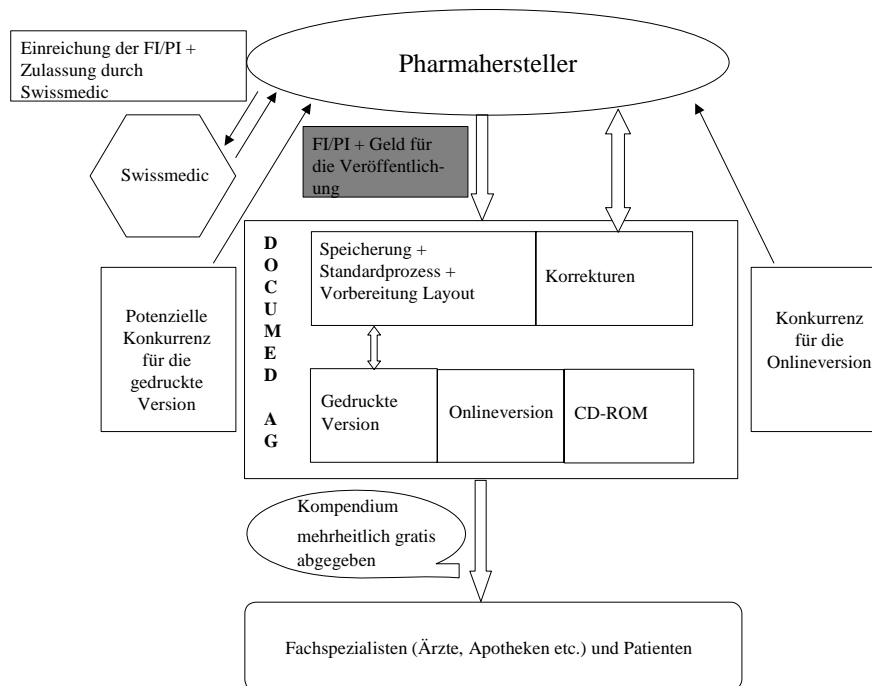
<sup>8</sup> Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über die Anforderungen an die Zulassung von Arzneimitteln (Arzneimittel-Zulassungsverordnung [AMZV]; SR 812.212.22).

<sup>9</sup> Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung [VAM]; SR 812.212.21).

<sup>10</sup> Swissmedic-Journal 1/2004, S. 23 f. ([http://www.swissmedic.ch/files/pdf/01\\_2004.pdf](http://www.swissmedic.ch/files/pdf/01_2004.pdf), besucht am 2. April 2008).

<sup>11</sup> Swissmedic-Journal 2/2004, S. 148 ([http://www.swissmedic.ch/files/pdf/02\\_2004.pdf](http://www.swissmedic.ch/files/pdf/02_2004.pdf), besucht am 17. April 2008).

**Abbildung 1: Weg der Arzneimittelinformationen von der Entstehung bis zur Publikation sowie beteiligte Marktteilnehmer**



Quelle: Angaben der Marktteilnehmer

11. Die Abbildung zeigt insbesondere den Weg von der Zulassung eines Medikamentes bis zur Publikation von Arzneimittelinformationen auf. Die Pharmaherstellerinnen reichen Swissmedic anlässlich des Zulassungsgesuches für ein Arzneimittel die dazugehörigen Texte der Arzneimittelinformationen zur Genehmigung ein. Die genehmigten Texte der FI werden anschliessend der Documed AG zur Publikation eingereicht. Die Documed AG speichert die Texte in ihrer Datensammlung und bereitet sie für die Publikation vor (Standardprozess und Layout). Sofern notwendig, nimmt sie nach Absprache mit den Pharmaunternehmen und soweit notwendig mit Swissmedic, Korrekturen an den Texten vor. Diese werden in Buchform, online und auf einer CD-ROM zugänglich gemacht. Die PI durchlaufen denselben Weg, sie werden jedoch nur online publiziert. Die Pharmaunternehmen bezahlen die Documed AG für die Publikationsdienstleistung. Das Kompodium wird hingegen mehrheitlich gratis an die Fachpersonen abgegeben.

12. Die Anzeigerin, die ywesee GmbH, ist ein Unternehmen mit Sitz in Zürich. Sie ist als Softwareherstellerin im Bereich Gestaltung, Programmierung sowie Beratung und Dienstleistung tätig. Die ywesee GmbH bietet heute auf ihren Homepages <http://www.oddb.org.ch> und <http://www.generika.cc><sup>12</sup> die Publikation der FI und PI in elektronischer Form an.

13. Damit die ywesee GmbH ihre Dienstleistungen an Pharmaunternehmen anbieten kann, ist sie auf die vollständige Sammlung der FI und PI angewiesen. Denn Swissmedic fordert für die Publikationsorgane von FI und PI aus Gründen der Arzneimittelsicherheit (Interak-

tion verschiedener Medikamente) vollständige Datenbanken<sup>13</sup>. Zum Zeitpunkt der Anzeige verfügte einzig die Documed AG über eine vollständige Sammlung der Arzneimittelinformationen. An dieser Stelle bleibt anzumerken, dass Swissmedic die Arzneimittelinformationen nicht in einer eigenen Datenbank speichert.

14. Die ywesee GmbH hat auf vertraglichem Wege versucht, Zugang zur Sammlung der Arzneimittelinformationen der Documed AG zu erhalten. Die Documed AG hat jedoch aus Sicht der ywesee GmbH mit CHF [...] einen derart hohen Preis verlangt, dass dies aus Sicht der ywesee GmbH einer faktischen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gleichkäme. Daher hat die ywesee GmbH die FI und PI von der Datenbank der Documed AG heruntergeladen und ist nun ebenfalls in Besitz dieser Texte. Diese Vorgehensweise hatte für die ywesee GmbH ein Gerichtsverfahren wegen Verletzung von Urheberrechten und wegen unlauterem Wettbewerb zur Folge (vgl. Rz. 75 ff.).

15. Die mögliche Verweigerung von Geschäftsbeziehungen der Documed AG gegenüber der ywesee GmbH war einer der Gründe für die Untersuchungseröffnung. Gleichzeitig wurde die Untersuchung auch wegen Erzwingung von unangemessenen Preisen für die Publikation von FI und PI eröffnet, da sich gewisse Pharmaunternehmen in den Fragebogen der Vorabklärung beschwert haben, dass die Preise der Documed AG für die

<sup>12</sup> Besucht am 1. April 2008

<sup>13</sup> Akte Nr. [...].

Publikation zu teuer seien. In ihrer Stellungnahme rügt die Documed AG nun, dass aus den Beschwerden der Pharmaunternehmen unklar geblieben sei, ob sich die Beschwerden gegen die Preise der Documed AG oder gegen die finanziellen Auswirkungen der Publikationspflicht richten. Entgegen der Ansicht der Documed AG geht jedoch klar hervor, dass sich die Beschwerden der Pharmaunternehmen gegen die Preise der Documed AG richten<sup>14</sup>.

## A.2. Verfahren

16. Beim Sekretariat wurde am 11. November 2003 eine Anzeige der ywesee GmbH gegen die Documed AG eingereicht.

17. Am 16. Januar 2004 hat die Documed AG gegen die ywesee GmbH eine Zivilklage wegen Verletzung von Urheberrechten und unlauterem Wettbewerb beim Zivilgericht Basel-Stadt erhoben. Der Entscheid wurde bis ans Bundesgericht weitergezogen. Mit Entscheid vom 13. Februar 2008 hat das Bundesgericht letztinstanzlich über die Urheberrechtsfrage entschieden (vgl. Rz. 75 ff.).

18. Der Entscheid im genannten Zivilverfahren hatte einen gewissen Einfluss auf einen Teil der vorbehaltenen Vorschriften und auf den weiteren Verlauf des Verfahrens<sup>15</sup>.

19. Aufgrund der Anzeige und der sich stellenden kartellrechtlichen Probleme hat das Sekretariat am 13. September 2004 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet. In der Folge wurden am 13. bzw. 15. September 2004 34 Pharmaunternehmen befragt. Zur Klärung weiterer Fragen wurden am 1. bzw. 9. Dezember 2004 Fragebogen an die Dr. Becker & Partner AG<sup>16</sup>, die dr-ouwerkerk ag<sup>17</sup> und an das Institut für Veterinärpharmakologie und -toxikologie<sup>18</sup> verschickt.

20. Am 14. November 2004 wurde das Institut für geistiges Eigentum (IGE) im Rahmen der Amtshilfe gebeten, dem Sekretariat seine rechtlichen Erläuterungen über allfällige urheberrechtliche Probleme, die sich in Bezug auf das Kompendium stellen könnten, zu unterbreiten<sup>19</sup>.

21. Auf Wunsch der Documed AG fand am 11. März 2005 ein Treffen zwischen dem Sekretariat und den Vertretern der Documed AG statt. Die Documed AG wollte nochmals ihren Standpunkt klarstellen. Des Weiteren wollte sie in Erfahrung bringen, wie das Sekretariat einer allfälligen öffentlichen Ausschreibung der Publikationsdienstleistung durch Swissmedic gegenüberstehen würde.

22. Mit Schreiben vom 13. Mai 2005 hat Swissmedic mitgeteilt, dass sie auf die Vergabe der Publikationsdienstleistung zur Zeit verzichtet<sup>20</sup>. Dieses Projekt würde erst wieder weiter verfolgt, wenn eine genügende gesetzliche Grundlage für eine öffentliche Ausschreibung geschaffen werde.

23. Am 21. Juni 2005 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gegen die Documed AG<sup>21</sup> eröffnet, da genügend Indizien für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorhanden waren. Die Untersuchung wurde wegen allfälliger unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 7 KG eröffnet, insbesondere wegen

der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und der Erzwingung von unangemessenen Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) für die Publikation von FI und PI. Im Laufe der Untersuchung wurden noch zusätzliche Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG überprüft (vgl. die unzulässigen Verhaltensweisen unter Rz. 139 ff.). In der Folge wurde die Untersuchungseröffnung am 5. Juli 2005 im schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBL) publiziert<sup>22</sup>.

24. Mit Schreiben vom 7. Juli 2005 hat die ywesee GmbH Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG beantragt<sup>23</sup>. Gleichzeitig hat die ywesee GmbH die Erweiterung der Untersuchung auf die e-mediag AG gefordert. Dieses Unternehmen mit Sitz in Urtenen-Schönbühl hat sich auf Datenbanken im Gesundheitswesen spezialisiert. Es handelt sich, wie bei der Documed AG, um ein Unternehmen der Galenica Gruppe. Der Antrag wurde damit begründet, dass die European Article Number (EAN)<sup>24</sup> auf der Spezialitätenliste (SL)<sup>25</sup> fehlerhaft sei. Das BAG habe die e-mediag AG mit dem Erstellen und Überwachen der SL beauftragt. Diese sei jedoch nicht darum bemüht, die fehlerhaften EAN-Codes zu korrigieren. Ausserdem würden die für das Bereitstellen von Artikelstammdaten von Arzneimitteln für die Apotheken zuständigen Informatikunternehmen ihre Software auf den durch die e-mediag AG geschaffenen Pharmacode ausrichten und nicht auf den offiziellen EAN-Code. Möchten Informatikfirmen die Artikelstammdaten nicht von der e-mediag AG beziehen, so müsste der Pharmacode von der Datenbank Medwin der e-mediag AG in zeitraubender Arbeit bezogen werden. Mit Schreiben vom 18. Juli 2005 wurde der ywesee GmbH Parteistellung gewährt. Am 19. Januar 2006 wurde der Antrag der ywesee GmbH auf Ausdehnung des Untersuchungsverfahrens gegen die e-mediag AG abgelehnt, da keine Indizien für den Missbrauch einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung der e-mediag AG ersichtlich waren und auch kein Bezug zu diesem Verfahren gegeben war<sup>26</sup>.

25. Am 25. Juli 2005 hat der Gründungsaktionär für die noch zu gründende Xeromed AG die Parteistellung beantragt, da diese die Publikation von Arzneimittelinformationen (gedruckt und online) plane, d.h. die Herausgabe eines Konkurrenzproduktes zum Kompendium,

<sup>14</sup> Statt vieler Akte Nr. [...] und Akte Nr. [...].

<sup>15</sup> RPW 1997/4, S. 596, Rz. 17 f..

<sup>16</sup> Akte Nr. [...].

<sup>17</sup> Akte Nr. [...].

<sup>18</sup> Akte Nr. [...].

<sup>19</sup> Akte Nr. [...].

<sup>20</sup> Akte Nr. [...].

<sup>21</sup> Akte Nr. [...].

<sup>22</sup> Akte Nr. [...].

<sup>23</sup> Akte Nr. [...].

<sup>24</sup> Europäische Artikel-Nummer. Auch Strichcode, Barcodes (bar codes) oder Balkencodes genannt. Solche Codes sind heute auf fast allen Produkten zu finden, so auch auf Medikamenten.

<sup>25</sup> Diese umfasst pharmazeutische Spezialitäten und konfektionierte Arzneimittel, welche Pflichtleistungen der Krankenversicherer darstellen.

<sup>26</sup> Akte Nr. [...].

und hierfür sämtliche FI der von Swissmedic zugelassenen Arzneimittel notwendig seien<sup>27</sup>. Mit Schreiben vom 4. August 2005 wurde dem Gründungsaktionär die Parteistellung<sup>28</sup> mit der Auflage gewährt, dass die zu gründende Xeromed AG innert 3 Monaten nach Eintrag ins Handelsregister dieses Recht (Parteistellung) vom Gründungsaktionär übernimmt<sup>29</sup>. Mit Schreiben vom 25. Januar 2006 wurde dem Gründungsaktionär der Xeromed AG die Parteistellung wieder entzogen, da sich die Gründung der Aktiengesellschaft auf unbestimmte Zeit verzögert hat und das schutzwürdige Interesse des Gründungsaktionärs an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung nicht mehr gegeben war bzw. ist<sup>30</sup>.

26. Mit Schreiben vom 5. August 2005 hat die dr-ouwerkerk ag Parteistellung mit ähnlicher Begründung wie die ywesee GmbH beantragt<sup>31</sup>. Die Parteistellung wurde ihr mit Schreiben vom 9. August 2005 zugesprochen<sup>32</sup>. Die dr-ouwerkerk ag, mit Sitz in Baar, bietet unter <http://www.just-medical.com><sup>33</sup> online einen medizinischen Informationsdienst an, der sich hauptsächlich an Fachpersonen richtet. Diese Website ist frei zugänglich, so dass der Zugriff auch für interessierte Dritte gewährleistet ist. Unter der Rubrik "med-drugs-update"<sup>34</sup> sind punktuelle FI gewisser Arzneimittel zu finden, die die dr-ouwerkerk ag durch vertragliche Vereinbarung von den Pharmaherstellerinnen direkt erhalten hat. Überdies stellt die dr-ouwerkerk ag auf ihrer Website unter anderem unter der Rubrik "med-drugs"<sup>35</sup> die vollständige Sammlung der FI und PI von Arzneimitteln zur Verfügung, die sie von der ywesee GmbH erhalten hat. Die dr-ouwerkerk ag hat zudem ein Content Management Tool erstellt, durch welches die Pharmafirmen die Möglichkeit erhalten, ihre FI und PI selbständig zu erfassen und zu publizieren ("med-drugs CMT")<sup>36</sup>. Bisher hat kein Pharmaunternehmen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

27. In der Folge wurden die Parteien<sup>37</sup>, das Institut für Veterinärpharmakologie und -toxikologie (Herausgeberin des Tierarzneimittelkompendiums, welches die FI von Tierarzneimitteln beinhaltet)<sup>38</sup> als auch Swissmedic<sup>39</sup> zu den Preisen, Korrekturarbeiten und dem Zulassungsverfahren von Tier- und Humanarzneimitteln befragt.

28. Mit Schreiben vom 21. September 2005 wurden sowohl die Rote Liste GmbH als auch die Medizinische Medien Informations GmbH zu ihrer Preispolitik befragt. Beides sind deutsche Unternehmen, welche FI in Deutschland publizieren<sup>40</sup>. Am 22. September 2005 wurde das Bundeskartellamt über die Befragung dieser Unternehmen in Kenntnis gesetzt<sup>41</sup>.

29. Mit Schreiben vom 8. November 2005 wurden die Rote Liste GmbH und die Medizinische Medien Informations GmbH erneut gebeten, die Fragebogen vom 21. September 2005 zu beantworten. Die Beantwortung dieser Fragen ist ausstehend geblieben<sup>42</sup>.

30. Die Documed AG und die ywesee GmbH haben diverse Male Akteneinsicht verlangt, welche ihnen gewährt wurde.

31. Mit Schreiben vom 16. März 2006 hat die Documed AG eine anfechtbare Zwischenverfügung beantragt, da das Sekretariat den E-Mail-Verkehr zwischen der Documed AG und Swissmedic<sup>43</sup> nicht als Geschäftsge-

heimnis anerkannt hat<sup>44</sup>. Mit Schreiben vom 12. April 2006 hat die Documed AG vom Antrag der selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung Abstand genommen, da Swissmedic mit der Offenlegung einverstanden war<sup>45</sup>, zumal die Voraussetzungen an Geschäftsgeheimnisse aufgrund des fehlenden objektiven Geheimhaltungsinteresses ohnehin nicht gegeben waren<sup>46</sup>.

32. Die Documed AG fordert, dass der Satzteil "zumal ... gegeben waren" des letzten Satzes ersatzlos zu streichen sei. Dieser Satzteil erwecke fälschlicherweise den Eindruck, die Documed AG habe von ihrem Antrag auf Zwischenverfügung Abstand genommen, weil sie der Auffassung sei, dass die Voraussetzungen für ein Geschäftsgeheimnis nicht gegeben waren. Die Documed AG habe jedoch lediglich auf die Zwischenverfügung verzichtet, weil Swissmedic mit der Veröffentlichung einverstanden gewesen sei.

33. Der Vorwurf der Documed AG ist haltlos. Das Sekretariat stellt fest, dass die Documed AG vom Antrag der selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung Abstand genommen hat, da Swissmedic mit der Offenlegung einverstanden war (vgl. Rz. 31). Zusätzlich wendet das Sekretariat ein, dass die Voraussetzungen an ein Geschäftsgeheimnis ohnehin nicht gegeben waren, da es am objektiven Geheimhaltungsinteresse der Documed AG gefehlt hat. Denn Geheimnisherrin des besagten Schreibens ist Swissmedic und nicht die Documed AG.

<sup>27</sup> Akte Nr. [...].

<sup>28</sup> Die Parteistellung wurde in analoger Anwendung von Art. 645 Abs. 2 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR]; SR 220) i.V.m. Art. 6 und Art. 48 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]; SR 172.021) gewährt.

<sup>29</sup> Akte Nr. [...].

<sup>30</sup> Akte Nr. [...].

<sup>31</sup> Akte Nr. [...].

<sup>32</sup> Akte Nr. [...].

<sup>33</sup> Besuch am 1. April 2008.

<sup>34</sup> <http://www.just-medical.ch/mdupdate.cfm?CFID=165289&CFTOKEN=23879697>, besucht am 16. Mai 2008.

<sup>35</sup> <http://www.med-drugs.ch/index.cfm?language=1>, besucht am 16. Mai 2008.

<sup>36</sup> [http://www.dr-ouwerkerk.ch/agentur/de/med\\_software\\_3.shtml](http://www.dr-ouwerkerk.ch/agentur/de/med_software_3.shtml), besucht am 16. Mai 2008.

<sup>37</sup> Akten Nr. [...],[...] und [...].

<sup>38</sup> Akte Nr. [...].

<sup>39</sup> Akte Nr. [...].

<sup>40</sup> Akten Nr. [...] und [...].

<sup>41</sup> Vgl. die OECD-Empfehlungen über die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken vom Juli 1995. Diese sehen insbesondere die Meldung von Verfahrenseröffnungen und Untersuchungshandlungen im betroffenen Mitgliedstaat vor.

<sup>42</sup> Aufgrund eines fehlenden Staatsvertrages kann die Beantwortung des Fragebogens nicht durchgesetzt werden.

<sup>43</sup> Akte Nr. [...], Beilage 6: Dieser E-Mailverkehr zeigt auf, dass die Documed AG kleinere „Unstimmigkeiten“ in den Fachinformationen nach der Zulassung durch Swissmedic korrigiert hat. Dabei kann es sein, dass beispielsweise die Voraussetzungen der AMZV nicht vollständig erfüllt sind oder gewisse ungenaue Formulierungen gewählt wurden.

<sup>44</sup> Akte Nr. [...].

<sup>45</sup> Akten Nr. [...] und [...].

<sup>46</sup> Akte Nr. [...].

34. Mit Schreiben vom 24. März 2006 wurden diverse Registrierungs- und Übersetzungsbüros befragt<sup>47</sup>. Deren Tätigkeit umfasst die Erstellung, Änderung, Kontrolle und/oder Übersetzung der Arzneimittelinformationen im Sinne der AMZV für die Pharmaunternehmen. Zweck der Befragung war die Ermittlung der durch diese Unternehmen vor der Zulassung der FI und PI durch Swissmedic erbrachten Dienstleistungen für die Pharmaunternehmen.

35. Am 26. Juli 2006 wurde die Vidal SA, das Unternehmen, welches das gleichnamige Pendant zum schweizerischen Kompendium in Frankreich publiziert, befragt. Ziel der Befragung war es, die Preispolitik der Vidal SA für die Publikation von FI zu ermitteln. Vidal hat die gestellten Fragen denn auch bereitwillig beantwortet. Mit Schreiben vom 17. August 2006 wurde der Conseil de la Concurrence über die Befragung von Vidal unterrichtet<sup>48</sup>.

36. Mit Schreiben vom 22. August 2006 hat das Sekretariat die ywesee GmbH für allfällige Verletzungen aus einem privatrechtlichen Vertrag an den Zivilrichter verwiesen<sup>49</sup>.

37. Am 7. März 2007, 27. Juni 2007 und am 12. September 2007 haben Gespräche mit der Documed AG bezüglich einer einvernehmlichen Regelung stattgefunden.

38. Mit Schreiben vom 17. Januar 2008 wurde der Documed AG die einvernehmliche Regelung unterbreitet, welche am 28. Februar 2008 durch den Vertreter der Documed AG und das Sekretariat unterzeichnet wurde (vgl. Rz. 216 f.).

39. Mit Schreiben vom 21. Mai 2008 wurde den Parteien der Antrag des Sekretariates zur Stellungnahme unterbreitet, welche die Parteien mit Schreiben vom 17., 18. und 24. Juni 2008 eingereicht haben.

### A.3. Anträge der Parteien

40. Die Documed AG beantragt die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung vom 27. Februar 2008. Die Sanktion sei auf CHF 40'000.- und die Kosten des Verfahrens seien auf den Zeitaufwand und die Auslagen, die im direkten Zusammenhang mit den Massnahmen der einvernehmlichen Regelung stehen, zu begrenzen. Sollte die einvernehmliche Regelung nicht durch die Weko genehmigt werden, beantragt die Documed AG eventualiter das Untersuchungsverfahren ohne Folge einzustellen.

41. Sowohl die ywesee GmbH als auch die dr-ouwerkerk ag beantragen, die einvernehmliche Regelung nicht zu genehmigen und das Verfahren auf ordentlichem Weg zu beenden.

42. Auf die Rügen der Parteien wird in den Erwägungen eingegangen.

## B. ERWÄGUNGEN

### B.1. Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

43. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an

Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

44. 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 Documed AG ist als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

45. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 80 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar<sup>50</sup>. 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<sup>51</sup>.

46. Die Wettbewerbsbehörden sind zur Führung von Untersuchungen sowie zum Erlass von Verfügungen sachlich zuständig (Art. 2 Abs. 2, Art. 18 Abs. 3, Art. 27 und Art. 53 KG).

### B.2. Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)

47. 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. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

48. Art. 3 KG regelt das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften. Fraglich ist, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Wettbewerb mit gesetzlichen Vorschriften ganz oder teilweise eingeschränkt wurde, weil der Gesetzgeber zur Auffassung gelangt ist, dass Marktversagen vorliegt<sup>52</sup>.

49. Die Wettbewerbsbehörden haben zu prüfen, ob der Gesetzgeber von Marktversagen ausgegangen ist und daher den Wettbewerb ausschalten wollte. Es ist jedoch

<sup>47</sup> Befragt wurden die Maras AG, die Phytocon GmbH, die Medana AG, die Medius AG, PFC Pharma Focus AG, die Health and Beauty Marketing Swiss GmbH, Pharmadossier, die Drac AG, Five Office Ltd. Logos of Science Healthcare & Project Management, RCC Ltd. und PharmaPart AG. Vgl. stellvertretend für alle Registrierungsbüros die Website der Maras AG: [http://www.maras.ch/RegAff\\_Serv.html](http://www.maras.ch/RegAff_Serv.html), besucht am 1. April 2008.

<sup>48</sup> Akte Nr. [...], vgl. auch Fn 41.

<sup>49</sup> Akte Nr. [...].

<sup>50</sup> Vgl. RPW 2007/2, S. 250, Rz. 47; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 73 (zit. Botschaft 1994) S. 80 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4 N 16.

<sup>51</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 251.

<sup>52</sup> RPW 2004/3, S. 873 ff., E. 3.2; vgl. auch ZÄCH (Fn 51), Rz. 117; ROLF H. WEBER, in SIWR V/2, Basel 2000, S. 45 f.



nicht Sache der Wettbewerbsbehörde zu überprüfen, ob auch tatsächlich Marktversagen vorliegt<sup>53</sup>.

50. Das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften ist von Amtes wegen durch die Wettbewerbsbehörden zu prüfen.

## **B.2.1. Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG**

### **B.2.1.1. Einleitung**

51. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter (Produktion, Verteilung und Preisgestaltung) in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt werden. Die Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessen, müssen genügend bestimmt sein. Nicht jede staatliche Intervention führt zur Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen<sup>54</sup>. Selbst wenn ein Wettbewerbsparameter durch öffentliches Recht reguliert wird, bleibt zu überprüfen, inwiefern die Anwendung des Kartellgesetzes dadurch zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip dadurch tatsächlich ausgeschlossen wird<sup>55</sup>.

### **B.2.1.2. Keine vorbehaltenen Vorschriften im Heilmittelgesetz**

52. Auf Stufe des formellen Gesetzes sind keinerlei Bestimmungen vorhanden, welche sich näher mit der Frage der Arzneimittelinformationen auseinandersetzen würden. Art. 11 Abs. 1 Bst. f HMG legt einzig fest, dass im Rahmen des Zulassungsgesuchs für ein Medikament Arzneimittelinformationen einzureichen sind. Zuständig für das Zulassungsverfahren und den Zulassungsentscheid ist Swissmedic (vgl. Art. 16 HMG). Dabei wird Swissmedic in Art. 11 Abs. 3 HMG die Kompetenz übertragen, die im Rahmen des Zulassungsgesuchs einzureichenden Unterlagen näher zu umschreiben. Vorgaben bezüglich der Publikation der Arzneimittelinformationen sind auf Gesetzesstufe nicht vorhanden.

53. Im HMG sind somit keine Vorschriften bezüglich der Arzneimittelpublikation vorhanden, die einen Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen könnten.

### **B.2.1.3. Keine vorbehaltenen Vorschriften auf Verordnungsstufe**

54. Erst auf Verordnungsstufe finden sich diverse Bestimmungen, welche die Arzneimittelinformationen betreffen.

55. Die Inhaberin einer Zulassung für Humanarzneimittel ist verpflichtet, die jeweils aktuelle, durch das Institut genehmigte Arzneimittelinformation (FI) den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung dieser Arzneimittel berechtigten Personen auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen. Die FI müssen den Anforderungen nach Anhang 4 AMZV entsprechen (Art. 16a VAM i.V.m. Art. 13 AMZV).

56. Den Packungen eines Humanarzneimittels muss eine Packungsbeilage als PI beigelegt werden. Zusätzlich müssen die Pharmaunternehmen die PI auch den zur Verschreibung, Abgabe oder Anwendung von Hu-

manarzneimitteln berechtigten Personen zur Verfügung stellen (Art. 16a VAM i.V.m. Art. 14 AMZV).

57. Gemäss Art. 18 Abs. 1 KPAV<sup>56</sup> kann bei homöopathischen und anthroposophischen Arzneimitteln auf eine FI verzichtet werden. Hingegen sind PI solcher Arzneimittel in gleicher Weise zu publizieren, wie die PI herkömmlicher Arzneimittel.

58. Weder in Art. 13 Abs. 2 AMZV noch in Art. 14 Abs. 1 AMZV i.V.m. Art. 16a VAM wird näher definiert, was "auf geeignete Weise zur Verfügung stellen" bedeutet. Aus den Anhängen 4 und 5 AMZV wird ersichtlich, dass es sich um eine Veröffentlichung handeln muss.

59. Es kann festgestellt werden, dass auf Stufe der AMZV bzw. VAM keine Vorschriften erlassen wurden, welche den Wettbewerb einschränken oder beseitigen könnten. Art. 13 Abs. 2 AMZV bzw. Art. 14 Abs. 1 AMZV i.V.m. Art. 16a VAM sollen lediglich sicherstellen, dass Fachpersonen Zugriff auf die FI und PI haben. Die Bestimmungen dieser Verordnungen halten einzig fest, dass die Arzneimittelinformationen in geeigneter Weise zu veröffentlichen sind. Durch wen, und in welcher Form die Publikation zu erfolgen hat, ist auch auf Verordnungsstufe nicht näher festgelegt. Grundsätzlich wären die Pharmaunternehmen frei, die FI und die PI selbst gedruckt oder online zu publizieren, da keine Bestimmung existiert, die die Publikation in einem bestimmten Werk und in bestimmter Form fordert.

60. Es kann festgehalten werden, dass auch auf Verordnungsstufe keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG vorhanden sind.

### **B.2.1.4. Keine vorbehaltenen Vorschriften aufgrund des Swissmedic-Journals**

61. Wie bereits erwähnt, hat Swissmedic die Voraussetzungen für die Publikation von FI und PI im Swissmedic-Journal<sup>57</sup> festgelegt (vgl. Rz. 8). Da Swissmedic die Zulassungsbehörde für Arzneimittel ist, sind die Unternehmen faktisch gezwungen, sich für die Publikation an ein Unternehmen zu wenden, das alle im Swissmedic-Journal enthaltenen Anforderungen erfüllt.

62. Für die gedruckte Version der FI haben die Pharmaunternehmen gegenwärtig keine andere Möglichkeit, als die Documed AG aufzusuchen, da diese zur Zeit das einzige Unternehmen ist, das die (beinahe<sup>58</sup>) vollständige Sammlung der FI in gedruckter Form veröffentlicht.

<sup>53</sup> BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 3, N 13 und 14.

<sup>54</sup> RPW 2004/1, S. 107, Rz. 20; vgl. auch ZÄCH (Fn 51), Rz. 284 ff.; WEBER (Fn 51), S. 47.

<sup>55</sup> RPW 2004/3, S. 875, E. 3.2.2.

<sup>56</sup> Verordnung vom 22. Juni 2006 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die vereinfachte Zulassung von Komplementär- und Phytoarzneimitteln (Komplementär- und Phytoarzneimittelverordnung [KPAV]; SR 812.212.24).

<sup>57</sup> Swissmedic-Journal 1/2004 (Fn 10), S. 23 f.

<sup>58</sup> Die FI sind nur beinahe vollständig, weil einzelne Pharmaunternehmen ihre FI nicht veröffentlichen. Swissmedic könnte im Sinne einer Ersatzvornahme die Texte an Stelle dieser Pharmaunternehmen publizieren lassen, was sie bisher jedoch unterlassen hat.

Für die PI verweist Swissmedic in der jeweiligen Zulassungsverfügung eines Medikamentes neben der Documed AG namentlich auch auf die ywesee GmbH hin.

63. Fraglich ist, ob Swissmedic mit den Anforderungen im Swissmedic-Journal eine staatliche Marktordnung geschaffen hat, wie die Documed AG in der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf geltend macht, welche als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu beachten sind.

64. Grundsätzlich kann bereits eingewendet werden, dass Swissmedic durch regulatorische Vorgaben, welche sie im eigenen Publikationsorgan festlegt, gar keinen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen kann, da diese Vorgaben nicht auf Stufe Gesetz oder Verordnung erlassen wurden. Allenfalls könnte argumentiert werden, eine derartige Normensetzung sei dann als Vorbehalt zu beachten, wenn auf Stufe des formellen Gesetzes eine Delegationsnorm an die zuständige Behörde vorhanden und der Vorbehalt im Gesetz zumindest ansatzweise erkennbar wäre. Zwar sind im HMG Delegationsnormen vorhanden, welche Swissmedic Kompetenzen im Bereich der Umschreibung der Arzneimittelinformationen übertragen (vgl. Rz. 52), allerdings enthält keine dieser Normen auch nur ansatzweise einen Hinweis darauf, dass Swissmedic die Publikation der Arzneimittelinformationen regulieren soll. Es ist m.a.W. keine Delegationsnorm vorhanden, welche Swissmedic die Schaffung von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG erlauben würde.

65. Aufgrund dieser Erwägungen ist es ausgeschlossen, dass Swissmedic mit den Anforderungen im Swissmedic-Journal vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG geschaffen hat.

#### **B.2.1.5. Ergebnis**

66. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Bereich der Publikation von Arzneimittelinformationen kein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG besteht.

#### **B.2.2. Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG**

67. Die Botschaft legt dar, dass eine staatliche Markt- oder Preisordnung nicht die einzige Möglichkeit ist, wie der Gesetzgeber zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen kann<sup>59</sup>. Es besteht auch die Möglichkeit, dass Unternehmen des öffentlichen oder des privaten Rechts mit besonderen Rechten ausgestattet werden. Die Ausgestaltung solcher Rechte kann unterschiedlich ausfallen. Es ist einerseits denkbar, dass einem Unternehmen ein Monopol<sup>60</sup> gewährt wird. Andererseits kann ein Unternehmen "lediglich" mit besonderen Rechten ausgestattet werden, ohne dass Konkurrenz vollständig ausgeschaltet wird<sup>61</sup>.

68. Bis 2001 wurde das Kompendium der Documed AG offiziell durch die IKS anerkannt<sup>62</sup>. Ob der Documed AG dabei ein Monopol gewährt wurde oder sie "lediglich" mit besonderen Rechten ausgestattet wurde, kann letztlich offen gelassen werden, da mit Inkrafttreten des HMG die rechtliche Grundlage für eine formelle Anerkennung weggefallen ist<sup>63</sup>. Dass Swissmedic in der Zulassungsverfügung für Arzneimittel auf mehrere Publikationsmöglichkeiten hinweist, macht zudem deutlich, dass keine rechtliche Grundlage für ein Monopol existiert.

69. Fraglich ist indes, ob gesetzliche Bestimmungen bestehen, die Konkurrenz zulassen, ein Unternehmen jedoch mit besonderen Rechten ausgestattet wurde.

70. Die Pharmaunternehmen sind, wie bereits erwähnt (vgl. Rz. 55–59), zur Publikation von Arzneimittelinformationen verpflichtet. Die Erfüllung dieser Pflicht müssen sie gegenüber Swissmedic belegen (Art. 16a Abs. 2 VAM). In Art. 16a Abs. 3 VAM wird statuiert, dass Swissmedic auf Kosten der Zulassungsinhaber selber veröffentlichen oder veröffentlichen lassen kann.

71. Sollte ein Pharmaunternehmen nun seiner Publikationspflicht nicht nachkommen, könnte Swissmedic die Publikation vornehmen oder ein auf die Publikation von Arzneimittelinformationen spezialisiertes Unternehmen damit betrauen (Art. 16a Abs. 3 VAM). Dabei würde es sich jedoch lediglich um eine Ersatzvornahme handeln, die keine neuen Rechte oder Pflichten begründet, sondern bestehende Pflichten durchsetzt<sup>64</sup>.

72. Mit den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen werden lediglich Pflichten der Zulassungsinhaber formuliert. Rechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG werden weder den Zulassungsinhabern noch den mit der Publikation betrauten Unternehmen zugesprochen.

73. Andere gesetzliche Bestimmungen, die Drittunternehmen, welche mit der Publikation von Arzneimittelinformationen betraut sind, mit besonderen Rechten ausstatten würden, sind keine vorhanden.

74. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass weder die Documed AG noch ein anderes Unternehmen mit besonderen Rechten ausgestattet wurde, weshalb der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG nicht zum Tragen kommt.

#### **B.2.3. Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG**

75. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

76. Das Bundesgericht hat entschieden, dass den FI und PI kein Urheberrechtsschutz im Sinne des Urheberrechtsgesetzes<sup>65</sup> zukomme, weshalb auch offen gelassen werden könne, ob der Documed AG Urheberschaft zukomme oder nicht<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Vgl. Botschaft 1994 (Fn 50), S. 73.

<sup>60</sup> Ein faktisches Monopol reicht dabei nicht aus: vgl. BGE 129 II 497, S. 526 ff.

<sup>61</sup> ZÄCH (Fn 51), Rz. 287 ff.

<sup>62</sup> Akte Nr. [...], Beilage [...].

<sup>63</sup> Akte Nr. [...], Beilage [...].

<sup>64</sup> Eine gesetzliche Grundlage für eine Ersatzvornahme wäre grundsätzlich nicht erforderlich, da diese an Stelle der nicht erfüllten Pflicht tritt, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1159).

<sup>65</sup> Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz [URG]; SR 231.1).

<sup>66</sup> BGE 134 III 166.

77. Mit Entscheid vom 8. Mai 2007 hatte das Zivilgericht Basel-Stadt verneint, dass die Sammlung der Arzneimittelinformationen Sammelwerke im Sinn des Urheberrechts sind, was die Documed AG vor Bundesgericht denn auch nicht mehr geltend gemacht hat.

78. Doch selbst wenn sich die Documed AG auf Urheberrechte in Bezug auf bearbeitete Arzneimittelinformationen oder das Arzneimittelkompendium hätte berufen können – was vorliegend nicht der Fall ist – würde das Verhalten der Documed AG der kartellrechtlichen Prüfung unterliegen. Denn Art. 3 Abs. 2 KG greift nur, wenn sich der Schutzrechtsinhaber auf jene Befugnisse stützt, die ihm das jeweilige Schutzrecht, hier konkret das URG, einräumt<sup>67</sup>. Vorliegend werden die Preisdiskriminierung von Handelspartnern, die Erzwingung von unangemessenen Preisen sowie die Koppelung von Dienstleistungen überprüft, was keine durch das URG geschützten Handlungen sind.

79. Aufgrund des Gesagten liegen keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs 2 KG vor, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen. Das KG ist somit anwendbar.

### **B.3. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

80. 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**

81. 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).

82. Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen<sup>68</sup>. Zu unterscheiden ist somit die Marktbeherrschung im engeren Sinne ("klassische Marktbeherrschung") von der wirtschaftlichen Abhängigkeit einzelner Marktteilnehmer von anderen Marktteilnehmern<sup>69</sup>. Ob solche wirtschaftlichen Abhängigkeiten vorliegen ist nur zu prüfen, wenn nicht bereits "klassische" Marktbeherrschung vorliegt.

83. Die Documed AG wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker, aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

##### **B.3.1.1. Der relevante Markt**

###### **B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt**

84. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden<sup>70</sup>.

85. Die Documed AG ist auf zwei Märkten tätig (vgl. Abbildung 1, Rz. 10). Einerseits bietet sie auf dem vorgelagerten Markt den Pharmaunternehmen die Publikation von Arzneimittelinformationen an, d.h. die Documed AG ist Anbieterin von Publikationsdienstleistungen, die von den Pharmaunternehmen nachgefragt werden. Andererseits steht sie auf dem nachgelagerten Markt den Nachfragern von Arzneimittelinformationen gegenüber. Es sind dies sowohl die Fachpersonen als auch die PatientInnen, welche die durch die Documed AG publizierten Arzneimittelinformationen konsultieren.

86. Im Folgenden wird nur der vorgelagerte Markt untersucht, da sich die kartellrechtlich relevanten Probleme im Zusammenhang mit den Publikationsdienstleistungen der Documed AG gegenüber den Pharmaunternehmen stellen.

87. Die Pharmaunternehmen sind zur Publikation der FI (mit Ausnahme der Hersteller homöopathischer und anthroposophischer Arzneimittel) und PI verpflichtet. Da weder die Publikation der FI die Publikation der PI zu ersetzen vermag, noch umgekehrt die Publikation der PI ein Substitut für die Publikation der FI darstellt, ist grundsätzlich von getrennten Märkten auszugehen.

88. Bezüglich PI besteht für die Pharmaunternehmen keine Verpflichtung mehr, diese in einem gedruckten Werk zu publizieren. Diese Dienstleistung wird auch von keinem Pharmaunternehmen nachgefragt, weshalb zunächst von einem Markt für die Onlinepublikation von PI (vgl. Rz. 6) auszugehen ist. Allerdings gilt es zu beachten, dass die Weisungen von Swissmedic die Publikation der PI in einem vollständigen Werk verlangen. Zwar stellen diese Weisungen keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG dar. Sie führen aber dazu, dass die Pharmaunternehmen faktisch nur Anbieter berücksichtigen können, die in der Lage sind, die Publikation der PI in einer vollständigen Datenbank anzubieten. Aus diesem Grund ist der Markt auf die Publikation von PI in einem vollständigen Werk einzuschränken.

89. Gemäss den Weisungen von Swissmedic müssen die FI online und gedruckt angeboten werden. Es stellt sich daher die Frage, ob von zwei getrennten Märkten oder einem einzelnen Markt auszugehen ist.

90. Bei der Publikation von FI fällt der grösste Aufwand beim Erfassen und den mit dem Druck zusammenhängenden Arbeiten an. Denn sobald die FI einmal in der Datenbank erfasst sind, die notwendigen Korrekturen an den Texten durchgeführt wurden und alles Notwendige für den Druck des Werkes vorbereitet ist, fallen für die Onlinepublikation der FI nur noch sehr geringe Zusatzkosten an, da die Texte der FI nur noch im Internet aufgeschaltet werden müssen. Dies hat zur Folge, dass alle

<sup>67</sup> WEBER (Fn 54), S. 10.

<sup>68</sup> RPW 2006/4, S. 637, Rz. 70; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 (zit. Botschaft 2001), S. 2045.

<sup>69</sup> RPW 2005/1, S. 161, Rz. 93.

<sup>70</sup> Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (IVKU); SR 251.4), welcher analog anzuwenden ist.

Pharmaunternehmen, welche die FI gedruckt und online publizieren müssen, diese Dienstleistung gegenwärtig beim gleichen Unternehmen nachfragen. Nur so können sie von den Verbundvorteilen und somit von tieferen Kosten für die Onlinepublikation der FI profitieren (vgl. Koppelungstatbestand, Rz. 197 ff.).

91. Wie bei den PI verlangt Swissmedic in ihren Weisungen die Publikation der FI in einem vollständigen Werk. Aufgrund des behördlichen Vollständigkeitserfordernisses und der Tatsache, dass Swissmedic in ihren Zulassungsverfügungen für Arzneimittel für die Publikation von FI nur auf Unternehmen hinweist, die die Publikationsdienstleistung gedruckt und online anbieten, rechtfertigt es sich, von einem einheitlichen, sachlich relevanten Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk auszugehen.

92. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund der Anforderungen von Swissmedic von folgenden sachlich relevanten Märkten auszugehen ist:

- Der Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk.

- Der Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk.

93. In ihrer Stellungnahme kritisiert die ywesee GmbH die sachliche Marktabgrenzung für die Publikation von FI. Als Begründung für die aus ihrer Sicht falsche Marktabgrenzung führt sie sinngemäss auf, dass vier Unternehmen die FI online bei ihr publizieren würden, was für zwei Märkte sprechen würde. Nämlich für einen Markt für die Publikation von FI gedruckt und einen Markt für die Publikation von FI online. Gemäss telefonischer Auskunft von Herrn Davatz handelt es sich bei den vier Unternehmen, die bei der ywesee GmbH publizieren, um die [...], die [...], die [...] und die [...]. Die letzten drei Unternehmen gehören zur [...]. Alle genannten Unternehmen stellen Arzneimittel der Komplementärmedizin her. Diese Unternehmen sind gemäss Art. 18 Abs. 2 KPAV nicht zur Publikation von FI verpflichtet. Die Unternehmen der [...] publizieren ihre FI online bei der ywesee GmbH. Die [...] publiziert ihre FI sowohl bei der Documed AG als auch bei der ywesee GmbH.

94. Zentral für die Marktabgrenzung ist, dass die Unternehmen, die gemäss VAM zur Publikation von FI verpflichtet sind, primär ein Unternehmen aufsuchen, das die FI nicht nur online, sondern insbesondere auch gedruckt für sie publiziert. Diese Dienstleistung ist aus Sicht der Pharmaunternehmen zentral, da gemäss den Weisungen von Swissmedic die Pflicht zur Publikation der FI gedruckt besteht. Solange diese Texte gedruckt und online beim selben Unternehmen publiziert werden, können die Pharmaunternehmen von Verbundvorteilen profitieren.

95. Die genannten Unternehmen, die ihre FI bei der ywesee GmbH publizieren, kommen mit ihrer Veröffentlichung nicht der Publikationspflicht gemäss VAM und AMZV nach und somit sind sie auch nicht zur Publikation in einem gedruckten Werk verpflichtet. Sie publizieren ihre FI aus marketingtechnischen Gründen, da die Fachpersonen so Kenntnis von ihren Arzneimitteln nehmen. Da sie die FI nicht gedruckt publizieren, stellt sich bei ihnen die Frage nach den Verbundvorteilen nicht.

96. Die Documed AG rügt in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf ebenfalls, die sachlich relevanten Märkte seien nicht korrekt abgegrenzt worden. Sowohl bei der Publikation von FI als auch für die Publikation von PI würde es sich um zweiseitige Märkte handeln.

97. Zur Begründung gibt die Documed AG an, dass die Pharmaunternehmen die Informationen publizieren müssten, während die Fachpersonen auf diese Informationen angewiesen seien. Die Documed AG ihrerseits würde die Informationsplattform für die FI und PI darstellen. Sowohl die Pharmaunternehmen als auch die Fachpersonen würden Dienste der Documed AG in Anspruch nehmen. Für beide Seiten sei der Wert der Informationsplattform für FI und PI offensichtlich am grössten, wenn diese möglichst alle Arzneimittel beinhalte, sowie möglichst alle Fachpersonen erreichen würde. Andernfalls müssten die Zulassungsinhaber ihre Informationen in mehreren "Kompendien" publizieren und die Fachpersonen mehrere "Kompendien" konsultieren.

98. Unabhängig davon, ob es sich um einen ein- oder zweiseitigen Markt handelt, werden die Schlussfolgerungen dieser Verfügung nicht in Frage gestellt. Die in casu vorgeworfenen Diskriminierungen betreffen nur die Beziehungen zwischen der Documed AG und den Pharmaunternehmen. Es handelt sich nicht um Diskriminierungen, zwischen den beiden Seiten eines allfälligen, zweiseitigen Marktes.

99. In der einschlägigen Literatur<sup>71</sup> wird vor allem im Zusammenhang mit Videogames, Software, Zeitungen und Kreditkartensystemen von zweiseitigen Märkten gesprochen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich im Fall der Publikation von FI und PI (eher online) auch um zweiseitige Märkte handeln könnte. Trotzdem lassen die folgenden Elemente Zweifel aufkommen:

100. Der in Frage stehende zweiseitige Markt kann sich nicht frei organisieren. Die Pharmaunternehmen publizieren ihre FI und PI nicht freiwillig. Das Gesetz bzw. die Weisungen von Swissmedic schreiben die Publikation der Arzneimittelinformationen in einem vollständigen Werk vor. Die Pharmaherstellerinnen tragen die Gesamtkosten, da Swissmedic vorschreibt, dass die Ärztinnen und Ärzte das Kompendium gratis erhalten. In dieser Konstellation hat die Documed AG folglich keinen Spielraum die über die Plattform nachgefragte Menge über Preisdifferenzierungen zu optimieren, wie dies einer Grundannahme der Theorie der zweiseitigen Märkte entspricht.

101. Zudem besagt eine weitere Annahme der Theorie der zweiseitigen Märkte, dass der Nutzen der einen Kundengruppe steigen muss, wenn sich die Anzahl der Teilnehmer der anderen Kundengruppe erhöht und vice versa. Im vorliegenden Fall dürfte das Interesse der einzelnen Pharmaunternehmen, die Texte bei Documed AG zu publizieren, begrenzt sein, da es nicht offensichtlich ist, dass mehr Medikamente verkauft werden, je mehr Ärztinnen und Ärzte das Kompendium konsultieren

<sup>71</sup> JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Competition Policy in Two-Sided Markets, with Special Emphasis on Payment Cards, in: Handbook of Antitrust Economics, MIT Press, S. 543 ff.

(die Anwendung des Kompendiums betrifft eher die Interaktion zwischen Medikamenten und weniger die Wahl der Medikamente). Auch ist es nicht offensichtlich, dass sich der Nutzen der Ärztinnen und Ärzte mit steigender Anzahl publizierender Pharmaunternehmen erhöht. Es ist davon auszugehen, dass eine Ärztin oder ein Arzt eher an einer begrenzten Menge von Medikamenten und deren FI interessiert ist, die insbesondere ihren Fachbereich betreffen (bei Allgemeinpraktikern wird die Anzahl konsultierter Texte eher grösser sein). In diesem Zusammenhang erscheint ein vollständiges Werk wie das Kompendium eher ungeeignet.

102. Die Wettbewerbskommission schliesst die Möglichkeit nicht aus, dass im Bereich der Publikation von Arzneimittelinformationen in Zukunft und unter anderen Umständen ein zweiseitiger Markt entstehen könnte. Aber diese Möglichkeit ist, wie oben dargelegt, heute stark in Frage gestellt. Die Wettbewerbskommission hält somit an ihrer Marktdefinition fest.

#### **B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

103. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet<sup>72</sup>.

104. Die Pharmaherstellerinnen sind verpflichtet, alle Arzneimittelinformationen von in der Schweiz zugelassenen Arzneimitteln den Adressaten auf geeignete Weise zur Verfügung zu stellen (Art. 13 und Art. 14 AMZV i.V.m. Art. 16a VAM, vgl. auch Rz. 55 und 58). Aufgrund der Weisungen von Swissmedic sind die Pharmaunternehmen verpflichtet, die Publikation der Arzneimittelinformationen in einem vollständigen Werk anzubieten, weshalb sie sich an ein Unternehmen wenden, welches diese Weisungen erfüllt (vgl. Rz. 8). Sowohl für die Onlineversion als auch für die gedruckte Version fragen die Pharmaunternehmen diese Dienstleistung in der Schweiz nach, weshalb von einem schweizerischen Markt auszugehen ist.

#### **B.3.1.2. Marktstellung**

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

106. Um zu beurteilen, ob ein Unternehmen marktbeherrschend ist, sind die Situation der Konkurrenten (aktueller Wettbewerb), die Marktzutrittschranken (potenzieller Wettbewerb) sowie die Marktgegenseite zu analysieren<sup>73</sup>.

##### **B.3.1.2.1 Wettbewerb für die Publikation der Fachinformationen (gedruckt und online) in einem vollständigen Werk**

107. Neben der Documed AG gibt es keine anderen Unternehmen, die sowohl die Publikation der FI gedruckt als auch online in einem vollständigen Werk anbieten. Es gibt m.a.W. keine aktuellen Konkurrenten, weshalb die Documed AG Monopolistin auf dem Markt für die Publikation von FI ist.

108. Von 1985 bis 2001 hat die Dr. Becker & Partner AG ein gedrucktes Nachschlagewerk für komplementärmedizinische Heilmittel der Schweiz publiziert. Die Entrichtung eines finanziellen Beitrages an die Kosten der Veröffentlichung stand den Firmen frei, da die IKS dieses Nachschlagewerk nicht als Informationsträger im Sinne des RLA anerkannt hat. Die Herausgabe wurde eingestellt, weil das Werk gemäss Aussagen der Dr. Becker & Partner AG nicht mehr finanziert werden konnte. Das Unternehmen hat sich dahingehend geäussert, dass es erneut ein solches Werk anbieten würde, dies jedoch unter der Voraussetzung, dass Swissmedic vom Vollständigkeitserfordernis absehen würde<sup>74</sup>. Dies ist jedoch – zumindest in nächster Zukunft – unwahrscheinlich.

109. Die Xeromed AG plante die Herausgabe eines Konkurrenzproduktes zum Kompendium (vgl. Rz. 25). Die Gründung des Unternehmens und somit auch die Herausgabe eines Konkurrenzproduktes zum Kompendium wurde nie realisiert und auf unbestimmte Zeit verschoben.

110. Zusätzlich hat auch die dr-ouwerkerk ag ihr Interesse bekundet, ein gedrucktes Werk für FI herauszugeben. Bisher hat sie jedoch noch kein Konkurrenzprodukt auf den Markt gebracht.

111. Die Documed AG rügt, dass die Documed AG durch starke potenzielle Konkurrenz wie z.B. die Zulassungsinhaberinnen oder andere Verlagshäuser wie z.B. Swisscom Directories diszipliniert werde, die gar nicht genannt würden.

112. Die Documed AG verkennt dabei, dass, unabhängig von den beiden genannten Beispielen, von potenzieller Konkurrenz ausgegangen wird, die Interesse daran zeigen, das Kompendium der Documed AG zu konkurrieren. Allerdings sind die Markteintrittsschranken hoch. Dies ist zu einem wesentlichen Teil dadurch bedingt, dass die potenziellen Konkurrenten die Weisungen von Swissmedic einhalten müssen. Nur wer diese Voraussetzungen erfüllt, wird in der Zulassungsverfügung des Arzneimittels als Anbieter für die Publikation der FI namentlich erwähnt. Lediglich solche potenziellen Konkurrenten würden von den Pharmaunternehmen berücksichtigt, da sie ansonsten ihre Publikationspflicht verletzen könnten. Ein potenzieller Mitbewerber müsste deshalb unter anderem in der Lage sein, Swissmedic nachzuweisen, dass es ihm möglich ist, ein vollständiges, zweisprachiges (Deutsch und Französisch) Werk zu drucken und rund 34'000 Exemplare gratis abzugeben.

113. Doch selbst wenn Swissmedic vor der Einführung des Konkurrenzproduktes zum Kompendium in den Zulassungsverfügungen auf diesen potenziellen Konkurrenten hinweisen würde, so würde letzterer versuchen, sämtliche Pharmaherstellerinnen zur Publikation in seinem Werk zu überzeugen. Ansonsten würde ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem potenziellen Konkurrenten und der Documed AG entstehen, da keines der beiden Unternehmen das Vollständigkeitserfordernis alleine erfüllen würde.

<sup>72</sup> Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist.

<sup>73</sup> RPW 2006/4, S. 640, Rz. 91 m.w.H.

<sup>74</sup> Akte Nr. [...].

114. Die Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass schliesslich nur eine Teilnehmerin im Markt bestehen wird, die nicht zwingend die Documed AG sein muss. Die Rahmenbedingungen, die mit den Weisungen von Swissmedic geschaffen wurden, werden den Wettbewerb um den Markt und nicht im Markt spielen lassen. Die Erfüllung sämtlicher Weisungen von Swissmedic verursacht hohe Fixkosten, da bereits im ersten Jahr 34'000 Exemplare produziert und kostenlos an die Fachpersonen verschickt werden müssten. Diese Kosten könnten nur durch die Einnahmen von den Pharmaherstellerinnen für die Publikationsdienstleistung gedeckt werden<sup>75</sup>. Die Aufteilung der Pharmaunternehmen auf zwei Anbieterinnen könnte bei diesen zu ungenügenden Einnahmen für die Deckung der Fixkosten führen, was steigende Publikationspreise zur Folge haben könnte. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass aufgrund dieser Umstände ein natürliches Monopol<sup>76</sup> vorliegen könnte. Diese Frage kann jedoch letztlich offen gelassen werden, da sie für die Beurteilung der allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen der Documed AG nicht von Bedeutung ist.

115. Die Documed AG rügt, dass das Sekretariat bei der Marktstellung der Documed AG von einem natürlichen Monopol ausgehe, es jedoch unterlassen habe zu prüfen, ob irreversible Kosten mit diesem gepaart seien.

116. Die einvernehmliche Regelung wurde abgeschlossen, um das Verfahren auch im Interesse der Documed AG zu vereinfachen und zu beschleunigen. Deshalb wurde es unterlassen, im Detail zu prüfen, ob ein natürliches Monopol seitens der Documed AG vorliegt oder nicht. Zudem hätte eine Analyse und ein eindeutiges Ergebnis nichts am Ausgang des Verfahrens geändert.

117. Neben den hohen Markteintrittsschranken ist der Markt durch zwei Ungewissheiten geprägt, die einen potenziellen Konkurrenten zusätzlich von einem Markteintritt abhalten könnten. Einerseits schliesst Swissmedic nicht aus, dass die Publikation von FI künftig nur online erfolgen muss<sup>77</sup>, was die Amortisation der Investitionskosten für ein gedrucktes Werk gefährden könnte. Andererseits zieht Swissmedic die öffentliche Ausschreibung der Publikation nach wie vor in Betracht (vgl. Rz. 22).

118. Unter diesen Umständen ist fraglich, ob die genannten Unternehmen jemals in den Markt eintreten werden.

119. Die Documed AG hat stets bezweifelt, dass sie als KMU mit einer derart starken Marktgegenseite wie den Pharmakonzernen marktmächtig im Sinne des Kartellgesetzes sein könne<sup>78</sup>. Die Documed AG verkennt dabei, dass sie auf dem Markt für die Publikation von FI Monopolistin ist und die Marktgegenseite nicht auf andere Wettbewerber ausweichen kann. Die Pharmaunternehmen können der Publikationspflicht auch nicht durch die eigene Veröffentlichung ihrer FI nachkommen, da die Zulassungsbehörde die Publikation der FI zusätzlich in einem einzigen Werk verlangt und die Unternehmen somit gezwungen sind, die FI durch die Documed AG publizieren zu lassen. Diese Tatsache zeigt auf, dass die Documed AG auch bei Pharmakonzernen aus einer starken Position auftreten kann.

120. Es kann somit festgestellt werden, dass infolge der hohen Markteintrittsschranken in nächster Zeit nicht mit Markteintritten von Unternehmen zu rechnen ist, die gewillt und in der Lage sind, vollständige Verzeichnisse der FI gedruckt und online zu veröffentlichen. Hinzu kommt, dass die Marktgegenseite aufgrund der Monopolstellung der Documed AG keine disziplinierende Wirkung ausüben kann. Somit ist die marktbeherrschende Stellung der Documed AG im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk gegeben.

### **B.3.1.2.2 Wettbewerb für die Publikation der Patienteninformationen (online) in einem vollständigen Werk**

121. Gemäss Weisungen von Swissmedic reicht bei PI die Onlinepublikation aus. Daher weist Swissmedic in der Zulassungsverfügung für die PI seit Februar 2005 ausdrücklich auch auf die ywesee GmbH hin<sup>79</sup>. Die Pharmaunternehmen haben bei der Publikation ihrer PI somit die Wahl zwischen der ywesee GmbH und der Documed AG.

122. Im Oktober 2005 haben sechs Unternehmen<sup>80</sup> ihre PI durch die ywesee GmbH gegen Entgelt publizieren lassen. Mit Ausnahme der [...], einer Generikaherstellerin, handelt es sich dabei um Herstellerinnen von Komplementärmedizin, die lediglich zur Publikation von PI verpflichtet sind<sup>81</sup>. Bei der dr-ouwerkerk ag hat bisher kein Pharmaunternehmen publiziert.

123. Unternehmen, die zur Publikation von FI verpflichtet sind, publizieren sowohl die FI als auch die PI bei der Documed AG. Obwohl die ywesee GmbH die Publikation der PI billiger anbietet<sup>82</sup> als die Documed AG, verblieben bisher alle diese Unternehmen bei der Documed AG. Offenbar scheint es für die Unternehmen derzeit von Vorteil zu sein, wenn sie sowohl die FI als auch die PI bei einem einzigen Unternehmen publizieren können.

124. Sowohl die ywesee GmbH als auch die dr-ouwerkerk ag haben die PI auf ihren Websites publiziert. Diese Texte haben beide Unternehmen durch das Herunterladen der Texte von der entsprechenden Website der Documed AG und nicht aufgrund von Verträgen mit den Pharmaunternehmen erhalten. Die Publikationsdienstleistungen der ywesee GmbH und der dr-ouwerkerk ag werden durch die Pharmaherstellerinnen,

<sup>75</sup> Die Deckung der Fixkosten durch Werbeeinnahmen ist im Bereich der Arzneimittel aufgrund von Art. 31 f. HMG nur beschränkt möglich.

<sup>76</sup> W. KIP VISCUSI/JOHN M. VERNON/JOSEPH E. HARRINGTON, JR., *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge 1995, S. 476 ff.

<sup>77</sup> Swissmedic-Journal 1/2004, Fn 10, S. 23 f.

<sup>78</sup> Vgl. Akte Nr. [...], S. [...].

<sup>79</sup> Vgl. Akte Nr. [...], S. [...].

<sup>80</sup> Es sind dies die [...], die [...], die [...], die [...], die [...], die [...], die [...], die [...], die [...], die [...].

<sup>81</sup> Auf eine Fachinformation kann verzichtet werden. Das Institut (Swissmedic) kann jedoch in begründeten Fällen die Erstellung einer Fachinformation verlangen (Art. 18 Abs. 1 KPAV).

<sup>82</sup> Die einmalige Aufschaltgebühr bei der ywesee GmbH beträgt CHF [...], unabhängig davon, wie viele PI publiziert werden. Zusätzlich werden jährlich CHF [...] pro PI verrechnet. Zum Vergleich dazu: die Preise der Documed AG für die Publikation von PI sind im Anhang.

mit Ausnahme der oben erwähnten sechs Pharmaunternehmen (vgl. Rz. 122), nicht nachgefragt. Zwar bieten beide Unternehmen den Fachpersonen und dem interessierten Publikum die Möglichkeit zur unentgeltlichen Konsultation von PI an, sie werden aber von den Pharmaunternehmen dafür nicht vergütet. Ausgehend von der vorgenommenen sachlichen Marktabgrenzung (vgl. oben Rz. 85 f.) kann festgehalten werden, dass sie zwar auf dem nachgelagerten Markt tätig sind, auf dem hier interessierenden vorgelagerten Markt für die Publikationsdienstleistung nur eine marginale Stellung einnehmen.

125. Es kann zusammenfassend festgestellt werden, dass im Bereich der Publikation von PI von verschwindend kleiner aktueller Konkurrenz durch die ywesee GmbH gesprochen werden kann, die sich noch nicht disziplinierend auf die Documed AG auszuwirken vermag. Neben der dr-ouwerkerk ag sind dem Sekretariat keine anderen potenziellen Konkurrenten bekannt, die in den Markt für die Publikation von PI online treten möchten. Was die Marktgegenseite anbelangt, kann auf die Rz. 119 verwiesen werden. Aus den genannten Gründen hat die Documed AG somit auch auf dem Markt für die Publikation von PI eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG inne.

### **B.3.1.3. Ergebnis**

126. Die Documed AG verfügt sowohl auf dem Markt für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk, als auch auf dem Markt für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

## **B.3.2. Unzulässige Verhaltensweisen**

### **B.3.2.1. Einleitung**

127. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG ist das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens unzulässig, wenn es durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Diese Formulierung sagt nichts darüber aus, was im konkreten Fall als Missbrauch gelten soll. Klar wird jedoch, dass sich diese Vorschrift allgemein gegen Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände richtet. Zur Konkretisierung der Generalklausel enthält Art. 7 Abs. 2 KG eine nicht abschliessende Aufzählung verschiedener Einzelstatbestände missbräuchlichen Verhaltens<sup>83</sup>.

128. Kein missbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn sachliche Gründe ("legitimate business reasons") das Vorgehen des marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen. Solche sachlichen Rechtfertigungsgründe liegen insbesondere vor, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann<sup>84</sup>.

### **B.3.2.2. Preispolitik der Documed AG**

129. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind insbesondere die Tatbestände der Diskriminierung von Handelspartnern in Bezug auf die Publikationspreise in den Jahren 2004 bis 2007 sowie die Erzwingung von unangemessenen Preisen für die Publikationsdienstleis-

tung durch die Documed AG. Für die Prüfung dieser beiden Tatbestände sind die Preise der Documed AG von Bedeutung, weshalb an dieser Stelle auf ihre Preispolitik eingegangen wird.

<sup>83</sup> SCHMIDHAUSER (Fn 53), Art. 7 N 32; EVELYNE CLERC, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, Tercier/Bovet (éd.), Genève 2002, Art. 7 N 105 ff.

<sup>84</sup> Botschaft 1994 (Fn 50), S. 102; MARKUS RUFFENER, *Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen*, AJP 7/1996, S. 838.

130. Die nachfolgende Tabelle veranschaulicht die Entwicklung der Preise für die Publikation der FI von 2000 bis 2007 anhand des Jahresvertrages (vgl. für die Preis-

entwicklung für die PI, für einen Jahresvertrag und für einen 2-Jahresvertrag, sowie für die FI für einen 2-Jahresvertrag die Tabellen im Anhang).

**Tabelle 1: Entwicklung der Preise für die FI in CHF (Jahresvertrag)**

FI	2000	2001-2003	2004	2005	2006-2007
<b>Basispreis in CHF</b>					
Erstes Produkt (1. Produktgruppe)	0	0	1000	900	900
2. bis 10. Produkt (2. Produktgruppe)	0	0	850	765	765
2. bis 30. Produkt (3. Produktgruppe)	0	0	820	738	738
2. bis 60. Produkt (4. Produktgruppe)	0	0	790	711	711
2. bis 90. Produkt (5. Produktgruppe)	0	0	760	684	684
2. bis über 90. Produkt (6. Produktgruppe)	0	0	730	Nach Absprache (n. A.)	n. A.
<b>Volumenpreis / CHF Spalten/mm</b>					
Veränderter Text	3.50	3.60	1.70	1.70	1.64
Unveränderter Text	3.10	3.10	1.70	1.70	1.52

Quelle: Tariffliste der Documed AG.

131. Von 2000-2003 hat die Documed AG den Pharmaunternehmen für die Publikation von Arzneimittelinformationen (also für die FI und PI) jeweils die Publikationsdienstleistung in Spalten-Millimetern (vgl. Tabelle 1, Rz. 130) verrechnet. Dabei wurde preislich zwischen den neu zu publizierenden Texten und den gegenüber der letzten Ausgabe unverändert übernommenen Texten unterschieden. 2003 hat die Documed AG beispielsweise in einem Jahresvertrag für veränderte Texte der FI CHF 3.60/Spalten-Millimeter verrechnet. Für gegenüber der letzten Ausgabe unverändert übernommenen Texten der FI hat die Documed AG hingegen CHF 3.10/Spalten-Millimeter verrechnet.

132. Im Jahre 2004 hat die Documed AG damit begonnen, neben dem Volumenpreis auch einen Basispreis zu verrechnen (zweistufiger Tarif). Der Basispreis nimmt mit zunehmender Anzahl FI bzw. PI, die ein Pharmaunternehmen publizieren lässt, ab. Seit 2005 (Kompendiumsausgabe 2006) wird für die PI anstatt des Volumenpreises neu ein Produktionspreis verrechnet. Dabei wird pro 100 Zeichen abgerechnet.

133. Der zweistufige Tarif wird anhand zweier Beispiele verdeutlicht. Ein Unternehmen, das 55 FI publiziert, bezahlte im Jahre 2007 (Kompendiumsausgabe 2008) für den ersten publizierten Text CHF 900.-. Für jeden weiteren der restlichen 54 Texte sind CHF 711.- zu bezahlen. Dieses Unternehmen bezahlt somit insgesamt einen Basispreis von CHF 39'294.-. Je nach Länge der Texte fällt der zusätzlich zu bezahlende Volumenpreis höher oder tiefer aus. Ein Unternehmen, das 89 Texte publiziert, bezahlt für den ersten Text ebenfalls CHF 900.-. Für die restlichen 88 Texte werden je CHF 684.- bezahlt. Dieses Unternehmen bezahlt insgesamt einen Basis-

preis von CHF 61'092.--. Der Volumenpreis ist wieder von der Länge der Texte abhängig und somit individuell unterschiedlich.

134. Die Documed AG hat in einem Treffen mit dem Sekretariat ausgesagt, dass die Einnahmen aus den Basispreisen zur Deckung der Dossierführungskosten dienen. Mit Zunahme der zu publizierenden Texte würden die bei der Documed AG verursachten Kosten sinken, weshalb dies über geringere Basispreise an die Pharmaunternehmen weitergegeben würde.

135. Nach Einführung des zweistufigen Tarifs belaufen sich die Einnahmen der Documed AG zu einem Drittel aus dem Basispreis und zwei Dritteln aus dem Volumenpreis. Im Jahre 2006 hat die Documed AG [30 % - 40 %] mit den Basispreisen eingenommen und [60 % - 70 %] mit den Volumenpreisen.



136. Bei Betrachtung der Einnahmen pro Produktgruppe (vgl. Tabelle 2) wird ersichtlich, dass ein Drittel der Einnahmen von den acht Pharmaunternehmen stammen, die je mehr als 90 Texte publizieren (3 % der Unternehmen).

**Tabelle 2: Einnahmen der Documed AG aus den Basispreisen je Produktgruppe und Anzahl publizierender Pharmaunternehmen (PU) im Jahre 2006**

	2006	Anzahl PU 2006
1. Produkt	[0 %-10 %]	57
Bis 10 Produkte	[10 %-20 %]	126
Bis 30 Produkte	[20 %-30 %]	47
Bis 60 Produkte	[10 %-20 %]	14
Bis 90 Produkte	[0 %-10 %]	2
Über 90 Produkte	[30 %-40 %*]	8
Total	100.0 %	254

Quelle: Kompendium. Erarbeitet durch das Sekretariat. \* Schätzung

137. Für die Untersuchung sind folgende in den Jahren 2004-2006 erfolgten Änderungen zentral:

- In den Jahren 2004 und 2005 (Kompendiumsausgaben 2005 und 2006) hat die Documed AG denselben Volumenpreis verrechnet für gegenüber dem Vorjahr unverändert gebliebenen Texten und solchen Texten, die verändert wurden. Der Volumenpreis hat in den beiden Jahren für alle Texte CHF 1.70/Spalten-Millimeter betragen.

- Im Jahr 2005 (Kompendiumsausgabe 2006) hat die Documed AG Basispreise "nach Absprache" für die 6. Produktgruppe (sowohl für FI als auch für PI) eingeführt.

- Im Jahre 2006 (Kompendiumsausgabe 2007) hat die Documed AG erneut einen differenzierten Volumenpreis eingeführt. Bei Abschluss eines Jahresvertrages verrechnet die Documed AG nun CHF 1.64 für veränderte Texte von FI und CHF 1.52 für gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte von FI.

138. Zu erwähnen bleibt, dass sowohl die Basis- als auch die Volumenpreise in den letzten Jahren insgesamt gesenkt wurden (vgl. Tabelle 1, Rz. 130). Hinzu kommt, dass die Basispreise für Unternehmen der 6. Produktgruppe, im Vergleich zu den Basispreisen für Unternehmen der 1.-5. Produktgruppe, überdurchschnittlich gesunken sind (vgl. Rz. 145).

### B.3.2.3. Diskriminierung von Handelspartnern

139. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt insbesondere die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen als missbräuchliches Verhalten in Betracht.

140. Als diskriminierend gilt die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte. Diskriminierende Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens sind insofern wettbewerbsrechtlich relevant, als sie den ungünstiger behandelten Marktpartner benachteiligen und damit zu Wettbewerbsnachteilen führen.

141. Das Verbot der Diskriminierung zielt auch auf Situationen ab, bei denen das marktbeherrschende Unternehmen zwar alle Vertragspartner gleich behandelt, jedoch aufgrund der ungleichen Faktenlage eine Ungleichbehandlung angezeigt wäre<sup>85</sup>. Zudem kann sich eine Diskriminierung des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur auf Handelspartner, sondern auch auf die Konkurrenten auswirken. So haben Treuerabatte, die eine Diskriminierung von Handelspartnern zur Folge haben, auch eine Auswirkung auf potenzielle Konkurrenten, indem ihnen der Markteintritt erschwert wird<sup>86</sup>.

#### B.3.2.3.1 Vereinbarung der Basispreise für die 6. Produktgruppe „nach Absprache“

##### a) Tatbestand der Diskriminierung

142. Wie unter dem Titel Preispolitik der Documed AG (vgl. Rz. 129 ff.) bereits aufgezeigt, hat die Documed AG ab dem Jahr 2005 für die 6. Produktgruppe (Gruppe mit über 90 zu publizierenden Texten) keine Preise in der Preisliste mehr aufgeführt. An Stelle konkreter Basispreise steht der Vermerk "nach Absprache" (vgl. Tabelle 1, Rz. 130).

143. Die Vereinbarung eines Preises "nach Absprache" ist nicht per se kartellrechtlich bedenklich, auch nicht für marktbeherrschende Unternehmen. Eine unzulässige Preisdiskriminierung liegt jedoch vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen von seinen Kunden ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedliche Preise verlangt<sup>87</sup>. Setzt ein marktbeherrschendes Unternehmen Preise unsystematisch und einzelfallweise "nach Absprache" fest, besteht ein höheres Risiko für Preisdiskriminierung.

<sup>85</sup> PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, Baker & McKenzie (Hrsg.), Basel 2007, Art. 7 N 15 f., ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 7 N 109 f.

<sup>86</sup> CLERC (Fn 83), Art. 7 N 166.

<sup>87</sup> REINERT (Fn 85), Art. 7 N 18.

kriminierungen, als wenn ein systematisches, auf sachlichen Gründen basierendes Tarifsysteem besteht.

144. Im vorliegenden Fall hat die Documed AG bewusst ein zweistufiges Tarifsysteem eingeführt, um mit den Basispreisen spezifisch die Dossierführungskosten zu decken und damit selbst ein Element festgelegt, welches für alle Pharmaunternehmen kostenbasiert sein soll. Mit der Einführung verhandelbarer Basispreise wurde die Möglichkeit geschaffen, von der sachlich gerechtfertigten Preisfestsetzung abzuweichen.

145. Die Abklärungen des Sekretariates haben ergeben, dass sich die Basispreissenkungen für die 6. Produktgruppe von 2005-2007 auf [15 %-25 % bis 30 %-40 %] belaufen haben. Die ersten fünf Produktgruppen haben jeweils eine Preissenkung von 10 % erhalten. Der Systembruch von den kostenbasierten Basispreisen zu den Basispreisen "nach Absprache" hat demnach zu einer Diskriminierung zwischen der 1.-5. Produktgruppe und der 6. Produktgruppe geführt, die von einer beträchtlichen Senkung der Preise profitiert hat, ohne dass diese Ungleichbehandlung aufgrund von "legitimate business reasons" gerechtfertigt gewesen wäre (vgl. Rz. 155 ff.).

146. Die Documed AG wendet dabei ein, dass sie gezwungen gewesen sei, die Basispreise "nach Absprache" festzusetzen, da die Pharmaunternehmen der 6. Produktgruppe sie zu Preisreduktionen gedrängt hätten. Zudem sei es ökonomisch nachvollziehbar, dass Grosskunden mehr profitieren als Kleinkunden.

147. Das Argument, dass sie sich dazu gezwungen gesehen hat, ihre Preise in "Absprachen" festzusetzen, ist wenig überzeugend, hat doch die Documed AG ihre Preise in den letzten 20 Jahren selbständig festgesetzt.

148. Diese neu eingeführte Verhandlungsmöglichkeit hat zu einer zusätzlichen Diskriminierung unter den Pharmaunternehmen der 6. Produktgruppe geführt.

149. Die eingereichten Verträge mit Unternehmen, die über 90 Produkte publizieren, lassen darauf schliessen, dass dieses System es ermöglicht hat, auch die Unternehmen der 6. Produktgruppe untereinander zu diskriminieren. Die [XXX] hat beispielsweise im Compendium Ausgabe 2007 [XXX] FI publiziert. Mit [XXX] wurden CHF 900.- für die erste publizierte FI und CHF [430.- - 450.-] je weiterer publizierter FI vereinbart. Die [YYY] hat in derselben Compendiumsausgabe [YYY] FI publiziert. Für die erste FI ist wiederum ein Preis von CHF 900.-- entrichtet worden. Für die weiteren Texte hat die [YYY] einen Basispreis von CHF [400.- - 450.-] pro FI bezahlt. Somit hat [YYY] weniger pro FI bezahlt, als [XXX]. Dieses Beispiel zeigt deutlich, dass sogar innerhalb der 6. Produktgruppe Diskriminierungen stattgefunden haben. Würden kostenbasierte Preise verrechnet, so müsste [XXX] eigentlich weniger als [YYY] bezahlen, da sie bedeutend mehr Texte publiziert.

150. Die Documed AG macht geltend, dass sie bei allen Unternehmen der 6. Produktgruppe, also selbst bei der [YYY], einen kostengerechten und degressiven Basispreis angewendet habe. [YYY] habe einen separat ausgewiesenen Zusatzrabatt erhalten, weil deren Texte im Vergleich zu den Texten der anderen Unternehmen kurz seien und wenig redaktioneller Arbeiten der Documed AG bedürfen.

151. Das Argument der Documed AG, wonach ein "Rabatt" gerechtfertigt gewesen sei, da die Texte der [YYY] kurz seien, ist nicht stichhaltig. Die Länge eines Textes wird bereits bei den Volumenpreisen berücksichtigt und ist nicht von Relevanz bei den Basispreisen, da diese zur Deckung der Dossierführungskosten dienen.

152. Bezüglich der redaktionellen Bearbeitung der Texte hat die Documed AG mit Schreiben vom 11. April 2008<sup>88</sup> zudem zugegeben, [...]. Wären dies kostengerechte Basispreise, so wäre es nicht möglich, dass [YYY] mit [YYY] publizierten FI CHF [YYY].-/FI bezahlt und die [XXX] mit insgesamt [XXX] publizierten FI CHF [430.- - 450.-]/FI bezahlt. Dieses Beispiel zeigt insbesondere auch auf, dass die Möglichkeit, die Basispreise in Absprachen festzulegen, der Documed AG auch künftig ermöglicht hätte, die Unternehmen der 6. Produktgruppe zu diskriminieren. Die geschilderte Vorgehensweise stellt eine Diskriminierung der Unternehmen innerhalb der 6. Produktgruppe dar.

153. Grundsätzlich ist zu begrüssen, dass für Texte mit einem geringen redaktionellen Aufwand ein tieferer Preis zu entrichten ist. Da die Basispreise jedoch zur Deckung der Dossierführung gedient haben, wäre eine solche Preisreduktion bei den Volumenpreisen gerechtfertigt gewesen. Dass die Documed AG bei Volumenpreisen keine preisliche Unterscheidung gemacht hat, unabhängig davon, ob noch redaktionelle Änderungen an den Texten durchzuführen waren oder nicht, ist ein weiterer Diskriminierungsvorwurf (vgl. Rz. 159 ff.). Ein tieferer Volumenpreis für Unternehmen, deren Texte nicht mehr korrigiert werden müssen, wäre für alle Unternehmen gerechtfertigt gewesen und nicht nur für die [YYY].

154. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Einführung der Basispreise "nach Absprache" der Documed AG zu einer zweifachen Diskriminierung geführt hat. Einerseits wurden in Bezug auf die Preise Pharmaunternehmen mit weniger als 90 publizierten Texten gegenüber solchen Unternehmen, die mehr als 90 Texte publizieren, diskriminiert. Andererseits kam es auch zu Diskriminierungen innerhalb der 6. Produktgruppe. Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist somit erfüllt. Die Frage, ob für die Diskriminierung sachliche Rechtfertigungsgründe vorliegen, wird unter Rz. 155 ff. behandelt.

#### **b) Kein Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe**

155. Es sind diverse Gründe denkbar, weshalb die Documed AG Basispreise "nach Absprache" mit den Unternehmen der 6. Produktgruppe vereinbart hat. Die Documed AG selbst hat vorgebracht, dass sie durch die grossen Pharmaunternehmen unter Druck gesetzt worden sei, weshalb sie sich gezwungen gesehen habe, die Preise zu senken. Die Preissenkungen im Jahr 2004 könnten auch dadurch ausgelöst worden sein, dass die Dossierführungskosten generell gesunken sind oder der Vorjahrespreis generell zu hoch war. Schliesslich wäre auch denkbar, dass lediglich der Basispreis für die

<sup>88</sup> Akte Nr. [...], S. [...].

6. Produktgruppe zu hoch war bzw. die Senkung der Dossierführungskosten primär diese Produktgruppe betroffen hat.

156. Gleichgültig welcher dieser möglichen Gründe tatsächlich vorgelegen hat, es liegt in keinem Fall ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Einführung von Basispreisen "nach Absprache" vor. In jedem Fall hätte die Documed AG auf diese möglichen Gründe dadurch angemessen reagieren können, dass sie innerhalb des Preissystems die Basispreise auf der Grundlage kostenbasierter Berechnungen angepasst hätte. Die Documed AG hätte ohne weiteres selbst eine überproportionale Senkung für die 6. Produktgruppe in der Preisliste berücksichtigen können und damit jegliche Diskriminierungen zwischen den Produktgruppen und innerhalb der 6. Produktgruppe verhindern können. Die Einführung eines Verhandlungsspielraums für die Mitglieder der 6. Produktgruppe stellt hingegen keine gerechtfertigte Reaktion auf einen der oben genannten Gründe dar.

### c) Zwischenergebnis

157. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Documed AG Diskriminierungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorgenommen hat, ohne dass dafür sachliche Rechtfertigungsgründe vorgelegen hätten.

158. In der mit der Documed AG am 28. Februar 2008 vereinbarten einvernehmlichen Regelung werden neu die Basispreise für Unternehmen, die über 90 Texte publizieren, wieder aufgelistet. Dabei wurde die 6. Produktgruppe in 7 neue Produktgruppen unterteilt. Diesen Produktgruppen wurden neu kostenbasierte Preise zugewiesen, die die Diskriminierungen unter den Unternehmen beseitigen.

### B.3.2.3.2 Gleiche Volumenpreise für unterschiedliche Dienstleistungen

#### a) Tatbestand der Diskriminierung

159. Bei diesem Preiselement stellt sich die Frage, ob die Documed AG durch die Gleichbehandlung zweier unterschiedlicher Sachverhalte eine unzulässige Diskriminierung begangen hat. Davon betroffen sind die Volumenpreise für FI und PI<sup>89</sup>, die bereits im Vorjahr publiziert wurden und im aktuellen Kompendium übernommen werden können, gegenüber Texten, welche noch angepasst werden mussten und dementsprechend Zusatzaufwand bei der Documed AG verursacht haben.

160. Bis zum Jahr 2004 hat die Documed AG zwei unterschiedliche Volumenpreise in ihrer Preisliste aufgeführt. (1) Einen Volumenpreis für Texte, die bereits publiziert wurden und die nicht mehr verändert werden müssen und (2) einen Volumenpreis für Texte, die erstmalig im Kompendium publiziert werden oder die noch verändert werden müssen.

161. Im Jahre 2004 hat die Documed AG ihre Preispolitik geändert (vgl. Rz. 129 ff.). Während zwei Jahren (Preisliste 2004 und 2005, Kompendiumsausgaben 2005 und 2006) hat die Documed AG betreffend die Volumenpreise keine Unterscheidung gemacht zwischen Texten (sowohl FI als auch PI), die unverändert gegenüber dem Vorjahr übernommen werden konnten und solchen Texten, bei denen noch Korrekturen notwendig waren. Seit 2006 (Ausgabe des Kompendiums 2007) hat

die Documed AG von sich aus wieder tiefere Volumenpreise für Texte eingeführt, die gegenüber dem Vorjahr unverändert übernommen werden können (vgl. Tabelle 1, Rz. 130).

162. Gemäss Angaben von Swissmedic wurden in den Jahren 2000 bis 2004 zwischen 288 und 506 Humanarzneimittel pro Jahr zugelassen. Die Gesamtzahl zugelassener Humanarzneimittel belief sich hingegen zwischen 6'586 und 7'224<sup>90</sup>. Damit machen die Arzneimittelinformationen von Neuzulassungen rund 10 % des Textvolumens des Kompendiums aus. Dies bedeutet, dass der Text von rund 90 % der Arzneimittelinformationen ins Kompendium des Folgejahres übernommen werden kann. Zwar müssen jedes Jahr noch Änderungen an gewissen bereits publizierten Texten vorgenommen werden, z.B. aufgrund von Indikationsänderungen. Die Mehrheit der bereits veröffentlichten Texte wird jedoch nicht mehr überarbeitet. Ein Einheitspreis rechtfertigt sich demnach nicht, wenn berücksichtigt wird, dass gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte weit weniger Kosten verursachen, als Texte, die zu korrigieren sind.

163. Die Documed AG rügt in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, dass nicht nur die Texte der Neuzulassungen (jedes Jahr ca. 10 %) redaktionell neu bearbeitet werden müssten. 40 % aller bereits publizierten Texte müssten im Laufe eines Vertragsjahres massgeblich fachredaktionell mutiert werden. Der Mix von veränderten und unveränderten Texten im Verhältnis 40 zu 60 bei den Pharmaunternehmen pro Jahr halte sich in etwa die Waage. Die Schlussfolgerungen wären nur dann richtig, wenn eine Zulassungsinhaberin ausschliesslich unveränderte bzw. veränderte Texte publizieren würde.

164. Dass diese Behauptung nicht zutreffen kann, belegt die Tatsache, dass im Jahr 2006 (Kompendiumsausgabe 2007) 56 Unternehmen jeweils nur eine Fachinformation publiziert haben. Somit ist es nicht möglich, dass alle Unternehmen in etwa gleich viele zu korrigierende wie nicht mehr zu korrigierende Texte publizieren.

165. Aufgrund der gemachten Ausführungen kann festgehalten werden, dass die Documed AG in den Jahren 2004 und 2005 Diskriminierungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zwischen den Pharmaunternehmen begangen hat. Die Diskriminierung bestand darin, dass Pharmaunternehmen, deren Texte gegenüber dem Vorjahr unverändert im Folgejahr des Kompendiums übernommen wurden, denselben Volumenpreis zu bezahlen hatten, wie Pharmaunternehmen, deren Texte noch verändert werden mussten.

#### b) Kein Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe

166. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind missbräuchlich, wenn sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen.

<sup>89</sup> Ab dem Jahr 2005 ist in der Preisliste für die PI nicht mehr von Volumenpreisen, sondern von Produktionspreisen die Rede. Im Rahmen dieser Verfügung umfasst der Begriff "Volumenpreis" auch die Produktionspreise für die PI ab dem Jahr 2005.

<sup>90</sup> Akte Nr. [...].

167. Die Tatsache, dass die Documed AG vor 2004 eine preisliche Unterscheidung gemacht hat zwischen Texten, die gegenüber dem Vorjahr unverändert blieben und solchen, die verändert wurden, zeigt, dass eine Unterscheidung nicht nur machbar war, sondern auch nicht mit grossem Aufwand für die Documed AG verbunden ist. Zudem sind keine ökonomischen Gründe ersichtlich, welche diese undifferenzierte Behandlung bezüglich der Volumenpreise rechtfertigen würden, da diesbezüglich während Jahren eine preisliche Differenzierung stattgefunden hat. Schliesslich hat die Documed AG ihr Verhalten im Jahr 2006 von sich aus aufgegeben. Ob dies auf Intervention der Pharmaunternehmen stattgefunden hat, auf Eigeninitiative der Documed AG geschah oder aber Resultat des Eingreifens der Weko war, kann offen bleiben.

### c) Zwischenergebnis

168. Zusammenfassend kann als Ergebnis festgestellt werden, dass das Verhalten der Documed AG für das Verrechnen gleicher Volumenpreise für unterschiedliche Dienstleistungen in den Jahren 2004 und 2005 diskriminierend war und keine sachlichen Rechtfertigungsgründe vorlagen, die dieses Verhalten gerechtfertigt hätten.

169. Mit der einvernehmlichen Regelung hat sich die Documed AG verpflichtet, künftig die differenzierten Preise für veränderte und unveränderte Texte beizubehalten.

#### B.3.2.3.3 Ergebnis

170. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Documed AG den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG durch zwei unterschiedliche Verhaltensweisen (Einführung der Basispreise "nach Absprache" für die 6. Produktgruppe sowie dem Verrechnen gleicher Volumenpreise für unterschiedliche Dienstleistungen) erfüllt.

171. Mit der einvernehmlichen Regelung werden diese Diskriminierungen beseitigt.

#### B.3.2.4. Keine Erzwingung unangemessener Preise

172. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. c KG stellt die Erzwingung unangemessener Preise durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eine unzulässige Verhaltensweise dar. Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis unangemessen, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Das KG greift mit anderen Worten dort ein, wo die Preise nicht Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage sind, d.h. in Fällen, bei denen die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist. Auch hohe Preise können indessen gerechtfertigt sein, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen beruht<sup>91</sup>.

173. Zur Prüfung, ob die Documed AG pharmazeutischen Unternehmen unangemessene Preise aufgezungen hat, können zwei Methoden angewandt werden. Gemäss der relativen Methode<sup>92</sup> kann die Unangemessenheit eines Preises bestimmt werden, in dem

tatsächliche Bedingungen auf dem relevanten Markt mit den Bedingungen auf dem relevanten Markt bei wirksamem Wettbewerb ("als-ob Wettbewerb") verglichen werden. Des Weiteren könnte ein Vergleich mit dem Preis in einem anderen geographischen Markt mit funktionierendem Wettbewerb angestrebt werden (benchmark). In jedem Fall kann jedoch nur Vergleichbares miteinander verglichen werden. Ein allenfalls unangemessener Preis kann auch mittels einer zweiten, der sog. absoluten Methode<sup>93</sup>, ermittelt werden. Bei dieser Methode wird der verlangte Preis mit dem Preis verglichen, welcher durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund der Gestehungskosten unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge errechnet wird. Die beiden Methoden schliessen sich dabei nicht aus, sondern ergänzen sich.

#### B.3.2.4.1 Relative Methode

174. Für einen Vergleich mit ausländischen Märkten für die Publikation von Arzneimittelinformationen galt es, diejenigen Länder zu eruieren, die Veröffentlichungen von Arzneimittelinformationen in einer Form kennen, welche mit dem schweizerischen Compendium vergleichbar sind. Zudem sollte der Preis für die entsprechende Publikation auf diesen Märkten das Ergebnis freien Wettbewerbs sein.

175. Einleitend ist hervorzuheben, dass Antworten ausländischer Unternehmen auf Auskunftsbegehren der schweizerischen Wettbewerbsbehörden stets auf freiwilliger Basis erfolgen.

176. Für die vorliegende Untersuchung hat sich ein möglicher Vergleich mit den Ländern Deutschland und Frankreich aufgedrängt.

177. Die beiden Unternehmen, welche sich mit der Veröffentlichung von Arzneimittelinformationen in Deutschland beschäftigen, haben lediglich telefonisch gewisse sekundäre Einzelheiten wie die Anzahl Exemplare und den Seitenumfang bekannt gegeben. Deshalb war ein Vergleich mit den Preisen der deutschen Unternehmen nicht möglich. Dies ist insbesondere deshalb bedauerlich, weil ein solcher Vergleich die Anwendung der relativen Methode und damit die Bezugnahme auf reale Vergleichspreise ermöglicht hätte.

178. Einzig das französische Unternehmen Vidal SA stellte genügend Material für einen Vergleich mit der Documed AG zur Verfügung<sup>94</sup>. Die Vidal SA verfügt auf dem französischen Markt für die Publikation von Arzneimittelinformationen über eine Monopolstellung.

179. Der Vergleich der Preise zweier Monopolistinnen ist nicht gleichermassen aussagekräftig, wie ein Vergleich der Preise einer Monopolistin mit denjenigen eines Unternehmens im Wettbewerb. Da im ersten Fall keiner der Preise Resultat funktionierenden Wettbewerbs ist, besteht die Möglichkeit, dass die Preise beider Monopolistinnen überhöht sind. Immerhin kann festgestellt werden,

<sup>91</sup> Vgl. RPW 2005/1, S. 104, Rz. 300 m.w.H.

<sup>92</sup> RPW 2005/1, S. 104 f., Rz. 301 ff.; RPW 2006/3, S. 437, Rz. 55; CLERC (Fn 83), Art. 7 N 199.

<sup>93</sup> RPW 2005/1, S. 104 f., Rz. 301 ff.; RPW 2006/3, S. 437, Rz. 57; CLERC (Fn 83), Art. 7 N 200.

<sup>94</sup> Akte Nr. [...].

dass die Preise der Vidal SA aufgrund der zur Verfügung gestellten Informationen ein wenig höher sind, als die Preise der Documed AG. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des grösseren Umfangs des Werkes der Vidal SA<sup>95</sup> sowie der grösseren Anzahl Gratisexemplare, die an die Fachpersonen verteilt werden<sup>96</sup>.

180. In Ermangelung der Möglichkeit, die Preise der Documed AG mit den Preisen eines im Wettbewerb stehenden Unternehmens zu vergleichen, orientiert sich die weitere Analyse an der absoluten Methode.

#### B.3.2.4.2 Absolute Methode

181. Für die Kostenanalyse der Produkte oder Dienstleistungen eines Unternehmens kann man die Vorgehensweise "von oben nach unten" oder "von unten nach oben" wählen:

182. Bei der ersten Variante versuchen die Wettbewerbsbehörden zu ermitteln, ob gewisse Kostenposten des monopolistischen oder marktbeherrschenden Unternehmens überhöht sind, d.h. nicht den Kosten entsprechen, die üblicherweise zu erwarten wären. Einmal ausfindig gemacht, werden diese Kosten auf ein Niveau gesenkt, welches kommerziell gerechtfertigt erscheint. Ziel ist die Senkung der Preise, welche durch eine Reduktion der Gesamtkosten erreicht werden kann.

183. Im vorliegenden Fall wurde die finanzielle Situation der Documed AG unter Berücksichtigung folgender Elemente analysiert: a) der Gewinne der Documed AG, b) des Verhältnisses zwischen den effektiven Kosten für die veröffentlichten Texte auf Papier (der Druck des Kompendiums erfolgt durch ein externes Unternehmen) und der Gesamtkosten, c) des Vergleiches der Kosten einer Veröffentlichung auf Papier mit einer Offerte, die die ywesee GmbH im Jahre 2003 erhalten hatte, d) der Kosten für qualifiziertes Personal, welches von der Documed AG angestellt wurde. Die Analyse hat es nicht erlaubt, der Documed AG nachzuweisen, dass sie unangemessene Preise erzwungen hat, zumal diese ihre Preise in den letzten Jahren kontinuierlich gesenkt hat.

184. Die erwähnte, zweite Vorgehensweise ist komplexer. Sie versucht die folgende Frage zu beantworten: Welches wären heute die notwendigen Investitionen, um das Produkt auf den Markt des monopolistischen oder marktbeherrschenden Unternehmens zu bringen. Ziel ist es, die Produktionskosten zu kalkulieren, die ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen, verglichen mit denjenigen der Monopolistin, hätte. Wären die effektiven Kosten der Documed AG bedeutend höher als die berechneten Kosten, so hätte dies den Schluss zugelassen, dass die Preise der Documed AG ebenfalls zu hoch und damit unangemessen sind.

185. Im vorliegenden Fall ist ein Unternehmen vorhanden, das in den Markt für die Publikation von FI eintreten möchte. Es handelt sich dabei um die dr-ouwerkerk ag (vgl. Rz. 110). Insofern hätte es nahe gelegen, die geschätzten Kosten der dr-ouwerkerk ag für einen Markteintritt mit den tatsächlichen Kosten der Documed AG zu vergleichen. In Anbetracht der zahlreichen Unsicherheiten, die mit diesem Projekt selbst und den im Rahmen des Projektes zu schätzenden Kosten verbunden gewesen wären, wäre die Aussagekraft des Ver-

gleiches gering gewesen, so dass darauf verzichtet wurde.

186. Die dr-ouwerkerk ag rügt in ihrer Stellungnahme, dass lediglich die Basispreise überprüft wurden und die Volumenpreise nicht, die zur Deckung der Produktions- und der Verteilungskosten für das Kompendium gedient hätten. Die Einnahmen aus den Volumenpreisen würden die Produktions- und die Logistikkosten deutlich übersteigen und aufzeigen, dass die Documed AG unangemessene Preise erzwingen würde.

187. Der Vorwurf der dr-ouwerkerk ag trifft nicht zu. Es wurden nicht nur die Basispreise, sondern auch die Volumenpreise überprüft. Allein die Tatsache, dass die Einnahmen aus den Volumenpreisen die Produktions- und Logistikkosten übersteigen, lässt nicht ohne weiteres den Schluss zu, die Documed AG würde unangemessene Preise erzwingen. Es bleibt noch zu berücksichtigen, dass die Documed AG sowohl ihre Basis- als auch die Volumenpreise seit 2004 kontinuierlich gesenkt hat.

188. Die ywesee GmbH rügt, dass die Kosten der Documed AG aufgeteilt hätten werden müssen in die (1) Kosten für das Erfassen der Texte, (2) Publikationspreise der FI im Buch und die (3) Onlinepublikationspreise für die FI und PI. So hätten die Kosten der Documed AG für das Erfassen mit denjenigen Kosten für das Erfassen der ywesee GmbH verglichen werden können.

189. Bei der Documed AG publizieren über 230 Pharmaunternehmen mehr als 3'000 FI. Im Vergleich dazu publizieren 4 Pharmaunternehmen ihre FI aufgrund eines Vertrages bei der ywesee GmbH. Es ist selbstredend, dass die Erfassungskosten der Documed AG mit den Unternehmen, mit denen ein Publikationsvertrag geschlossen wurde, höher ausfallen würden. Nun bringt die ywesee GmbH vor, dass sie eine Software programmiert hat, mit der Word-Files übernommen werden und direkt online aufgeschaltet werden. Damit werden auch die Texte von der Homepage der Documed AG übernommen und online aufgeschaltet. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass bei dieser Ausgangslage bei der Documed AG für die Kundenbetreuung, das Personal und die Räumlichkeiten höhere Kosten anfallen als bei der ywesee GmbH. Aufgrund des Gesagten lassen sich die Erfassungskosten der Documed AG nicht mit den Erfassungskosten der ywesee GmbH vergleichen.

190. Zusätzlich bringt die ywesee GmbH vor, dass der Umstand, dass nicht alle Pharmaunternehmen ihre FI im Buch publizieren würden, obwohl sie dazu verpflichtet wären, beweise, dass die Documed AG unangemessene Preise erzwingen. Würde die Buchpublikationspflicht abgeschafft, würden gemäss ywesee GmbH mehr Pharmaunternehmen die Texte online publizieren.

<sup>95</sup> Das Werk der Vidal SA enthält im Vergleich mit dem Kompendium der Documed AG mehr Texte, es umfasst eine höhere Seitenzahl sowie Spalten pro Seite.

<sup>96</sup> 105'000 Exemplare der Vidal SA gegenüber 34'000 Exemplaren der Documed AG.

191. Allein aus der Tatsache, dass die Pharmaunternehmen die Texte der Arzneimittelinformationen nicht gedruckt publizieren, lässt sich nicht ableiten und schon gar nicht beweisen, dass die Documed AG unangemessene Preise für die Publikation dieser Texte erzwingt.

192. Wären die Preise der Documed AG der einzige Grund, der die Pharmaunternehmen dazu veranlasst, die Texte nicht bei der Documed AG gedruckt zu publizieren, so könnten sie die Texte bereits heute zumindest online bei der ywesee GmbH publizieren und so ihren Publikationswillen zeigen. Dass sie dies nicht tun, zeigt auf, dass diese Unternehmen ihre FI nicht wegen den angeblich unangemessenen Preisen der Documed AG nicht im Kompendium publizieren. Es lässt allenfalls den Schluss zu, dass die Aufhebung der Buchpublikationspflicht diejenigen Pharmaunternehmen, die die FI bisher nicht gedruckt publiziert haben, nicht dazu veranlassen würde, online zu publizieren. Die Argumentation der ywesee GmbH würde höchstens den Schluss zulassen, dass allenfalls ihre Preise für die Onlinepublikation zu hoch sein könnten, da ansonsten mehr Pharmaunternehmen ihre FI bei ihr publizieren würden.

### B.3.2.4.3 Ergebnis

193. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine der beiden Methoden genügend Anhaltspunkte hervorgebracht hätte, die darauf hindeuten würden, dass die Documed AG unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwingt. Aus diesem Grund konnte auf eine vertiefte Analyse verzichtet werden.

### B.3.2.5. Keine Koppelungsgeschäfte

#### B.3.2.5.1 Allgemeines

194. Als missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens fallen auch an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingungen, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen anzunehmen oder zu erbringen haben (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG).

195. Durch diesen Tatbestand soll der Vertragspartner eines Anbieters gezwungen werden, eine Dienstleistung anzunehmen, an der er unter Umständen kein Interesse hat, weil die Zusatzleistung nicht benötigt wird oder diese bei einem anderen Anbieter günstiger bezogen werden kann<sup>97</sup>. Das marktbeherrschende Unternehmen nutzt die Abhängigkeit des Vertragspartners, um beim Abschluss von Verträgen die Abnahme zusätzlicher Güter oder Leistungen zu erzwingen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Das marktmächtige Unternehmen dehnt so die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des ursprünglichen Produkts ("tying product") auf den Markt des zusätzlichen Produkts ("tied product") aus<sup>98</sup>. Gleichzeitig wird mit solchen Geschäften auch das Verdrängen von Konkurrenten aus dem Markt bezweckt<sup>99</sup>. Da der Konsument für denselben Preis zwei Produkte erhält, ist wenig wahrscheinlich, dass er das gekoppelte Produkt von einem anderen Unternehmen beziehen wird, da er sonst doppelt bezahlen würde. Zudem vermindern Koppelungsgeschäfte die Preistransparenz<sup>100</sup>.

196. Problematisch kann zuweilen die Frage sein, ob es sich tatsächlich um zwei Güter bzw. Dienstleistungen

handelt, die aneinander gekoppelt werden, oder ob es sich um ein Gut bzw. eine Dienstleistung handelt. Bei Dienstleistungen, die verschiedenen Märkten zugeordnet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um zwei Leistungen und nicht lediglich um eine Leistung handelt<sup>101</sup>.

#### B.3.2.5.2 Keine Koppelung der Publikationsdienstleistung bezüglich der FI gedruckt und online

197. Die Publikation von FI online und gedruckt erscheinen in einem so engen Zusammenhang, dass es fraglich ist, ob beim gemeinsamen Anbieten dieser Dienstleistungen eine Koppelung i.S. des Kartellgesetzes in Frage kommen kann.

198. Die ywesee GmbH hat in ihrer Stellungnahme mehrmals gerügt, dass die Documed AG Dienstleistungen koppelt, indem sie nach der Publikation der FI gedruckt die FI automatisch online schaltet und lediglich einen Preis für beide Dienstleistungen von den Pharmaunternehmen verlangt.

199. Vorliegend ist fraglich, ob die Documed AG allenfalls mit der automatischen Onlinepublikation der Texte der FI den Koppelungstatbestand erfüllt. Sobald die Texte für die gedruckte Version aufbereitet wurden und für den Druck bereit sind, ist die Hauptarbeit für die Documed AG erledigt. Die Onlinepublikation dieser Texte verursacht bei der Documed AG im Vergleich zum Standardprozess (Erfassen des Textes in die Kompendiumsdatenbank, Kontrolle des Textes auf Vollständigkeit, Klärung der Unklarheiten mit dem Pharmaunternehmen oder Swissmedic, Einfügen des Textes ins korrekte Wirkstoffregister und therapeutische Register, definitives Erfassen des Textes nach dem "Gut zum Druck")<sup>102</sup> vergleichsweise tiefe Kosten. Gemäss Angaben der Documed AG haben sich die Kosten für die Onlinepublikation der FI im Jahre 2005 auf lediglich CHF [...] belaufen. Im Gegensatz dazu beliefen sich die Kosten für den Standardprozess auf CHF [...], 2006 auf CHF [...]. Die Kosten für die Onlinepublikation haben lediglich CHF [...] betragen<sup>103</sup>.

200. Die ywesee GmbH rügt in ihrer Stellungnahme, dass die Texte sowohl für die Onlinepublikation als auch für die gedruckte Publikation der Texte online erfasst werden und dass es sich dadurch rechtfertigen würde, die Kosten für die gedruckte Version und die Onlineversion gleichmässig zu verteilen.

<sup>97</sup> Botschaft 1994 (Fn 50), S. 109.

<sup>98</sup> DALLAFIOR (Fn 85) Art. 7 N 144; CLERC (Fn 83), Art. 7 N 267 f; BLAISE CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence, Zürich 2004, Rz. 28.

<sup>99</sup> REINERT (Fn 85), Art. 7 N 38.

<sup>100</sup> CLERC (Fn 83), Art. 7 N 267 f.

<sup>101</sup> ZÄCH (Fn 51), Rz. 703 ff.

<sup>102</sup> Akte Nr. [...].

<sup>103</sup> Die effektiven Kosten für die Onlinepublikation liegen sogar noch etwas tiefer, da darin auch noch die Kosten für die Publikation auf CD-ROM enthalten sind.

201. Die gedruckte Publikation der FI ist die primär nachgefragte Dienstleistung der Pharmaunternehmen. Die Onlinepublikation ist für die Unternehmen nur die logische Folge aus dem gedruckten Werk. Zudem können sie so von Verbundvorteilen profitieren. Ob sich diese nun in den Preisen für die gedruckte Version niederschlagen oder für die Onlineversion kein Entgelt verlangt wird, ist nicht von Belang. Jedenfalls erscheint ein Ausweisen von separaten Preisen als nicht effizient. Aufgrund der Verbundvorteile kann die Documed AG die Publikation von FI online billiger anbieten als ein Unternehmen, das die Publikation von FI nur online anbietet. Bei den Pharmaunternehmen würde zudem ein zusätzlicher administrativer Aufwand anfallen, wenn sie für die Publikation online und gedruckt mit zwei verschiedenen Anbietern arbeiten würden. So ist es denn auch bezeichnend, dass sich bei den Antworten auf die Fragebogen kein Pharmaunternehmen beschwert hat, dass die Documed AG die Publikation der FI gedruckt und online zu einem Preis vornimmt. All diese Gründe sprechen dafür, dass keine unzulässige Koppelung stattfindet.

202. Solange Swissmedic die Publikation der FI gedruckt und online fordert, werden die Pharmaunternehmen ihre FI gedruckt und online beim selben Unternehmen publizieren. Diese Situation kann nicht der Documed AG angelastet werden, sondern ist auf die Vorgaben der Swissmedic zurückzuführen. Es kann daher auch nicht von einer unzulässigen Koppelung von Dienstleistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG durch die Documed AG ausgegangen werden.

#### **B.3.2.5.3 Keine Koppelung von Publikationsdienstleistungen und Korrekturarbeiten**

203. Die Documed AG erbringt im Rahmen der Publikationsdienstleistung neben dem Standardprozess noch Zusatzleistungen in Form von Korrekturarbeiten an den eingereichten Texten, ohne diese jedoch separat in der Preisliste auszuweisen oder den betreffenden Unternehmen in Rechnung zu stellen. Zwar steht in der Preisliste, dass Sonderaufwendungen aufgrund unvollständig oder unsauber eingereicher Texte separat in Rechnung gestellt werden. Gemäss Angaben der Documed AG wurde dies jedoch bisher noch nie getan. Es stellt sich daher die Frage, ob dieses Vorgehen eine unzulässige Koppelung von Publikationsdienstleistungen und Korrekturarbeiten darstellt, zumal auch Unternehmen existieren, die sich auf solche Korrekturarbeiten spezialisiert haben<sup>104</sup>.

204. Gemäss Angaben der Documed AG sind im Jahr 2005 CHF [...] der Kosten für die Publikation auf den Standardprozess entfallen. Die Kosten für die redaktionellen Zusatzleistungen wie z.B. Umformulierungen oder sonstige Korrekturarbeiten haben sich auf CHF [...] belaufen<sup>105</sup>. Die Korrekturkosten sind im Vergleich zu den Standardprozesskosten vernachlässigbar tief. Eine Differenzierung zwischen Standard- und Korrekturkosten sowie deren gesonderte Inrechnungstellung ist nicht angezeigt, da es wahrscheinlich erscheint, dass dies insgesamt zu höheren Kosten führen würde. Grundsätzlich hätten die Pharmaunternehmen die Möglichkeit, gegenüber der Documed AG durchzusetzen, dass die durch Swissmedic zugelassenen Texte nicht mehr ver-

ändert werden. In diesem Fall würden die Kosten für Korrekturarbeiten auf ein Minimum reduziert werden. Da dies jedoch noch nicht geschehen ist, kann davon ausgegangen werden, dass es im Interesse der Pharmaunternehmen ist, dass die Documed AG eine Endkontrolle der Texte von Arzneimittelinformationen vor der Publikation vornimmt.

205. Es kann festgestellt werden, dass keine unzulässige Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG zwischen Publikationsdienstleistungen und Korrekturarbeiten besteht.

#### **B.3.2.5.4 Ergebnis**

206. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keiner der oben untersuchten Verhaltensweisen der Documed AG den Koppelungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG erfüllt.

#### **B.3.2.6. Keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen**

207. Grundsätzlich ist auch ein Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung frei, seine Geschäftspartner auszuwählen. Die marktbeherrschende Stellung hat für das betroffene Unternehmen nicht einen generellen Kontrahierungszwang zur Folge. Ein Missbrauch kann aber vorliegen, wenn das Unternehmen in beherrschender Stellung über wichtige, nicht in kurzer Zeit duplizierbare Einrichtungen oder eine faktische Monopolstellung verfügt und durch die Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen verhindert, dass aktuelle oder potenzielle Konkurrenten in den Markt treten<sup>106</sup>.

208. Die Untersuchung wurde unter anderem auch wegen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen eröffnet, da sich die ywese GmbH beschwert hatte, dass sie nicht in den Markt treten könne, da nur die Documed AG in Besitz der vollständigen Sammlung der FI und PI sei. Ein Wettbewerber könne nur in den Markt eintreten und die Publikationsdienstleistung von FI und PI anbieten, wenn er über alle bisher publizierten Texte verfüge, da Swissmedic die Publikation in einem vollständigen Werk verlange.

209. Zwar wurden Vertragsverhandlungen über die Herausgabe der vollständigen Sammlung dieser Texte geführt. Die Documed AG hat jedoch ein Entgelt von CHF [...] für die Sammlung der FI und PI verlangt. Deshalb wurde von der ywese GmbH vorgebracht, dass ein derart hohes Entgelt einer faktischen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG gleichkomme.

210. Verfolgt man den Ansatz weiter, so wäre bei Nichterfüllung des Tatbestandes weiter zu prüfen, ob allenfalls ein Entgelt von CHF [...] einen unangemessenen Preis gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellen könnte.

<sup>104</sup> Es sind dies die Maras AG, die Phytocon GmbH, die Medana AG, die Medius AG, die PFC Pharma Focus AG, die Health and Beauty Marketing Swiss GmbH, Pharmadossier, die Drac AG, Five Office Ltd. Logos of Science Healthcare & Project Management, die RCC Ltd. und die PharmaPart AG.

<sup>105</sup> Akte Nr. [...], Beilage [...].

<sup>106</sup> BORER (Fn. 50), Art. 7 N 11 ff.

211. Die ywesee GmbH hat die bei der Documed AG auf deren Website publizierte FI und PI bereits 2004 heruntergeladen und auf der eigenen Website veröffentlicht. Das Bundesgericht hat in der Zwischenzeit entschieden, dass die Texte des Kompendiums keinen Urheberrechtsschutz geniessen, so dass dieses Vorgehen der ywesee GmbH zulässig ist<sup>107</sup>. Damit kann die ywesee GmbH seit 2004 gratis und ohne Vertragsabschluss mit der Documed AG auf die notwendigen Daten zugreifen, so dass die Beurteilung des Verhaltens der Documed AG obsolet ist.

### B.3.2.7. Weitere Rügen der ywesee GmbH und der dr-ouwerkerk ag

212. Sowohl die ywesee GmbH als auch die dr-ouwerkerk ag machen geltend, dass die Documed AG weitere Produkte neben dem Kompendium produziert. Diese würden durch die hohen Einnahmen für die Publikation der FI und PI quersubventioniert.

213. Es wurden im Verlauf des Verfahrens keinerlei Indizien gefunden, die den Schluss zugelassen hätten, dass die Documed AG die anderen Produkte aus den Gewinnen mit dem Kompendium quersubventioniert hätte.

214. Sowohl die ywesee GmbH als auch die dr-ouwerkerk ag rügen, dass die Untersuchung nicht die "Verknüpfung der Galexis AG mit der Documed AG" berücksichtige. Beides sind Tochtergesellschaften der Galenica AG, gehören also zur gleichen Gruppe. Es sind jedoch juristisch selbständige Unternehmen. Die Untersuchung wurde gegen die Documed AG wegen allfälligen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Publikation von Arzneimittelinformationen eröffnet. Es hat keine Indizien gegeben, die eine Erweiterung der Untersuchung auf die Galexis AG gerechtfertigt hätten.

### B.3.3. Gesamtergebnis

215. Die Documed AG ist auf den Märkten für die Publikation von FI gedruckt und online in einem vollständigen Werk sowie für die Publikation von PI online in einem vollständigen Werk ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Die Documed AG hat ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie Diskriminierungen von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG begangen hat.

### B.4. Einvernehmliche Regelung

216. Die mit der Documed AG abgeschlossene einvernehmliche Regelung trägt den festgestellten missbräuchlichen Verhaltensweisen vollumfänglich Rechnung. Dadurch ist sichergestellt, dass die beanstandeten Diskriminierungen nicht mehr zwischen den Pharmaunternehmen vorliegen. Zusätzlich ist mehr Transparenz und Objektivität bezüglich der Preise gewährleistet. Was die Diskriminierung beim Verrechnen gleicher Volumpreise für unterschiedliche Dienstleistungen anbelangt, so hat die Documed AG dieses Verhalten von sich aus im Verlaufe des Verfahrens beendet. Deshalb wird unter B. I. der einvernehmlichen Regelung von „beibehalten“ gesprochen.

217. Die mit der Documed AG unterzeichnete einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

### A. Vorbemerkungen:

a. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0178 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b. Der Wille und die Bereitschaft der Documed AG zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 40'000.- bis 60'000.- zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Weko. Sie erfolgt definitiv in der Verfügung der Weko, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

c. Sollte diese einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die SVKG<sup>108</sup> durch die Weko festgelegt.

d. Die Documed AG hält daran fest, dass vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG vorliegen. Sie bestreitet die marktbeherrschende Stellung und deren Missbrauch seitens der Documed AG. Die Documed AG verzichtet aber, im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die Weko und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. b) im Sinne von Bst. a), auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.

e. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Verfahrens 32-0178 (Vorabklärung und Untersuchung) zu Lasten der Documed AG.

### B. Vereinbarungen:

I. Die Documed AG verpflichtet sich, für "gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte" von Fach- und Patienteninformationen tiefere Volumen- bzw. Produktionspreise als für veränderte Texte beizubehalten.

II. Die Documed AG verpflichtet sich, ab Ausgabe 2009 des Arzneimittelkompendiums der Schweiz (Kompendium) Ziff. 4 der Beilage 1 der "Bestätigung Arzneimittelkompendium der Schweiz" (Preisliste) folgendermassen zu ändern:

Der Basispreis für die Produktgruppe "2. bis über 90. Produkt – nach Absprache" ist sowohl für die Fach- als auch für die Patienteninformationen durch ausgewiesene, kostengerechte Beträge in der Preisliste zu ersetzen.

III. Die Documed AG reicht dem Sekretariat 14 Tage nach Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung die angepasste Preisliste sowie die Kopien aller aktuellen Verträge mit Unternehmen, die über 90 Fach- und/oder Patienteninformationen publizieren, ein.

<sup>107</sup> BGE 134 III 166.

<sup>108</sup> Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, [SVKG]; SR 251.5).



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

## **B.5. Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen**

### **B.5.1. Allgemeine Ausführungen**

#### **B.5.1.1. Einleitung**

218. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mit einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt<sup>109</sup>.

219. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

#### **B.5.1.2. Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG**

##### **B.5.1.2.1 Unternehmen**

220. Die in Art. 49a Abs. 1 KG beschriebene Wettbewerbsbeschränkung muss von einem Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG begangen werden. Die Documed AG ist als solches Unternehmen zu qualifizieren (vgl. Rz. 44).

##### **B.5.1.2.2 Unzulässige Verhaltensweise**

221. Sanktionierbar gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind unzulässige Abreden von Unternehmen gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG sowie unzulässige Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen gemäss Art. 7 KG. Denn in ihrer schädlichen Wirkung für das Funktionieren des Wettbewerbs unterscheiden sich die Fälle missbräuchlicher Ausübung von Marktmacht nicht von den harten Horizontal- und Vertikalabreden<sup>110</sup>.

222. Unter Rz. 139 ff. wurde festgestellt, dass sich die Documed AG seit Einführung der neuen Preispolitik im November 2004 (Kompendiumsausgabe 2005) unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verhalten hat. Folglich ist das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

##### **B.5.1.2.3 Vorwerfbarkeit**

223. Die Besonderheit von Verwaltungsanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden kann. Die Botschaft hält explizit fest, dass die Verwaltungsanktion, im Gegensatz zu einer Strafsanktion, kein Verschulden voraussetzt<sup>111</sup>. Die Weko hat in ihrer bisherigen Praxis daher explizit festgehalten, dass der Nachweis des Verschuldens keine Voraussetzung für die Verhängung von Verwaltungsanktionen nach Art. 50 ff. KG darstellt<sup>112</sup>.

224. In ihrer aktuellen Praxis zum neuen Art. 49a Abs. 1 KG<sup>113</sup> nahm die Weko Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) (zu Art. 51 KG), welche den Schluss nahe legt, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven

Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen<sup>114</sup>. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können<sup>115</sup>. Somit muss ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und somit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG dem Unternehmen als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können muss<sup>116</sup>.

225. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 102 StGB<sup>117</sup> (bzw. vor der Revision Art. 100quater aStGB) betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden können, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann<sup>118</sup>. Ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen. Ob darüber hinaus auch Art. 6 EMRK<sup>119</sup> zur Anwendung gelangen muss<sup>120</sup>, kann offen bleiben.

226. In seinem neusten Entscheid führt das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) zu dieser Frage bloss aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Weko i.S.d. Rechtsprechung der REKO/WEF eine "subjektive Vorwerfbarkeit" der Verhaltensweise der Beschwerdeführerin feststellt<sup>121</sup>.

<sup>109</sup> Botschaft 2001 (Fn 68), S. 2033 ff.

<sup>110</sup> Botschaft 2001 (Fn 68), S. 2036.

<sup>111</sup> Botschaft 2001 (Fn 68), S. 2034.

<sup>112</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 660, Rz. 228; RPW 2001/1, S. 152, Rz. 35; RPW 1998/4, S. 617 f., Rz. 24 und 28.

<sup>113</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 660 ff., Rz. 228 ff.; RPW 2007/2, S. 233 ff., Rz. 307 ff.; RPW 2007/2, S. 297 ff., Rz. 391 ff.

<sup>114</sup> Vgl. REKO/WEF, RPW 2002/2, S. 393 ff. und S. 398 ff.; RPW 2002/3, S. 533 f., Rz. 47 ff.

<sup>115</sup> Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, RPW 2002/2, S. 399 f.: In diesem Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen beispielsweise dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseres Wissen – im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften – während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörden von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

<sup>116</sup> I.d.S. BORER (Fn 50), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.H.

<sup>117</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 ([StGB]; SR 311.0).

<sup>118</sup> Dazu und zum Folgenden BORER (Fn 50), Art. 49a N 10 ff. m.w.H.

<sup>119</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ([EMRK]; SR 0.101).

<sup>120</sup> Vgl. REKO/WEF, RPW 2002/2, S. 393 ff., E. 3; sowie etwa PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 N 5; PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 515 ff., 526, 520; BORER (Fn 50), Art. 49a N 2; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, 129 f. m.w.H.

<sup>121</sup> Vgl. BVGer, RPW 2007/4, S. 672, E. 4.2.6.

227. Tatsächlich liegt in casu ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit seitens der Documed AG vor. Aufgrund des seit September 2004 hängigen Verfahrens (Eröffnung Vorabklärung) musste die Documed AG für die Frage des allfälligen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung sensibilisiert sein.

228. Die Documed AG rügt nun in ihrer Stellungnahme, dass die Vorwürfe bezüglich der Diskriminierung von Handelspartnern nicht bereits in der Vorabklärung geltend gemacht wurde, sondern zum ersten Mal am 27. Juni 2007 vorgebracht wurden. Wenn das Sekretariat diese "Befunde" vor den Verhandlungen über die einvernehmliche Regelung nicht als wettbewerbsrechtlich problematisch erkannt habe, könne daraus auch der Documed AG keine Vorwerfbarkeit konstruiert werden. Dieses Argument ist unbehelflich, denn es ist unerheblich, wann das Sekretariat die Vorwürfe bezüglich der Diskriminierung von Handelspartnern der Documed AG zum ersten Mal unterbreitet hat. Im Allgemeinen sollte ein marktbeherrschendes Unternehmen und insbesondere eine Monopolistin wie die Documed AG, stets Sorge tragen, damit es seine Stellung nicht missbraucht. Es ist auch nicht üblich, dass man der Partei im Laufe des Untersuchungsverfahrens Auskunft über weitere mögliche Vorwürfe gibt. Bereits mit der Zustellung des Schlussberichtes zur Vorabklärung musste die Documed AG für die Frage des allfälligen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung sensibilisiert sein, spätestens jedoch im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung wegen allfälligen Missbrauchs eines marktbeherrschenden Unternehmens. Ab diesem Zeitpunkt musste der Documed AG bewusst sein, dass sie als möglicherweise marktbeherrschendes Unternehmen Art. 7 KG zu beachten hat und die darin beschriebenen unzulässigen Verhaltensweisen zu vermeiden hat. Dabei spielt es weder eine Rolle, unter welchen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG das Verhalten letztlich subsumiert wird (in casu unter den Diskriminierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), da die Abgrenzungen zwischen diesen Tatbeständen teilweise fließend sind, noch ob ein Verhalten über die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfasst wird. Im vorliegenden Fall hätte die Documed AG gerade bei Veränderungen im sensiblen Bereich der Preisfestsetzung sicherstellen müssen, dass sie Art. 7 KG nicht verletzt. Dabei hätte sie die durch das neue Preismodell verursachten Diskriminierungen zwischen verschiedenen Handelspartnern erkennen und vermeiden müssen.

229. Aus dem Gesagten folgt, dass zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung der Documed AG vorliegt, wodurch die (subjektive) Vorwerfbarkeit begründet wird.

#### B.5.1.2.4 Ergebnis

230. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Documed AG aufgrund der Diskriminierungen, welche durch die Einführung ihrer neuen Preismodelle ab dem Jahr 2004 verursacht wurden, den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt und daher zu sanktionieren ist.

### B.5.2. Sanktionsbemessung für die Documed AG

#### B.5.2.1. Einleitung

231. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit

einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG).

232. Zur Bemessung des Sanktionsbetrags wird in der Botschaft konkretisiert, dass der Sanktionsrahmen von 0-10 % in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, es aber den Behörden auch ermöglicht, in geringfügigen Fällen Beträge von lediglich symbolhaftem Charakter zu belasten. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: die Höhe der Sanktion könne in solchen Fällen entsprechend herabgesetzt werden<sup>122</sup>. Damit steht der Weko von Gesetzes wegen ein gewisser Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemäßem Ermessen auszuschöpfen hat. Dabei hat sie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten<sup>123</sup>.

233. Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden weiter in der SVKG geregelt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann<sup>124</sup>.

234. Trotz der in der SVKG festgelegten Vorgehensweise handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände<sup>125</sup>. Dabei wiederholt Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich den Grundsatz, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten ist.

#### B.5.2.2. Konkrete Sanktionsbemessung

235. Ausgangspunkt für die konkrete Sanktionsbemessung bildet gemäss der SVKG der Basisbetrag. Der Basisbetrag beträgt je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren und danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes zusätzliche Jahr. Schliesslich

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft 2001 (Fn 68), 2037 f.

<sup>123</sup> Vgl. RPW 2007/2, S. 299, Rz. 400.

<sup>124</sup> Vgl. zum Ganzen die "Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)" des Sekretariats der Weko (im Folgenden: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der Weko (<http://www.weko.admin.ch/imperia/md/images/weko/33.pdf>, besucht am 17. April 2008).

<sup>125</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz. 242 (mit Nw. zur vergleichbaren europäischen Praxis in Fn 267); RPW 2007/2, S. 235, Rz. 320; RPW 2007/2, S. 299, Rz. 401. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis des BVGer überein (vgl. BVGer, RPW 2007/4, S. 673 f., E. 4.3.3–E. 5).

sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können<sup>126</sup>.

236. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der Weko besteht. Da der Basisbetrag die Grundlage für die weiteren Berechnungsschritte darstellt, ist festzuhalten, dass auch für Verstösse gegen Art. 7 KG die gesamte in Art. 3 SVKG vorgesehene Bandbreite von 0-10 % zur Verfügung steht<sup>127</sup>. Dies kann im Extremfall bedeuten, dass nur eine symbolische Sanktion ausgesprochen wird<sup>128</sup>. Bei einem solchen Fall erscheint klar, dass eine solche Sanktion nicht ausgehend vom Umsatz des Unternehmens im Rahmen eines dreistufigen Verfahrens festgelegt wird, sondern direkt aufgrund der dafür massgebenden Elemente festgelegt wird.

237. Was für einen solchen Fall offensichtlich ist, erscheint auch für leichte Fälle sinnvoll, bei denen es das Verhältnismässigkeitsgebot gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gebietet, den Sanktionsbetrag "von unten her" zu bestimmen, d.h. nach dem Kriterium, welche Sanktion, die betragsmässig über einer reinen Symbolsanktion liegt als verhältnismässig erscheint. Um den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht zu verletzen, ist zu fordern, dass dargelegt werden kann, aufgrund welcher Elemente es sich rechtfertigt, eine solche Vorgehensweise zu wählen. Dabei kommt der Schwere des Verstosses nach Art. 49a Abs.1 KG und 2 Abs.1 SVKG ausschlaggebende Bedeutung zu. Es sind aber auch Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

238. Die Documed AG erzielt einen Umsatz von ca. CHF [...] Mio./Jahr<sup>129</sup>. Gemäss kartellrechtlichen Rechtsgrundlagen beträgt der Sanktionsrahmen im vorliegenden Fall zwischen CHF 1.-- und ungefähr CHF [...] Mio. (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG).

239. Für die konkrete Sanktionsbemessung sind folgende Kriterien von Bedeutung:

240. Der vorliegende Fall ist aufgrund der *konkreten volkswirtschaftlichen bzw. sozial schädlichen Auswirkungen* der betroffenen Aktivitäten von beschränkter Bedeutung<sup>130</sup>. In der heutigen Form handelt es sich bei den Märkten für die Publikation von PI und FI um weitgehend künstlich geschaffene, isolierte Nischenmärkte, von denen kaum spürbare Auswirkungen auf vor- und nachgelagerte Märkte ausgehen.

241. Im Rahmen der *Schwere des unzulässigen Verhaltens* gemäss Art. 2 Abs. 1 SVKG ist insbesondere zu berücksichtigen:

- Von den verschiedenen mutmasslichen Verstössen gegen Art. 7 KG, die der Documed AG zu Beginn der Untersuchung vorgeworfen und untersucht wurden (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen/unangemessene Preise), haben sich letztendlich nur zwei relativ leichte Diskriminierungen von Handelspartnern nachweisen lassen.

- Für die Marktgegenseite, d.h. für die Pharmaherstellerinnen, stellen die Kosten für die Publikation der Arzneimittelinformationen eines Produkts im Vergleich mit den anderen Aufwendungen, die in dieser Branche bis zur Marktreife eines Produktes anfallen, einen beinahe vernachlässigbaren Ausgabenposten dar.

- Die Diskriminierung zwischen Unternehmen der 6. Produktgruppe, welche die Basispreise mit der Documed AG "nach Absprache" festlegen konnten, und den Unternehmen der 1.-5. Produktgruppe, welche kostenbasierte Basispreise zu entrichten hatten, wurde nur teilweise durchgeführt.<sup>131</sup> Zwar konnten einige Unternehmen von tieferen Basispreisen profitieren als dies bei einem kostenbasierten Ansatz der Fall gewesen wäre. Bei anderen Unternehmen wurde aber ein Basispreis vereinbart, welcher als kostenbasiert gelten konnte.

242. Vorliegend ist es verhältnismässig (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und den Umständen angemessen, den Basisbetrag knapp unter einem sechsstelligen Bereich festzusetzen.

243. Gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG ist für die Bemessung des definitiv zu berücksichtigenden Sanktionsbetrages von Bedeutung, dass *keine erschwerenden Umstände* vorliegen. Es bestehen keine Indizien dafür, dass durch die beiden Verstösse ein besonders hoher Gewinn erzielt worden wäre (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG). Aufgrund der beschränkten Diskriminierungen ist eher davon auszugehen, dass der daraus resultierende mutmassliche Gewinnbeitrag tendenziell gering ausgefallen ist.<sup>132</sup>

244. Im Rahmen der *mildernden Umstände* gemäss Art. 6 SVKG ist schliesslich zu berücksichtigen:

- Die Documed AG hat das missbräuchliche Verhalten teilweise von sich aus aufgegeben, indem sie bei den Volumenpreisen wieder zwischen der Publikation von gegenüber dem Vorjahr unveränderten und veränderten Texten differenziert hat.

- Die Diskriminierung wird auch dadurch relativiert, dass die Documed AG seit Einführung der neuen Preispolitik die Basispreise für alle Produktgruppen kontinuierlich gesenkt hat, so dass auch die benachteiligten Unternehmen von Preissenkungen profitieren konnten.

- Der Wille und die Bereitschaft der Documed AG zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ist als kooperatives Verhalten zu würdigen<sup>133</sup>.

<sup>126</sup> Vgl. RPW 2007/2, S. 235 ff.; RPW 2007/2, S. 300 ff. und die Erläuterungen SVKG (Fn 124), S. 3.

<sup>127</sup> Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 233 f., der darlegt, weshalb für Verstösse gegen Art. 7 KG nicht generell eine Sanktion im oberen Drittel des Sanktionsrahmens zu wählen ist (wie dies in den Erläuterungen SVKG [Fn 124], S. 3 postuliert wird).

<sup>128</sup> Vgl. Botschaft 2001 (Fn 68), 2038.

<sup>129</sup> RPW 2007/2, S. 236, Rz. 332.

<sup>130</sup> RPW 2007/2, S. 238, Rz. 344.

<sup>131</sup> RPW 2007/2, S. 236, Rz. 331.

<sup>132</sup> Vgl. RPW 2007/2, S. 238, Rz. 343 f., bei dem dieselben Elemente bei der Festlegung der Sanktionshöhe relevant waren.

<sup>133</sup> Vgl. RPW 2006/4, S. 666, Rz. 271; RPW 2007/2, S. 238, Rz. 342.

245. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Weko eine Verwaltungsverfahrenssanktion in Höhe von CHF 50'000.- als dem Verstoss der Documed AG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

### C. KOSTEN

246. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz<sup>134</sup> ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Die Gebührempflicht besteht insbesondere, wenn eine Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen<sup>135</sup>. Die Documed AG hat sich mit der einvernehmlichen Regelung unterzogen und ist somit gebührenpflichtig.

247. Die Documed AG bringt in ihrer Stellungnahme vor, dass der Documed AG lediglich die Kosten, die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung entstanden seien, aufzuerlegen seien, da die Vorwürfe der Vorabklärung nicht nachgewiesen werden konnten. Die Auferlegung sämtlicher Verfahrenskosten würde das Verursacherprinzip verletzen.

248. Die Documed AG verkennt, dass das Untersuchungsverfahren wegen allfälligem Missbrauchs eines marktbeherrschenden Unternehmens eröffnet wurde. Welcher Tatbestand von Art. 7 KG schliesslich nachgewiesen wird und ob es sich dabei um einen Tatbestand handelt, der bereits in der Vorabklärung durch die Anzeigerin geltend gemacht wurde, muss dabei unerheblich bleiben. Die Documed AG hat Handelspartner diskriminiert. Mit Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung hat sie sich unterzogen und ist somit für sämtliche angefallenen Verfahrenskosten gebührenpflichtig.

249. Die Gebühr bemisst sich nach dem Aufwand. Es gilt ein Stundenansatz von CHF 100 - 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Für die insgesamt geleistete Zeit von [...] Stunden rechtfertigt sich ein Ansatz von CHF 250.- (Direktion), CHF 200.- (wissenschaftliche MitarbeiterInnen) sowie CHF 120.- (PraktikantenInnen).

250. Somit beläuft sich die Gebühr zu Lasten der Documed AG auf CHF [...].

### D. DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Documed AG auf dem Markt für die Publikation von Fachinformationen gedruckt und online in einem vollständigen Werk sowie auf dem Markt für die Publikation von Patienteninformationen online in einem vollständigen Werk eine marktbeherrschende Stellung innehat.

2. Es wird festgestellt, dass das Verrechnen gleicher Preise für unveränderte und veränderte Texte von Fach- und Patienteninformationen sowie das Aushandeln von Preisen "nach Absprache" für die 6. Produktgruppe von Fachinformationen und Patienteninformationen durch

die Documed AG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt.

3. Die Weko nimmt Vormerk davon, dass die Documed AG die beanstandeten Verhaltensweisen im Verlauf des Verfahrens aufgegeben hat.

4. Die Wettbewerbskommission genehmigt nachfolgende einvernehmliche Regelung (vgl. den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen oben in Rz. 216 ff.):

I. *Die Documed AG verpflichtet sich, für "gegenüber dem Vorjahr unveränderte Texte" von Fach- und Patienteninformationen tiefere Volumen- bzw. Produktionspreise als für veränderte Texte beizubehalten.*

II. *Die Documed AG verpflichtet sich, ab Ausgabe 2009 des Arzneimittelkompendiums der Schweiz (Kompendium) Ziff. 4 der Beilage 1 der "Bestätigung Arzneimittelkompendium der Schweiz" (Preisliste) folgendermassen zu ändern:*

*Der Basispreis für die Produktgruppe "2. bis über 90. Produkt – nach Absprache" ist sowohl für die Fach- als auch für die Patienteninformationen durch ausgewiesene, kostengerechte Beträge in der Preisliste zu ersetzen.*

III. *Die Documed AG reicht dem Sekretariat 14 Tage nach Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung die angepasste Preisliste sowie die Kopien aller aktuellen Verträge mit Unternehmen, die über 90 Fach- und/oder Patienteninformationen publizieren, ein.*

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

5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

6. Die Documed AG wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 50'000.- belastet.

7. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziff. 4 des Dispositivs genehmigten einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

8. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 und 54 KG belegt werden.

9. [Verfahrenskosten]

10. [Rechtsmittelbelehrung]

11. [Eröffnung]

<sup>134</sup> Gebührenverordnung KG [GebV-KG]; SR 251.2.

<sup>135</sup> BGer, RPW 2002/3, S. 546 f., E. 6.1.

## E. ANHANG

### Tabellen

**Tabelle 3: Entwicklung der Preise für die Publikation von FI in CHF (Jahresvertrag für die Jahre 2000-2003 und 2-Jahresvertrag für die Jahre 2004-2006)**

FI	2000	2001-2003	2004	2005	2006
<b>Basispreis in CHF</b>					
Erstes Produkt	0		1000	900	900
2. bis 10. Produkt	0		800	720	720
2. bis 30. Produkt	0		760	684	684
2. bis 60. Produkt	0		720	648	648
2. bis 90. Produkt	0		680	612	612
2. bis über 90. Produkt	0		640	n. A.	n. A.
<b>Volumenpreis / CHF Spalten/mm</b>					
Veränderter Text	3.50	3.60	1.70	1.70	1.55
Unveränderter Text	3.10	3.10	1.70	1.70	1.40

Quelle: Documed AG

**Tabelle 4: Entwicklung der Preise für die Publikation von PI in CHF (Jahresvertrag)**

PI	2001 und 2003	2004	2005	2006
<b>Basispreis in CHF</b>				
Erstes Produkt	0	400	280	280
2. bis 10. Produkt	0	330	231	231
2. bis 30. Produkt	0	300	210	210
2. bis 90. Produkt	0	270	189	189
2. bis über 90. Produkt	0	255	n. A.	n. A.
<b>Volumenpreis bzw. Produktionspreise/ CHF Spalten/mm bzw. pro 100 Zeichen</b>				
Veränderter Text	1.10	0.20	0.20*	1.09
Unveränderte Texte	0	0.20	0.20*	0.99

Quelle: Documed AG / \*= CHF 1.15 pro 100 Zeichen

**Tabelle 5: Entwicklung der Preise für die Publikation von PI in CHF (2-Jahresvertrag)**

PI	2001 und 2003	2004	2005	2006
<b>Basispreis in CHF</b>				
Erstes Produkt	0	400	280	280
2. bis 10. Produkt	0	300	210	210
2. bis 30. Produkt	0	270	189	189
2. bis 90. Produkt	0	255	179	179
2. bis über 90. Produkt	0	210	n. A.	n. A.
<b>Volumenpreis bzw. Produktionspreise / CHF Spalten/mm bzw. pro 100 Zeichen</b>				
Veränderter Text	1.10	0.20	0.20*	1.00
Unveränderter Text	0	0.20	0.20*	0.90

Quelle: Documed AG/ \*= CHF 1.15 pro 100 Zeichen

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Porsche Automobil Holding SE/Volkswagen AG</b>

*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 28. Juli 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28 Juli 2008*

1. Am 3. Juli 2008 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach die Porsche Automobil Holding SE (Porsche) mit Sitz in Stuttgart, Deutschland, beabsichtigt, durch Aktienkauf die Kontrolle über die Volkswagen AG (Volkswagen) mit Sitz in Wolfsburg, Deutschland, zu erwerben.

2. Porsche entwickelt, produziert und vertreibt Personenkraftwagen (Pkw) insbesondere der Segmente Sportwagen und sportliche Geländewagen (sport utility vehicles – SUV). Im August 2007 wurde die Porsche Schweiz AG mit Sitz in Zug gegründet, die seit Juni 2008

den Import und Vertrieb von Porsche-Fahrzeugen, -Ersatzteilen und -Zubehör in der Schweiz tätigt. Porsche ist bereits grösster Volkswagen-Aktionär.

3. Volkswagen, einer der grössten Automobilhersteller der Welt, ist in der Entwicklung, Herstellung und dem Vertrieb von Personenkraftwagen, Nutzfahrzeugen sowie Dieselmotoren tätig und erbringt daneben Finanzierungs- und Beratungsdienstleistungen. Volkswagen vereinigt die Automarken VW, Audi, Seat, Skoda, Bentley, Lamborghini und Bugatti unter ihrem Konzerndach.

4. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission ergaben, dass die durch das Zusammenschlussvorhaben herbeigeführten horizontalen Überschneidungen begrenzt und die Zusammenschlussparteien auf den betroffenen Teilmärkten weiterhin starken Wettbewerbern mit erheblichen Marktanteilen ausgesetzt sein werden. Durch den Zusammenschluss wird keine marktbeherrschende Stellung von Porsche und Volkswagen begründet oder verstärkt.

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

B 2.3

**2. RESUN 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. Juli 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Juli 2008*

1. Am 11. Juni 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die BKW FMB Energie AG (nachfolgend BKW), Nordostschweizerische Kraftwerke AG (nachfolgend NOK) und Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) in einem ersten Schritt die Gründung der Planungsgesellschaft RESUN AG (nachfolgend RESUN) für die zukünftigen Kernkraftwerke Mühleberg 2 (KKM2) und Beznau 3 (KKB3). In einem zweiten Schritt sollen für den Bau der beiden Kernkraftwerke zwei Projektgesellschaften KKM2 und KKB3 gegründet werden, welche nach Inbetriebnahme der beiden Kernkraftwerke in die Betriebsgesellschaften KKM2 und KKB3 umgewandelt werden. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (RPW 2006/3, S. 476, Rz. 48) ist die zukünftige Gründung der beiden Projekt- und Betriebsgesellschaften bereits meldefähig, womit die Gründung von RESUN und den zukünftigen Projekt- und Betriebsgesellschaften gemeinsam beurteilt werden kann.

2. Die Wettbewerbskommission hat im Elektrizitätsbereich bis anhin folgende, sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Stromproduktion, -übertragung, -verteilung, -versorgung, -handel (RPW 2006/3, S. 476, Rz. 64 ff. m.w.H.). Die Gründung von RESUN und den Projekt- und Betriebsgesellschaften hat allerdings keinen Einfluss auf die Stellung der Zusammenschlussparteien in den Märkten für Stromübertragung, -verteilung, -versorgung und -handel. Aus diesem Grund wird nicht näher auf diese Märkte eingegangen, obwohl davon auszugehen ist, dass es sich um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt. Hingegen ist das Zusammenschlussvorhaben geeignet, Auswirkungen auf dem Markt für Stromproduktion zu zeitigen, weshalb dieser Markt genauer untersucht wird.

3. RESUN und die Projektgesellschaften treten zudem auf einem Absatz- und Beschaffungsmarkt für Totalunternehmerleistungen/Generalunternehmerleistungen im Bereich der Erstellung von Stromproduktionsanlagen bzw. Kernkraftwerken auf. Die Betriebsgesellschaften treten auf einem Markt für den Betrieb von Produktions-

anlagen auf. Die genaue Marktabgrenzung dieser Märkte kann jedoch offen gelassen werden, da es sich in allen möglichen Hypothesen nicht um betroffene Märkte i.S. von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt.

4. Betreffend den Markt für Stromproduktion verneinte die Wettbewerbskommission anlässlich der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Atel/EOS-Aktiven eine kollektive Marktbeherrschung der grossen Schweizer Stromproduzenten Atel/EOS, Axpo-Gruppe, BKW-Gruppe und ewz auf dem Markt für Stromproduktion (RPW 2006/3, S. 476, Rz. 93 ff.). Bei jedem weiteren Konzentrationsprozess oder sonstigen Veränderungen der Wettbewerbssituation auf dem Markt für Stromproduktion ist jedoch erneut zu überprüfen, ob die Bedingungen für eine kollektive Marktbeherrschung erfüllt sind.

5. Für die Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung sind folgende Kriterien heranzuziehen: (1) Marktkonzentration/Marktteilnehmer, (2) Markttransparenz, (3) Marktstabilität, (4) Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie, (5) Stellung der Marktgegenseite, (6) Verflechtungen, (7) Substitutionswettbewerb und (8) Sanktionen.

6. Die Kriterien Marktstabilität, Stellung der Marktgegenseite, Substitutionswettbewerb und Sanktionen erfahren durch die Erstellung der zwei Partnerwerke KKM2 und KKB3 keine Veränderungen. Die Kriterien der Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie, der Markttransparenz und der Verflechtungen stellten schon bei der letzten Prüfung der Wettbewerbskommission Anhaltspunkte für eine allfällig kollektive Marktbeherrschung auf dem Markt für Stromproduktion dar. Diese Anhaltspunkte werden durch die vorliegend geplanten Partnerkraftwerke verstärkt. Demgegenüber konnten diese Anhaltspunkte bei der letzten Beurteilung u.a. durch die niedrige Marktkonzentration entkräftet werden, welche wahrscheinlich zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme der beiden Kernkraftwerke KKM2 und KKB3 (frühestens im Jahr 2028) aufgrund einer möglichen weiteren räumlichen Marktabgrenzung und/oder dem Markteintritt (ausländischer) Stromproduzenten noch niedriger sein wird. Aus diesen Gründen ist auch vorliegend die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Erstellung der beiden Partnerkraftwerke zu verneinen. Die vorläufige Prüfung hat somit keine Anhaltspunkte für die Verstärkung oder Begründung einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung ergeben.

B 2.3

**3. Edipresse Publications SA/Editions Le Régional SA**

*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*

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du ...*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 15 août 2008 - Résumé*

Le 2 juillet 2008, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) a reçu une notification annonçant l'intention de l'entreprise Edipresse Publications SA d'acquiescer le contrôle des Editions Le Régional SA.

Edipresse Publications SA ("Edipresse") est une société holding mixte, filiale de Presse Publications SR SA, qui est elle-même détenue à 100 % par Edipresse SA, groupe international de médias. Edipresse Publications SA regroupe l'essentiel de l'activité d'édition des quotidiens et périodiques d'Edipresse SA en Suisse. Le groupe édite les quotidiens régionaux Le Matin, 24Heures et la Tribune de Genève, des journaux locaux (La Broye, Le Journal de Morges), quelques hebdomadaires (Le Matin Dimanche, Terre & Nature), ainsi que des "gratuits" (Le Matin Bleu, 24Hebdo Nord vaudois, 24hebdo Riviera Chablais), des journaux tous ménages (Genève Home Informations et Lausanne-Cités) et le journal de petites annonces gratuites Aux Trouvailles. Il

contrôle également conjointement avec le groupe Ringier le quotidien de référence Le Temps. Edipresse édite par ailleurs des magazines (Bilan, Femina, TVguide, télétop, Tribune des Arts), dont la plupart sont encartés dans des publications du groupe. Celui-ci est également actif dans le domaine de la presse spécialisée pour produits de luxe de grandes marques horlogères avec le titre GMT Great Magazine of Timepieces.

Les Editions Le Régional SA est une société ayant pour but statutaire la création et l'impression de journaux, revues, publications, imprimés et matériel publicitaire de toute nature. Elle édite l'hebdomadaire Le Régional, tiré à 98'000 exemplaires et diffusé de l'Est lausannois à Montreux.

Sur fond de difficultés financières du journal Le Régional, le projet de concentration a pour objet de permettre à Edipresse de prendre le contrôle des Editions Le Régional SA. Edipresse entend maintenir la société-cible dans son activité actuelle et conserver l'état d'esprit "PME" du titre Le Régional. D'un point de vue éditorial, un cap privilégiant le contenu de qualité et la proximité des contacts avec les tissus socio-économique et politique de la zone de diffusion du titre sera conservé.

L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice que la présente concentration créera ou renforcera une position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.



B 2.3

#### 4. The Goldman Sachs Group, Inc./PAI partners S.A.S./Xella International GmbH

*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. August 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. August 2008*

1. Am 21. Juli 2008 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach The Goldman Sachs Group, Inc. (nachfolgend Goldman Sachs) und PAI partners S.A.S. (nachfolgend PAI) beabsichtigen, die gemeinsame Kontrolle über Xella International GmbH (nachfolgend Xella) zu erwerben.

2. Goldman Sachs ist weltweit in den Bereichen Investment Banking, Securities und Investment Management tätig. In diesen Bereichen bietet Goldman Sachs ein breites Segment an Dienstleistungen an und betreut eine umfangreiche und diversifizierte Kundschaft.

3. PAI ist eine Private Equity-Gesellschaft mit Sitz in Paris, die sich auf mittel- bis langfristige Investitionen in der Industrie konzentriert. PAI versucht in den von ihr verwalteten oder beratenen Fonds möglichst diversifi-

ziert Mehrheitsbeteiligungen in verschiedensten Industriesektoren zu akquirieren.

4. Xella ist eines der führenden Unternehmen im europäischen Baustoff- und Rohstoffmarkt. Xella produziert und vertreibt Baustoffe zum Wandbau, Trockenbau und für Kalk und Kalksandstein bezogene Verwendungen. Xella ist gegenwärtig eine Tochtergesellschaft der Franz Haniel & Cie. GmbH.

5. Weder Goldman Sachs und die von Goldman Sachs beherrschten Gesellschaften noch PAI und die von PAI beherrschten Gesellschaften sind auf den gleichen Märkten wie Xella in der Schweiz tätig.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 15. Juli 2008 bei der EU Kommission als Short Form angemeldet (Case COMP/M.5268). Mit Entscheid vom 14. August 2008 wurde das Zusammenschlussvorhaben freigegeben. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

7. Die vorläufige Prüfung ergab, dass der Vollzug des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind folglich nicht erfüllt.

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. April 2008*

## A SACHVERHALT

1. Am 19. März 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über vorliegendes Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Verizon Switzerland AG (Verizon) einen Teil ihrer Verträge im Bereich "Global Telecommunication Services (GTS)", das für die Betreuung dieser Verträge zuständige Personal sowie einige weitere damit zusammenhängende Aktiven (zusammen nachfolgend: Unternehmensteil) auf die Swisscom AG (Swisscom) zu übertragen.

2. Unter dem Begriff Global Telecommunication Services (GTS) versteht man die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für Unternehmen mit Niederlassungen in verschiedenen Ländern oder auch verschiedenen Kontinenten (sog. Multinational Corporations; MNC) (vgl. Swisscom/Infonet Schweiz AG, RPW 2007/4, S. 601 ff., Rz. 4). Im vorliegenden Fall sollen GTS-Verträge derjenigen MNC übertragen werden, welche in der Schweiz oder in Liechtenstein domiziliert sind.

3. [...]

### A.1 Beteiligte Unternehmen und Zusammenschlussvorhaben

4. Swisscom ist als Muttergesellschaft einer Telekommunikationsgruppe insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig. Auf eine ausführlichere Beschreibung des Unternehmens wird verzichtet, da Swisscom der Wettbewerbskommission aus anderen Verfahren bekannt ist.

5. Die Verizon Switzerland AG ist die schweizerische Tochtergesellschaft der in den USA domizilierten Verizon-Gruppe. Verizon ist ein global tätiges Telekommunikationsunternehmen, welches weltweit Telekommunikationslösungen anbietet. Vor der Akquisition des Telekommunikationsanbieters MCI im Jahre 2005 war Verizon nicht im Bereich GTS tätig, wohingegen heute Verizon ausserhalb der USA in erster Linie als GTS-Anbieterin aktiv ist.

6. Zur Übertragung vorgesehen sind GTS-Verträge von rund [...] Kunden, die einen Umsatz von rund CHF [...] generieren. [...]. Der vorliegende Zusammenschluss bezieht sich strikte auf den Bereich GTS. Alle Verträge, welche primär nationale Telekommunikationsdienstleistungen betreffen, werden nicht übertragen, sondern verbleiben vollumfänglich bei Verizon. Zudem erfolgen die Vertragsübergänge nur mit Zustimmung des jeweiligen GTS-Kunden.

7. Neben den GTS-Verträgen übernimmt Swisscom von Verizon auch das Personal, welches bisher für die Betreuung der Verträge zuständig war. Hierbei handelt es sich um ca. [...] Personen. Darüber hinaus sollen in geringem Umfang gewisse Mobilien und Verträge auf Swisscom übertragen werden, welche in Zusammenhang mit der Betreuung der zu übertragenden GTS-Verträge stehen.

### A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

8. [...].

9. [...].

10. [...].

11. [...].

12. [...].

13. Die durch das Zusammenschlussvorhaben zu übertragenden GTS-Verträge [...] sollen in Zukunft primär von Swisscom betreut werden, um zu vermeiden, dass sowohl Swisscom (für Neukunden) als auch Verizon (für die bestehenden Kunden) [...] je ein Verkaufs- und Betreuungsteam aufrechterhalten müssen und damit Synergien aufgrund von Doppelspurigkeit verloren gehen.

14. Die Parteien hoffen, dass sie sich hinter den stark positionierten Konkurrenten BT Global Services und Orange Business Services im Bereich GTS etablieren können.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

16. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl Verizon als auch Swisscom sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

17. 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). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen oder Teile von einem solchen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmen-

den Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben (vgl. Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4; VKU).

### B.1.2.1 Unternehmensteil

18. Im Fall "Teilerwerb der Hallwag AG durch die Bühler Grafino AG" (RPW 2001/1, S. 136 ff.) wurden die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert.

19. Aus Sicht der EU-Kommission umfasst der Begriff Unternehmensteil eine oder mehrere getrennte Rechtspersonen, Geschäftsbereiche des Veräusserers (z.B. Abteilung oder Einheit) oder besondere Vermögenswerte, die als solche ein Geschäft darstellen, dem ein Umsatz auf dem Markt eindeutig zugeordnet werden kann (vgl. Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Ziff. 24 ff.). Zusätzlich wird von einigen Autoren eine gewisse marktstrategische Eigenständigkeit gefordert, damit dem Unternehmensteil ein eigenständiger Umsatz zugerechnet werden könne (vgl. J. BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4 N. 30; S. VENTURI, Art. 4 Abs. 3 N. 18, in: TERCIER/BOVET (Hrsg.), Commentaire Romand – Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002). Ein Unternehmensteil i.S. des Kartellgesetzes liegt i.d.R. vor, wenn die gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu gehören nebst technischer Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u.Ä., der Übergang verschiedener Verträge (Mietverträge u.Ä.) und Übergang der Arbeitsverhältnisse (vgl. R. JACOBS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, in: ICT: Rechtspraxis I, S. 271 ff., S. 275).

20. Im vorliegenden Fall sollen durch Swisscom einerseits die Kundenverträge [...] übernommen werden, sowie andererseits das vormals für die Betreuung dieser Kunden zuständige Personal von Verizon und allenfalls gewisse Mobilien und Verträge, die im Zusammenhang mit der Betreuung dieser Kunden stehen. Im Entwurf des asset purchase agreements vom 5. März 2008 werden nebst den Kundendaten und den Kundenverträgen auch eine Liste zusätzlicher zu übertragende Objekte (nachfolgend weitere Objekte) aufgelistet, wobei unterschieden wird zwischen "books and records" (Geschäftsbücher und damit zusammenhängende Unterlagen) und "know-how" (Software, Bedienungsanleitungen u.Ä.). Gemäss Angaben der Parteien ist mit den zu übertragenden Verträgen ein jährlicher Umsatz von CHF [...] verbunden.

21. Die zu übertragenden Verträge [...] und die damit verbundenen Übergänge von Mobilien und weiteren Verträgen sind somit als Unternehmensteil zu qualifizieren.

### B.1.2.2 Kontrollerwerb

22. Die Parteien haben ein Asset purchase Agreement abgeschlossen, in welchem festgehalten wird, dass als Kaufs- bzw. Verkaufsobjekte die Kundenverträge und die Verträge des zu übertragenden Personals sowie zusätzliche zu übertragende Objekte von Verizon an Swisscom übergehen. Durch diese Transaktion erwirbt somit Swisscom die alleinige Kontrolle über die betreffenden Objekte bzw. den betreffenden Unternehmensteil.

### B.1.2.3 Ergebnis

23. Beim Kontrollerwerb durch Swisscom über die bestimmten GTS-Verträge [...], Arbeitsverträge und weiterer Objekte von Verizon handelt es sich aus vorgenannten Gründen um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

24. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, insbesondere grundsätzlich auch keine fernmelderechtlichen Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen (vgl. Urteil BGer 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 und Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.). Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde vom meldenden Unternehmen im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Meldepflicht

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

26. Entsprechend Art. 9 Abs. 1 KG muss ein geplanter Unternehmenszusammenschluss vor seinem Vollzug der Wettbewerbskommission gemeldet werden. Üblicherweise erfolgt eine Meldung nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, wobei eine Meldung auch vorher eingereicht werden kann, sofern die Parteien in rechtsgenügender Weise den Nachweis ihres Transaktionswillens in Form einer Grundsatz- oder Rahmenvereinbarung (sog. "Letter of intent") erbringen können (vgl. P.M. REICH, in: BAKER&MCKENZIE (Hrsg.), Kartellgesetz, 2007, Art. 9 N. 32).

27. Vorliegend haben die Parteien einen "Letter of intent" unterzeichnet, worin die wesentlichen Punkte [...] des Asset Purchase Agreement festgehalten sind und woraus der Wille der Parteien, den Zusammenschluss zu vollziehen, ersichtlich wird. Somit ist vorliegender Zusammenschluss meldefähig.

28. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Jahr 2007 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	Umsatz weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Swisscom	11'089	[...]
Unternehmensteil von Verizon	[...]	[...]
Kumuliert	[...]	[...]

29. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Jahr 2007 zwar einen kumulierten weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und einen kumulierten Umsatz in der Schweiz von über CHF 500 Mio. erzielt. Der Unternehmensteil erzielte jedoch keinen Umsatz von über CHF 100 Mio. in der Schweiz, weshalb die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG nicht erreicht werden. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit aufgrund von Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig.

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

31. 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 (vgl. RPW 1997/2, S. 174). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat (RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38). Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben bezieht sich auf den Markt für GTS und somit auf einen Markt, welcher dem schweizerischen Telefoniemarkt (Netz und Dienste) nachgelagert resp. benachbart ist (vgl. Swisscom/Infonet Schweiz AG, RPW 2007/4, S. 601 ff., Rz. 17).

32. Der Zusammenschluss ist deshalb aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Von einer sich aus Art. 9 Abs. 4 KG ergebenden Meldepflicht geht auch das meldende Unternehmen aus.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung**

33. 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).

34. 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**

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

36. Marktgegenseite sind bei vorliegendem Zusammenschlussvorhaben multinational tätige Unternehmen (MNC). [...] mit Hauptsitz in der Schweiz oder Liechtenstein, welche hauptsächlich an der Schweizer Börse kotiert sind. Diese MNC [...] müssen weiter ein grosses Bedürfnis nach Telekommunikationsleistungen ausserhalb der Schweiz oder Liechtenstein haben (nachfolgend internationale Komponente). Zudem müssen sie Bedürfnisse nach entwickelten oder standardisierten technischen Lösungen haben [...].

##### **B.4.1.1.1. GTS**

37. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für GTS. Die WEKO hat im Fall Swisscom/Infonet Schweiz AG in Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission (MCIWorldCom/Sprint vom 28. Juni 2000 [Case No. COMP/M.1741], BT/Infonet vom 25. Januar 2005 [Case No. COMP/M.3641] und Verizon/MCI vom 7. Oktober 2005 [Case No. COMP/M.3752]) GTS definiert als Telekommunikationsdienstleistungen mit dem primären Zweck, eine Vielzahl von sich in verschiedenen Ländern befindlichen Niederlassungen eines Geschäftskunden zu verbinden (RPW 2007/4, S. 601 ff., Rz. 22). Gewöhnlich fragen MNCs, welche in verschiedenen Ländern vertreten sind, diese Art Dienstleistungen nach. Bei den zu erbringenden Dienstleistungen handelt es sich um über blossen Telefon- und Faxverkehr hinausgehende, auf den Kunden zugeschnittene Lösungen für Sprach- und Datenverkehr, virtuelle private Netzwerke oder Ähnliches. Zweckentsprechend sind Nachfrager dieser Dienstleistung vorwiegend multinational tätige Unternehmen (MNC) mit entsprechender Niederlassungsstruktur.

38. In den obengenannten Entscheiden wurde GTS als einheitlicher Markt abgegrenzt. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass die verschiedenen Dienstleistungen als Bündel, welche individuell auf den jeweiligen Kunden zugeschnitten sind, erbracht werden und der sachlich relevante Markt deshalb nicht bezogen auf die einzelnen Dienstleistungen abgegrenzt werden könne. Darin enthalten ist auch die nationale Komponente von GTS, welche durch nationale Telekommunikationsanbieter erbracht wird. Die zentrale Leistung eines GTS-Anbieters besteht gerade darin, in den diversen Ländern

Netzwerkcapazitäten und die dafür notwendige Hard- und Software bereitzustellen, die verschiedenen Netze und Komponenten aufeinander abzustimmen und miteinander zu verbinden sowie das gesamte System zu betreiben.

39. Für das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben wird in Anlehnung an die schweizerische und europäische Rechtsprechung ein sachlich relevanter Markt abgegrenzt, welcher GTS umfasst.

#### **B.4.1.1.2. Nationale Telekommunikationsdienstleistungen für MNC**

40. Nebst dem Markt für GTS wird auch der Markt für Geschäftskunden für nationale Telekommunikationsdienstleistungen von vorliegendem Zusammenschlussvorhaben tangiert. [...] wird auch hier ausgegangen von den vorbestimmten [...] Geschäftskunden, welche jedoch neben den GTS-Dienstleistungen teilweise auch nationale Telekommunikationsdienstleistungen ([...]) nachfragen. Dazu gehören Telefonverbindungen, die von einem Festnetz- oder einem Mobilfunkanschluss ausgehen. Diese Anrufe sind firmenintern oder extern, gehen ins In- oder Ausland, auf ein Fest- oder ein Mobilfunknetz.

41. Da sich für das geplante Zusammenschlussvorhaben nur Überschneidungen des Tätigkeitsgebietes von Swisscom und Verizon in Bezug auf die nationale Komponente bzw. die entsprechende Infrastruktur ergeben und der vorliegende Zusammenschluss [...] Kunden betrifft, welche zu mindestens [...] GTS erfragen, wird auf die Abgrenzung möglicher weiterer relevanter Märkte im Rahmen dieser Beurteilung verzichtet.

#### **B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

42. 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. GTS**

43. Ausgegangen wird in diesem Fall von MNC [...], welche unter [...] für die internationale Komponente von GTS ausgeben und in der Schweiz oder in Liechtenstein ihren Hauptsitz haben (vgl. [...]) und GTS nachfragen. Für die MNC ist grundsätzlich irrelevant, in welchem Land bzw. von welchem Kontinent aus die GTS erbracht werden, solange der Anbieter in der Lage ist, alle Niederlassungen der MNC miteinander zu verbinden und die benötigten Dienstleistungen am Ort der Niederlassungen zu erbringen. Insofern können sowohl schweizerische Unternehmen mit ausländischen Anbietern, wie auch ausländische Nachfrager mit schweizerischen Anbietern GTS-Verträge abschliessen.

44. Die WEKO hat in ihrem Entscheid Swisscom/Infonet Schweiz AG entsprechend der Praxis der EU-Kommission (vgl. Rz. 37) die Frage der räumlichen Abgrenzung offengelassen, hat sich jedoch für einen internationalen Markt ausgesprochen, auch wenn vereinzelte GTS-Anbieter sich auf gewisse regionale Märkte spezialisiert haben. Insgesamt sei von einem internationalen Markt auszugehen, weil die meisten GTS-Anbieter über ein internationales Kundenportfolio verfügen und grund-

sätzlich die GTS weltweit erbringen können (vgl. RPW 2007/4, S. 601 ff., Rz. 26 ff.).

45. Auch eine engere Marktabgrenzung auf einen beispielsweise europaweiten Markt würde im Übrigen nichts an der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf dem Markt für GTS ändern.

#### **B.4.1.2.2. Nationale Telekommunikationsdienstleistungen für MNC**

46. Typischerweise kann von den [...] zu übertragenden Kunden ausgegangen werden, welche Telefondienstleistungen ([...]) in der Schweiz nachfragen.

47. Vorliegend ist aufgrund der diesbezüglichen nationalen Dimension von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher das ganze Gebiet der Schweiz umfasst.

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den Märkten**

48. 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. Wie nachfolgend zu zeigen ist, liegt im Bereich der GTS, also dem Gegenstand des hier zu beurteilenden Vorhabens, kein betroffener Markt vor, womit sich eine vertiefte Analyse erübrigt.

##### **B.4.2.1 GTS**

49. Wie in den Rz. 43 ff. dargelegt, ist von einem weltweiten GTS-Markt auszugehen, weshalb an dieser Stelle geprüft wird, inwiefern sich vorliegender Zusammenschluss auf diesen Markt auswirken könnte.

50. Der Umsatz, den Swisscom mit GTS und verwandten Aktivitäten im Geschäftsjahr 2007 erwirtschaftet hat, beträgt insgesamt ca. [...], wobei dieser Betrag auch die zu übertragenden GTS-Verträge von Verizon berücksichtigt. Dieser Umsatz ist in Relation zum Gesamtmarktvolumen des internationalen GTS-Marktes zu setzen, wobei zu beachten ist, dass hierzu unterschiedliche Schätzungen bestehen.

51. Einerseits wird im OVUM Report 2005 von einem Gesamtmarktvolumen von rund CHF 120-144 Mrd. ausgegangen, wobei der Anteil der multinationalen Ausgaben bei CHF 42-48 Mrd. liegen soll. Die im OVUM Report 2005 aufgeführten Zahlen geben allerdings nur eine beschränkte Sichtweise wieder, weil als Grundlage nicht alle GTS-Anbieter miteinbezogen wurden, sondern nur einige der grössten GTS-Anbieter (AT&T, BT, Equant [heute: Orange Business Services], Global Crossing, MCI [heute: Verizon], NTT, SingTel und T-Systems). Dies lässt darauf schliessen, dass das Gesamtmarktvolumen im Bereich GTS noch höher ist. Die Grösse des zusätzlichen Volumens ist jedoch unbekannt und im vorliegenden Fall auch nicht relevant, da auch mit vorliegenden Zahlen aufgezeigt werden kann, dass das Zusammenschlussvorhaben unbedenklich ist. Beruhend auf vorgenannten Zahlen ergibt sich ein Marktanteil von rund [...].

52. Eine andere Zahl liefert der OVUM Report 2005, wobei auch hier die in Rz. 33 erwähnten Ungenauigkei-

ten in Bezug auf das Gesamtmarktvolumen zu beachten sind. Gemäss diesen Angaben wurde ein Gesamtmarktvolumen von umgerechnet ca. CHF 64,8 Mrd. plus der Umsatz von Swisscom von [...], total rund CHF [...] errechnet. Setzt man den Umsatz von Swisscom inklusive dem zu erwerbenden Unternehmensteil von Verizon in Relation zu diesem Gesamtmarktvolumen, resultiert vorliegend ein Marktanteil von Swisscom von rund [...].

53. Nebst diesem niedrigen Marktanteil gilt zu beachten, dass der Bereich GTS ein tendenziell kompetitiver Markt ist. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass aus Sicht der MNC irrelevant ist, in welchem Land der Vertrag mit einem GTS-Anbieter zustande kommt, solange die nachgefragten Dienstleistungen an den für die MNC relevanten Orten erbracht werden können. Zudem ist ein Wechsel des GTS-Anbieters für den Kunden nicht mit grossen finanziellen Einbussen verbunden (vgl. BT/Infonet, a.a.O., Rz. 16).

54. Beim GTS-Markt handelt es sich tendenziell um "bidding markets". Dies ist eine Art Vergabeverfahren, wobei die Nachfrager in einer ersten Phase Offerten verschiedener GTS-Anbieter einholen. Daraufhin werden zwischen 3 bis 5 Anbieter ausgewählt, welche in einer zweiten Phase zu Preisverhandlungen eingeladen werden (vgl. MCIWorldCom/Sprint, a.a.O., Rz. 78 ff.). In der Regel bewerben sich somit die GTS-Anbieter um den Zugschlag im Rahmen von Ausschreibungen durch die nachfragenden MNC. Dieses Vorgehen führt zu Konkurrenzdruck zwischen den unterschiedlichen GTS-Anbietern.

55. Für die MNCs ist es überdies möglich, Teilleistungen bei unterschiedlichen Anbietern zu beziehen. Für ein MNC kann es sogar von Vorteil sein, verschiedene Bedürfnisse von verschiedenen Anbietern abdecken zu lassen, da damit ein Wechsel im Falle von Preiserhöhungen, Leistungsnachlass o.Ä. zu diesem GTS-Anbieter vereinfacht wird. Damit verstärkt sich die Verhandlungsposition der MNC gegenüber den GTS-Anbietern und sie sind vermehrt in der Lage, diese Position entsprechend zu nutzen.

56. Zudem ist zu beachten, dass sich die MNCs aufgrund ihres hohen Verkehrsvolumens im Unterschied zu einzelnen privaten Endkunden in einer Position befinden, in der sie gegenüber den GTS-Anbietern über eine gewisse Gegenmacht verfügen. Der relativ starken Position der MNCs entsprechend ist denn [...] auch vorgesehen, dass der Kundenwunsch bei der Wahl des Vertragspartners ausschlaggebend ist. Im Übrigen besteht gerade für MNCs auch die Möglichkeit der Nachfrage von einzelnen Teilleistungen, was den Wettbewerbsdruck aufgrund von Ausweichmöglichkeiten für einzelne Dienstleistungen ebenfalls erhöhen kann.

57. Der GTS-Markt differenziert zwischen Anbietern, die alleine globale GTS-Dienstleistungen erbringen können und solchen, welche zwar globale GTS-Dienstleistungen anbieten, nicht jedoch über die nötige Netzinfrastruktur verfügen und sich darum in die Netze Dritter einmieten oder –kaufen müssen. Swisscom kann alleine keine GTS-Leistungen erbringen, sondern ist dafür auf einen internationalen Partner angewiesen. Insofern ist Swisscom auch dadurch diszipliniert, dass sie auf internationa-

le Partner angewiesen ist, um überhaupt gegen Konkurrenten in Wettbewerb treten zu können.

58. Aus obenerwähnten Gründen ist somit ersichtlich, dass der Erwerb des Unternehmensteils von Verizon durch Swisscom im Markt für GTS nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### **B.4.2.2 Nationale Telekommunikationsdienstleistungen für MNC**

59. Gemäss Schätzungen von Swisscom werden in der Schweiz [...] Anschlüsse von Geschäftskunden genutzt. Weiter schätzt Swisscom, dass rund [...] dieser Anschlüsse direkt oder indirekt auf der Infrastruktur von Swisscom beruhen dürften (ca. [...]); [...] entfallen auf die Infrastruktur Dritter (ca. [...]), wobei die grössten Anbieter zurzeit Sunrise, Colt und Cablecom seien. Rund [...] (ca. [...]) von den ca. [...] Anschlüssen von Swisscom werden von alternativen Anbietern bei Swisscom als Wholesale-Angebot eingekauft und dann in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiterverkauft oder darauf beruhend eigene Dienstleistungen angeboten. Daraus ergibt sich, dass Swisscom ca. [...] (ca. [...]) aller Anschlüsse selbst anbietet, etwa [...] (ca. [...]) der Anschlüsse zwar auf einem Wholesale-Angebot der Swisscom beruhen, jedoch von Dritten verkauft werden und die restlichen [...] (ca. [...]) der Anschlüsse vollständig auf der Infrastruktur Dritter basiert.

60. Die obengenannten Schätzungen beziehen sich auf Geschäftskunden, weshalb darin auch kleine und mittlere Unternehmen enthalten sind, welche in der Regel kein GTS nachfragen. Sogenannte Mikrounternehmen (bis neun Mitarbeitende) dürften im Bereich Telekommunikation entsprechend den Parteiangaben nicht eigentliche Geschäftskundenprodukte beziehen. Dementsprechend sind vorwiegend kleine, mittlere und grosse Unternehmen als Geschäftskunden zu bezeichnen. Gemäss den publizierten Zahlen des Bundesamtes für Statistik ([www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/01/groesse.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/key/01/groesse.html)) sind rund 90 % Mikrounternehmen, welche nicht als eigentliche Geschäftskunden im vorliegend interessierenden Sinne anzusehen sind und ca. 10 % KMU und grössere Unternehmen. Diese 10 % (rund 37'000 Unternehmen) spalten sich auf in ca. 5'500 mittlere (mehr als 50 Arbeitnehmer) und rund 1'000 grosse Unternehmen (mehr als 250 Arbeitnehmer). Die kleineren Unternehmen (10-49 Arbeitnehmer) werden ausser Acht gelassen, [...].

61. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass rund [...] (ca. [...]) Unternehmen der Geschäftskunden als mittlere und grössere Unternehmen und damit als mögliche Nachfrager von GTS einzustufen sind. Tendenziell ist jedoch entsprechend der von den Parteien gemachten Angaben die Anzahl aktueller und potenzieller GTS-Kunden deutlich niedriger, da der grösste Teil der mittleren und grossen Geschäftskunden nicht oder nur marginal im Ausland tätig ist und damit auch kein GTS nachfragt.

62. Geht man von der Annahme aus, dass diese [...] mittlere und grössere Unternehmen deutlich grössere Telekom-Bedürfnisse haben und deshalb auch deutlich mehr als [...] der [...] Anschlüsse nachfragen, kann auf-

grund grober Schätzungen angenommen werden, dass rund [...] (ca. [...]) der Anschlüsse von mittleren und grossen Geschäftskunden genutzt werden.

63. Zu berücksichtigen gilt, dass die alternativen Infrastrukturanbieter praktisch ausschliesslich die Standorte der grossen Kunden erschlossen haben, wohingegen Swisscom aufgrund der Grundversorgungspflicht auch alle kleinen Geschäftskunden erschlossen hat. Demzufolge ist davon auszugehen, dass die Mehrheit der [...] Anschlüsse der alternativen Infrastrukturanbieter von mittleren und grossen Geschäftskunden genutzt werden. Bei den Swisscom-Anschlüssen ergeben sich entsprechend obigen Ausführungen folgende Zahlen: Ca. [...] ([...]) Anschlüsse basieren auf der Swisscom Infrastruk-

tur und werden von Swisscom verkauft; etwa [...] ([...]) Anschlüsse basieren zwar auf der Infrastruktur von Swisscom, werden jedoch von Dritten via Wholesale-Angebot benutzt.

64. Zu berücksichtigen ist im Weiteren, dass gerade für die Erschliessung grösserer Geschäftskunden abhängig vom zu erwartenden Verkehrsvolumen und Umsatz situationsabhängig auch das Verlegen eigener Glasfaser in Frage kommt (RPW 2004/4, S. 1248 ff., Rz. 53 ff.).

65. Gestützt auf die von den Parteien gemachten Schätzungen und Angaben ergibt sich mit Bezug auf die Anschlüsse der mittleren und grossen Geschäftskunden folgendes Bild:

	Anschlüsse	Anteil in %
Swisscom	[...]	[...]
Dritte via Wholesale	[...]	[...]
Alternative Infrastruktur	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

66. Die drahtgebundenen Zugänge sind ein Vorprodukt, welches von den GTS-Anbietern eingekauft bzw. von Swisscom und anderen Infrastrukturiern angeboten wird. Der weitaus grösste Teil der Standorte wird via Nutzung eines solchen Wholesale-Angebots erschlossen. GTS selbst aber wird von internationalen GTS-Anbietern wie BT Global Services oder Orange Business Services angeboten.

67. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben ist weiter von Bedeutung, dass es sich um [...] Kunden handelt, welche nur teilweise [...] nationale Telekommunikationsdienstleistungen beziehen. Diese [...] Kunden machen einen Anteil von rund [...] der von den Parteien geschätzten möglichen GTS-Nachfragern aus und kann in vorliegendem Fall als vernachlässigbar betrachtet werden.

68. Die Parteien betonen jedoch, dass vorliegende Transaktion strikte auf den Bereich GTS beschränkt sei, und alle Kunden, welche nicht an Swisscom übertragen werden, von Verizon weiterhin unabhängig betreut würden. Zudem würde keine schweizerische Infrastruktur (Netzwerk oder Anschlüsse) von Verizon an Swisscom übertragen. Im Bereich der nationalen Telekom-Dienstleistungen würden Swisscom und Verizon weiterhin vollkommen unabhängig voneinander agieren.

#### B.4.3 Ergebnis

69. 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

**6. Heineken/Eichhof**

*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*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. August 2008*

**A TERMINOLOGIE**

1. Die Meldung des Zusammenschlussvorhabens Heineken/Eichhof durch die Parteien mit Datum vom 25. April 2008 wird nachfolgend als *Meldung* bezeichnet.

2. Mit Zuschriften vom 15. und 16. Mai 2008 ergänzen die Parteien die Meldung mit zusätzlichen Angaben. Nachfolgend sind diese beiden Zuschriften zusammen als *Ergänzung vom 15./16. Mai 2008* bezeichnet.

3. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Heineken / Eichhof vom 26. Mai 2008 wird nachfolgend als *vorläufige Prüfung* bezeichnet.

4. Die Zuschrift der Parteien vom 23. Juni 2008 mit ergänzenden Angaben zum Zusammenschlussvorhaben Heineken/Eichhof wird nachfolgend als *Ergänzung vom 23. Juni 2008* bezeichnet.

5. Die Stellungnahme der Parteien vom 27. Juni 2008 zur vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Heineken/Eichhof durch die Wettbewerbskommission wird nachfolgend als *Stellungnahme vom 27. Juni 2008* bezeichnet.

**B SACHVERHALT****B.1 Das Vorhaben und die Parteien**

6. Am 29. April 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Heineken International B.V. (Heineken International) den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der Getränkedivision der Eichhof Holding AG. Die Getränkedivision von Eichhof soll auf dem Wege der Abspaltung in die zu gründende Eichhof Getränke Holding AG (EGH) eingebracht werden. Heineken International plant den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung via ihre Ländergesellschaft Heineken Switzerland AG (HS). HS strebt gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 den Erwerb der alleinigen Kontrolle an EGH an. "Soweit HS im Rahmen des Angebots 90 % bzw. 98 % der Beteiligungsrechte an EGH erwirbt, wird eine Abfindungsfusion

nach Art. 8 Abs. 2 FusG bzw. eine Kraftloserklärung der restlichen Titel gemäss Art. 33 BEHG ins Auge gefasst. "

7. Heineken International ist innerhalb der Heineken-Gruppe die Muttergesellschaft der Auslandsgesellschaften des Konzerns. Daher beziehen sich gemäss Meldung sämtliche von Heineken International gehaltenen Beteiligungen auf Gesellschaften ausserhalb von Holland. Heineken International ist die Tochtergesellschaft der an der Börse Amsterdam kotierten Heineken N.V. Heineken N.V. hält neben den Beteiligungen an Heineken International auch Beteiligungen an folgenden Unternehmen: Amstel Brouwerij B.V., Heineken Nederlands Beheer B.V., Heineken Brouerijen B.V. und Heineken Supply Chain B.V.. Die Beteiligungen an diesen Schwesterunternehmen sind zu 100 %.

8. Mit ihrem globalen Netzwerk von Distributoren und Brauereien ist die Heineken-Gruppe international präsent. Die Heineken-Gruppe braut und verkauft mehr als 170 Premium-, Regional- und Spezialbiere ([www.heinekeninternational.com](http://www.heinekeninternational.com), besucht am 2. Mai 2008). Dazu gehören beispielsweise die Biere Heineken, Amstel und Calanda. In der Schweiz ist die Heineken-Gruppe mit der Tochtergesellschaft HS tätig.

9. Gemäss Meldung bezweckt Heineken International

- das Halten, Besitzen, Kontrollieren und Veräussern von Aktien sowie die Beteiligung an anderen Gesellschaften, Syndikaten und Konsortien oder an solchen in irgendeiner Art ein Interesse zu haben;
- das Erbringen von Dienstleistungen für zum Heineken-Konzern gehörende Gesellschaften oder Beteiligungen;
- alle Aktivitäten auszuüben, die direkt oder indirekt mit den vorstehend genannten Aufgaben zusammenhängen oder diese fortführen können, wobei all diese Begriffe und Aufgaben im weitest möglichen Sinne auszulegen sind.

10. Über Heineken International hält die Heineken-Gruppe Auslandsgesellschaften in der ganzen Welt. In der Schweiz sind die Auslandsgesellschaften der Heineken-Gruppe die Heineken Beverages Switzerland AG und HS. Heineken Beverages Switzerland AG ist das Mutterunternehmen von HS. HS ist die massgebliche Betriebsgesellschaft der Heineken-Gruppe in der Schweiz. In der Schweiz schliesst HS alle Verträge im Zusammenhang mit der Herstellung und dem Vertrieb von Bieren ab. Folgende Abbildung 1 zeigt die rechtliche Struktur von Heineken in der Schweiz.



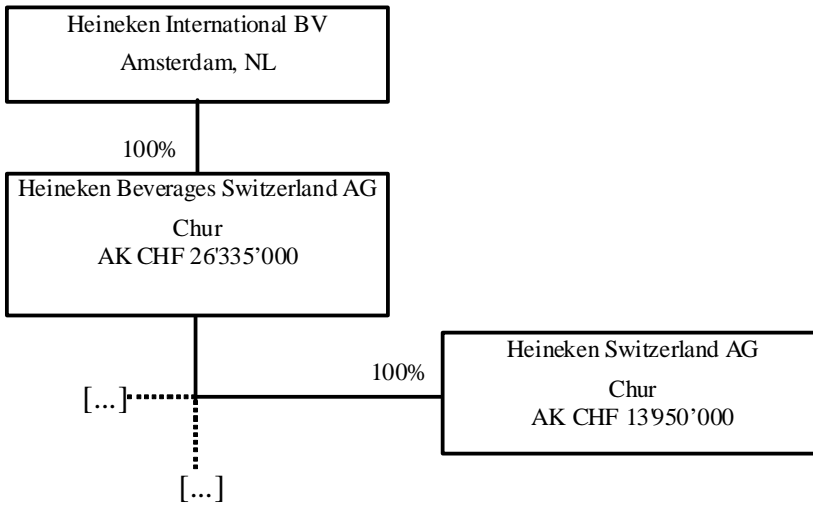


Abbildung 1: Rechtliche Struktur von Heineken in der Schweiz

11. Gemäss Meldung ist HS im Wesentlichen in zwei Geschäftsbereichen tätig. Der erste wesentliche Geschäftsbereich von HS besteht in der Produktion und dem Import von Bier. Beispielsweise stellt HS in der Schweiz die Biermarken Heineken, Amstel, Calanda und Ittinger Klosterbräu her. Neben der Produktion dieser Biere importiert HS Biermarken wie beispielsweise Erdinger Weissbier, Desperados und Tiger Beer. Zudem stellt HS das Mineralwasser Calanda Aqua her.

12. Als zweiten wesentlichen Geschäftsbereich gibt die Meldung den Vertrieb der hergestellten und importierten Biere an. Für den Vertrieb dieser Biere verfügt HS über neunzehn Depots. Neben dem Vertrieb über die eigenen Depots lässt HS gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 Getränke über Drittdistributoren vertreiben. Diese Zusammenarbeit basiere auf gegenseitigen Vereinbarungen, HS sei Geschäftspartnerin dieser Drittdistributoren. Schliesslich vertreibt HS von Dritten hergestellte Biere über ihre eigenen Depots in Bern, Birsfelden, Da-

vos, Delémont, Domat-Ems, Ebnet-Kappel, Genf, Gland, Gossau, Lausanne, Losone, Rain, Samedan, Savognin, Scuol, Strengelbach, Visp, Winterthur und Zürich.

13. Das andere am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ist gemäss Meldung die Eichhof Holding. Grundsätzlich führt die Eichhof Holding die drei Geschäftsbereiche Eichhof Getränke, Datacolor und Eichhof Immobilien. Nachfolgende Abbildung 2 gibt die Gruppenstruktur der Eichhof-Gruppe wieder. Ferner ist die Eichhof Holding gemäss [www.eichhof.ch](http://www.eichhof.ch) (besucht am 30. April 2008) für die Konsolidierung, die Finanzierung, das Controlling, das Asset Management der Gruppe sowie die Investor Relations zuständig.

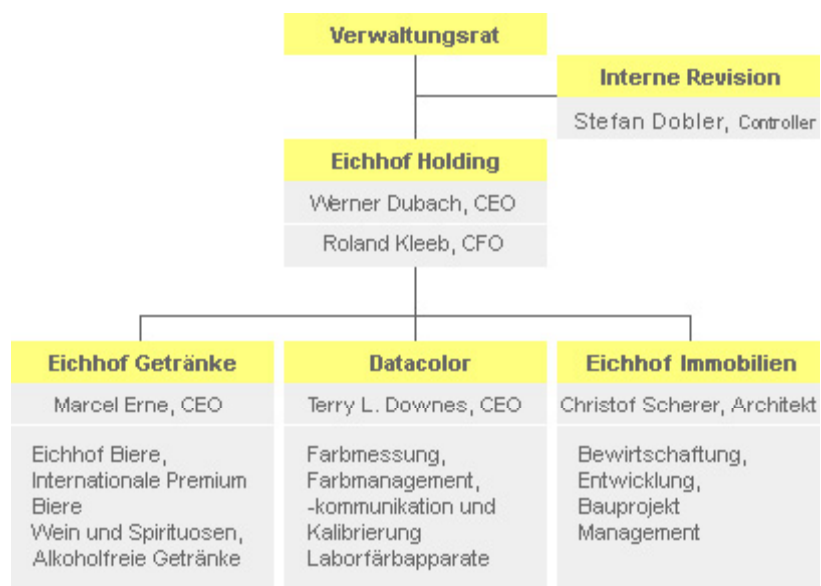


Abbildung 2: Gruppenstruktur der Eichhof-Gruppe

14. Von diesen drei Divisionen bewirtschaftet die Division Eichhof Immobilien schwerpunktmässig Renditeliegenschaften in der Schweiz. Mit der Division Datacolor ist die Eichhof-Gruppe im Bereich der Farbmetrik tätig. Datacolor bietet massgeschneiderte digitale Lösungen und Systeme für die Farbmessung, Farbabstimmung, Qualitätskontrolle und Farbkommunikation im Farbmanagement von der Produktion bis zum Marketing. Gemäss Meldung soll der Immobilienbereich im Rahmen der Neupositionierung der Eichhof-Gruppe mittels eines Bieterprozesses veräussert werden. Die Farbdivision wird "voraussichtlich unter dem Namen Datacolor fokussiertes Farbmetrikunternehmen an der Börse verbleiben". Folglich sind die beiden Divisionen Datacolor und Eichhof Immobilien nicht Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens zwischen der Heineken-Gruppe und der Eichhof-Gruppe.

15. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ist die Getränkediision der Eichhof-Gruppe zentral. Es "soll die Eichhof Getränkediision von der Eichhof Holding abgespalten und dabei in die neu zu gründende" Eichhof Getränke Holding AG (EGH) eingebracht werden. Somit wird die EGH zum Mutterunternehmen der Brauerei Eichhof AG, der Bier-Import AG und der Eichhof Getränke AG (allesamt Eichhof Getränkediision). Die Eichhof Getränke AG wiederum hält die Kellerei St. Georg AG, die AG "Der fliegende Harass" und die Ulmer & Knecht AG. Die Brauerei Eichhof AG sowie die Eichhof Getränke AG bezwecken die Herstellung, den Handel und Vertrieb von Getränken, Lebens- und Genussmitteln sowie das Erbringen von Dienstleistungen für Gruppen- und verbundene Gesellschaften. Nach der Gründung der EGH strebt Heineken International, via ihre schweizerische Gruppengesellschaft HS, den Erwerb der alleinigen Kontrolle an EGH an. Somit wird das meldende Unternehmen Heineken International B.V. gemäss Meldung voraussichtlich durch ihre in der Schweiz domizilierte Gruppengesellschaft HS handeln.

16. Die neu gegründete EGH bezweckt gemäss Meldung den Erwerb, das Halten, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen an anderen Unternehmungen im Bereich der Getränkeproduktion und des Getränkehandels im In- und Ausland. Insbesondere in den Bereichen Management und Finanzierung kann die EGH Dienstleistungen für die Gruppengesellschaften erbringen. Im Weiteren kann die EGH im In- und Ausland Tochtergesellschaften errichten, Grundstücke erwerben, halten, belasten und veräussern sowie "allgemein alle Geschäfte tätigen, welche geeignet sind, ihren Zweck an den Zweck der Gruppengesellschaften zu fördern". Die EGH wird mehrere Tochtergesellschaften – wie beispielsweise die Brauerei Eichhof AG, die Eichhof Getränke AG und die Bier-Import AG – kontrollieren, welche im Wesentlichen mit dem Brauen und Abfüllen der eigenen Biere sowie dem Vertrieb von internationalen Bieren und von Mineralwasser, Süssgetränken, Wein und Spirituosen befasst sind.

17. Zu den Umständen, welche zum Zusammenschlussvorhaben führen, enthält die Meldung folgende Angaben. Aus Sicht der Eichhof-Gruppe ermöglicht der Verkauf der Getränkediision an die Heineken-Gruppe den langfristigen Fortbestand der traditionsreichen Brauerei im Zuge

der anhaltenden Konsolidierung. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 hebt hervor, dass es um einen anhaltenden Prozess der Konsolidierung im internationalen Biermarkt gehe. Dieser Konsolidierungsprozess habe sich über die letzten Jahre und Jahrzehnte hingezogen und sei noch nicht zum Stillstand gekommen.

18. Für Heineken International stellt die Akquisition der Eichhof Getränkediision eine gute Ergänzung ihrer Präsenz und Positionierung auf dem Schweizer Biermarkt dar. Mit den Produkten von Eichhof erwirbt die Heineken-Gruppe ein bekanntes einheimisches Bier, das als nationale Marke positioniert werden kann.

19. Die Ziele, welche mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt werden, sind gemäss Meldung folgende: Für die Heineken-Gruppe soll der Zusammenschluss zwischen der Heineken-Gruppe und der Getränkediision der Eichhof-Gruppe den langfristigen Bestand "im harten Wettbewerb mit dem Marktführer Feldschlösschen" ermöglichen. Durch die Zusammenführung der Heineken-Gruppe und der Getränkediision der Eichhof-Gruppe beabsichtigt Heineken International die Realisierung von Synergien auf der strukturellen und auf der personellen Ebene in der Schweiz. Diese Synergiegewinne sollen Kosteneinsparungen ermöglichen und die gesamte Profitabilität der kombinierten Einheit steigern. Zudem ergänzen sich die Portfolios der Heineken-Gruppe und der Getränkediision der Eichhof-Gruppe. Von dieser Ergänzung erwartet die Heineken-Gruppe eine Stärkung ihres Gesamtangebotes.

20. Neben der Stärkung gegenüber der Konkurrenz soll das Zusammenschlussvorhaben gemäss Meldung auch im Detailhandelsmarkt zu einem etwas ausgeglicheneren Kräfteverhältnis zwischen Hersteller und Detailhändler führen. Es werde für kleinere und mittelgrosse Betriebe immer schwieriger, sich im Detailhandelsmarkt zu behaupten, in welchem eine starke Nachfragemacht der grossen Detailhändler (Migros, Coop) bestehe. Das Zusammenschlussvorhaben soll die Getränkediision der Eichhof-Gruppe gegenüber Coop stärker positionieren.

## B.2 Das Verfahren

21. Am 28. Mai 2008 hat die Wettbewerbskommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) zu unterziehen.

22. Ein Antrag auf vorzeitige Bewilligung des Zusammenschlusses liegt nicht vor.

23. Die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen HS und der Eichhof Getränkediision erhielt die Wettbewerbskommission am 29. April 2008.

24. Mit Zuschrift vom 8. Mai 2008 fragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen für zusätzliche Informationen an. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen stellen die zusätzlichen Informationen in der Zuschrift vom 15. Mai 2008 zusammen. Diese zusätzlichen Informationen ergänzen die Meldung vom 25. April 2008. Zu dieser Ergänzung gehörten auch die Angaben zu den Gesamtvolumina, aufgeteilt nach alkoholischem und

alkoholfreiem Bier und nach Absatzkanälen in der Zuschrift mit Datum 16. Mai 2008.

25. Am 9. Mai 2008 werden folgende Kreise um Auskünfte im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben zwischen HS und der Getränkedivision von Eichhof erfragt:

- bei den zwei Detailhandelsunternehmen Coop und Denner AG,
- beim Schweizer Brauerei-Verband,
- bei der Interessengemeinschaft unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien,
- beim Verband Schweizerischer Getränkegrossisten VSG/ASDB,
- bei GastroSuisse.

26. Alle diese Befragten beantworteten die ihnen gestellten Fragen soweit Auskünfte möglich waren. Die Vorbemerkungen in Abschnitt C.4.2.2.1 fassen die Antworten zusammen.

27. Zusätzlich führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Miniumfrage bei allen Mitgliedern der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien durch. Mit der Umfrage versuchte das Sekretariat, die Menge an alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier zu bestimmen, welche die Mitglieder der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien im Horeka-Kanal (Kanal der Hotels, Restaurants und Kaffeehäuser) absetzen. Von den 22 Mitgliedern der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien antworteten vier Mitglieder. Damit sind die Antworten der Mitglieder der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien nicht aussagekräftig. Die Antworten fliessen nicht in die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung ein.

28. Die Einleitung einer Prüfung wird den Parteien mit Zuschrift vom 29. Mai 2008 mitgeteilt. Diese Zuschrift enthält die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens und die Medienmitteilung. Ebenso sind die Parteien mit der Zuschrift vom 29. Mai 2008 zur Stellungnahme eingeladen. Für die Stellungnahme bestand eine Frist bis zum 13. Juni 2008. Mit Mitteilung der Einleitung der Prüfung am 29. Mai 2008 endet die Frist für die Durchführung der Prüfung am Dienstag, den 30. September 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).

29. Zwischen dem 2. Juni und 3. Juni 2008 nehmen die Parteien Einsicht in die Akten.

30. Die Durchführung einer Prüfung wird durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB), Nr. 108 vom 6. Juni 2008 und im Bundesblatt (BBl.), Nr. 24 vom 17. Juni 2008 bekannt gegeben.

31. Mit Zuschrift vom 9. Juni 2008 ersuchen die Parteien um eine Fristerstreckung für die Einreichung der Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung. Die Frist war für den 13. Juni angesetzt. Wunschgemäss erhielten die Parteien eine Fristerstreckung bis am Freitag, 27. Juni 2008.

32. Am 11. Juni 2008 befragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Mitglieder der IG unabhängiger

Klein- und Mittelbrauereien erneut. Etwa drei Viertel der Befragten antworteten.

33. Zusätzlich zur Befragung der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien befragt das Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Tag später, am 12. Juni 2008, die vier grössten schweizerischen Brauerei-Gruppen Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg, Heineken, Eichhof und Schützengarten. Alle vier Brauerei-Gruppen erteilten die angefragten Auskünfte.

34. Im Zeitraum vom 12. Juni 2008 bis 23. Juni fragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Bundesamt für Statistik (BfS) für verschiedene Daten an. Dabei handelt es sich um Daten zum Warenkorb des Landesindex der Konsumentenpreise, zu den Ergebnissen des Europäischen Vergleichsprogramms, zu Preisindizes im Bereich Bier und zu Durchschnittspreisen von Bier.

35. Eingaben von Dritten zum Zusammenschlussvorhaben erfolgen mit Zuschriften vom 2. Juni 2008 und vom 18. Juni 2008.

### B.3 Zusätzliche Bemerkungen

36. Im vorliegenden Verfahren befindet sich Herr Prof. Dr. Andreas Kellerhals (Mitglied der Wettbewerbskommission) im Ausstand.

37. Während der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision eröffnet das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung im Bereich Bier. Dies ist die Vorabklärung 31-0300: Ausländische Biere AG. Weil diese Vorabklärung teilweise mit dem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision inhaltlich im Zusammenhang steht, wird hier die Vorabklärung Ausländische Biere AG erwähnt. Ein Aspekt ist insbesondere eine allfällige kollektive Marktbeherrschung durch die Brauerei-Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg und der neu gegründeten Brauerei-Gruppe HS/Eichhof Getränkedivision. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung ist bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses ein zentrales Element.

38. Die Wettbewerbskommission äussert sich in ihrem Entscheid nicht zu allen Randziffern der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 im Einzelnen. Die Wettbewerbskommission beschränkt sich in ihren Äusserungen auf die rechtserheblichen Vorbringen. Zu mehrfach geltend gemachten Argumenten der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 nimmt die Wettbewerbskommission nur ein Mal Stellung. Äussert sich die Wettbewerbskommission zu einer Aussage der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 nicht, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Wettbewerbskommission die entsprechende in der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 vertretene Auffassung teilt.

39. Bei den Marktanteilen findet mit der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 eine Korrektur der Angaben in der Meldung statt. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 enthält neue Berechnungen zu den Marktanteilen. Für die neuen Berechnungen der Marktanteile gibt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zwei Gründe an. Erstens, die vertiefte Auseinandersetzung mit dem Marktumfeld hätte inzwischen zu präziseren Schätzungen geführt.

Zweitens, die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 nahm "innerhalb der Märkte eine Umgruppierung" vor. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ergibt sich diese Umschichtung durch eine Zusammenfassung von Abholmärkten und Gastrobefieferungsbetrieben in einem sogenannten Mixed Channel. Ein grosser Teil der Abholmärkte (Cash & Carries) und Gastrobefieferungsbetriebe belieferten Horeka-Betriebe. Dieser grosse Teil sei in den Berechnungen der Meldung fälschlicherweise vollumfänglich dem Detailhandelskanal zugerechnet worden. Die neuen Schätzungen hätten nun ergeben, "dass 90 % des durch Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe vertriebenen Biers an Horeka-Betriebe verkauft werden". Insbesondere für alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal und Detailhandelskanal präzisiert die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 die Marktanteile. Für die Beurteilung im Rahmen der Prüfung übernimmt die Wettbewerbskommission die korrigierten Marktanteile der Stellungnahme vom 27. Juni 2008. Damit entsprechen die in der vorläufigen Prüfung verwendeten Marktanteile nicht denjenigen der Prüfung.

40. In der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ist auch eine Expertise von RBB Economics zum Thema einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung zwischen HS/Eichhof Getränke-division und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg als Beilage enthalten. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 sind "deren wichtigsten Erkenntnisse in die vorliegende Stellungnahme eingearbeitet" worden. "Im Übrigen soll diese Expertise einen integralen Bestandteil dieser Eingabe bilden." Die Wettbewerbskommission geht nicht eigens auf die Expertise von RBB Economics ein. Denn die Expertise von RBB Economics wurde in die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 eingearbeitet. Somit genügt es, wenn die Wettbewerbskommission auf die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 eingeht.

## **C ERWÄGUNGEN**

### **C.1 Geltungsbereich**

41. 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).

#### **C.1.1 Unternehmen**

42. 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.

#### **C.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

43. 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).

44. Wie bereits erwähnt, erfolgt im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eine Abspaltung der Getränkedivision der Eichhof-Gruppe. Bei dieser Abspaltung wird die Getränkedivision in die neu gegründete EGH eingebracht. Damit ist die EGH die Muttergesellschaft der bisher in der Getränkedivision zusammengefassten Gesellschaften. Nach der Abspaltung erwirbt HS die EGH. Weil die Eichhof Holding an der SWX Swiss Exchange börsenkotiert ist, ist zum Erwerb der Mehrheitsbeteiligung an der EGH die Durchführung eines öffentlichen Übernahmeangebots notwendig. Deshalb meldete Heineken International am 10. April 2008 ein öffentliches Kaufangebot für alle Aktien der mittels Abspaltung von der Eichhof Holding zu gründenden EGH. Voraussichtlich führt HS das eigentliche Angebot durch. Der weitere Zeitplan sieht folgendermassen aus:

6. Mai 2008 Veröffentlichung Halbjahreszahlen Eichhof Holding

7. Mai 2008 Publikation Angebotsprospekt, Beginn der Angebotsfrist

18. Juni 2008 Ende der Angebotsfrist

20. Juni 2008 Beginn der Nachfrist

3. Juli 2008 Ende der Nachfrist

45. Somit kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG qualifiziert werden.

46. Zum Unternehmenszusammenschluss ergänzt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008, dass das öffentliche Übernahmeangebot betreffend alle Aktien der zu gründenden EGH wie bereits erwähnt von HS durchgeführt wird. Das Angebot sei zustande gekommen. Am 23. Juni 2008 habe eine ausserordentliche Generalversammlung der Eichhof Holding AG der Abspaltung der Getränkesparte in die EGH mit dem erforderlichen Quorum zugestimmt.

### **C.2 Vorbehaltene Vorschriften**

47. 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.

### **C.3 Meldepflicht**

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

a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

49. Die Muttergesellschaft der Heineken International, die börsenkotierte Heineken N.V., erzielte im Geschäftsjahr 2007 einen Bruttoumsatz von CHF 20'839 Millionen. Über ihre Tochtergesellschaft HS erzielte Heineken In-

ternational in der Schweiz im Geschäftsjahr 2007 einen Bruttoumsatz von CHF [...] Millionen und einen Nettoumsatz von CHF [...] Millionen.

50. Im Geschäftsjahr 2006/2007 (1. Oktober 2006 bis 30. September 2007) erzielte die Eichhof-Gruppe einen weltweiten Umsatz von CHF 286.6 Millionen netto und CHF 308.9 Millionen brutto. Davon entfielen netto CHF 196.7 Millionen und brutto CHF 217.6 Millionen auf die Eichhof Getränkedivision aus der operativen Tätigkeit in der Schweiz, die sich mit dem weltweiten Umsatz der Getränkedivision deckt.

51. Daraus folgt, dass die beiden beteiligten Unternehmen im vergangenen Geschäftsjahr sowohl zusammen einen weltweiten Umsatz von mindestens CHF 2 Milliarden, als auch je einzeln in der Schweiz einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielt haben.

52. Damit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### C.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

53. 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.

54. 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.

55. 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.

56. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

##### C.4.1 Relevante Märkte

###### C.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

57. 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).

58. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zunächst zu unterscheiden zwischen<sup>1</sup>

- den Absatzmärkten, auf denen die Brauereien den Detailhandelsunternehmen, Horeka-Betreibern (Hotels, Restaurants, Kaffeehäuser), Distributoren und

Endkonsumenten als Anbieter gegenüberstehen, und

- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Brauereien den Lieferanten von Inputfaktoren als Nachfrager gegenüberstehen.

59. Zusätzlich zur Unterscheidung zwischen Absatz- und Beschaffungsmärkten, unterscheidet die Wettbewerbskommission im Getränkebereich zwischen verschiedenen Sorten von Getränken.<sup>2</sup> Grundsätzlich behandelt die Wettbewerbskommission nicht alkoholische und alkoholische Getränke voneinander getrennt. Bei den nicht alkoholischen Getränken unterteilt die Wettbewerbskommission aufgrund der Charakteristiken und Funktionen weiter in folgende Bereiche:

- Heissgetränke (Kaffee, Tee, Schokoladetränke),
- Mineralwasser,
- Kohlensäurehaltige Softdrinks inkl. Eistee (Getränke mit Cola-, Citro-, Orangengeschmack, Rivella etc.; nachfolgend CSD),
- Fruchtsäfte.

In ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2008 halten die Parteien angesichts der Substituierbarkeit von alkoholischem Bier durch alkoholfreies Bier an ihrer Auffassung fest, dass es sich beim alkoholischen und beim nicht-alkoholischen Bier nur um einen und nicht um zwei Produktmärkte handle. Der Abschnitt C.4.1.1.1 geht auf die Unterscheidung zwischen alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier ein.

60. Im Folgenden werden die Bereiche Heissgetränke und Fruchtsäfte von weiteren Betrachtungen ausgeklammert. Gemäss Meldung bieten HS und die Eichhof Getränkedivision keine Heissgetränke an. Für Fruchtsäfte beträgt der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision im Detailhandelskanal gemäss Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 weniger als [0-10] %. Im Horeka-Kanal betrage der gemeinsame Anteil von gehandelten Fruchtsäften ungefähr [0-10 %]. Somit kann bei Heissgetränken und bei Fruchtsäften von einer Unbedenklichkeit ausgegangen werden.

61. In Analogie zu den nicht alkoholischen Getränken können auch die alkoholischen Getränke weiter unterteilt werden. Eine weitere Unterteilung von alkoholischen Getränken nimmt auch die EU-Kommission vor. Die EU-Kommission stellte in verschiedenen Entscheidungen die Existenz eines gesonderten Biermarktes fest.<sup>3</sup> Bier unterscheidet sich von anderen Getränken insbesondere wegen des Alkoholgehalts, des Geschmacks und des

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Feldschlösschen / Coca Cola AG (RPW 2005/1 S. 118, Rz. 54 f.), Nestlé SA / Sources Minérales Henniez SA (RPW 2007/4 S. 528 Rz. 24-26).

<sup>3</sup> Entscheidung der Kommission vom 29. September 2004 in einem Verfahren nach Art. 81 EG-Vertrag (Sache COMP/C.37750/B2-Brasseries Kronenbourg, Brasseries Heineken), S. 20; Entscheidung der Kommission vom 20. September 1995 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache IV/M.582-Orkla/Volvo), ABI. L066 vom 16. März 1996, S. 3 ff.

Preises. Unterschiede im Alkoholgehalt, Geschmack und Preis bestehen auch zwischen den übrigen alkoholischen Getränken wie Wein und Spirituosen. Dementsprechend ist eine Unterteilung alkoholischer Getränke in folgende Bereiche möglich:

- Bier,
- Wein,
- Obstwein,
- Spirituosen,
- Schaumweine.

62. Innerhalb dieser vier Bereiche weisen die Getränke wiederum verschiedene Charakteristiken auf. Wein beispielsweise ist mittels verschiedener Kriterien kategorisierbar: Farbe (rot, weiss, rosé), Traubensorte oder Traubensortenmischung, Jahrgang oder Herkunftsland. Ähnliches gilt für Obstwein, Spirituosen und Schaumweine.

63. Allerdings kann für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben offen gelassen werden, ob Wein, Obstwein, Spirituosen und Schaumweine eigene relevante Märkte bilden und weiter unterteilt werden müssen. Aufgrund der Angaben der Meldung und der Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 liegen auch bei einer Unterteilung in die einzelnen Bereiche keine betroffenen Märkte vor. Im Detailhandelskanal liegen die gemeinsamen Marktanteile für die entsprechenden Produkte im einstelligen Prozentbereich. Im Horeka-Kanal ergeben die Angaben der Meldung und der Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 höhere Marktanteile. Der höchste Wert besteht für Obstwein im Horeka-Kanal: ungefähr [10-20 %]. Weil die Bereiche Wein, Obstwein, Spirituosen und Schaumweine auch bei einer engeren Abgrenzung keine betroffenen Märkte darstellen, wird im Folgenden auf eine genauere Betrachtung dieser Bereiche verzichtet.

64. Nachfolgend werden zuerst die Absatz- und anschliessend die Beschaffungsmärkte für die folgenden Bereiche bestimmt:

- Bier,
- Mineralwasser,
- CSD.

65. Eine Übersicht der abgegrenzten relevanten Märkte bietet die Tabelle 1 in Abschnitt C.4.1.3.

#### **C.4.1.1.1. Absatzmarkt im Bereich Bier**

66. Allgemein stehen Brauereien verschiedene Möglichkeiten für den Absatz von Bieren zur Verfügung. Diese Möglichkeiten sind gemäss Meldung die Folgenden: Eine erste Möglichkeit ist die Distribution von Bieren an Horeka-Betreiber. Diese Distribution läuft über brauereieigene Distributoren (Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen), freie Distributoren (von den Brauereien unabhängige Distributoren) und Distributoren von Konkurrenzbrauereien. Bei dieser ersten Möglichkeit der Distribution von Bieren an Horeka-Betreiber schliessen die Brauereien mit den Eigentümern oder Pächtern von Horeka-Betrieben oft Verträge über die Lieferung von Bieren ab.

67. Bei einer zweiten Möglichkeit liefern die Brauereien ihre Biere an Detailhandelsunternehmen wie Coop und

Migros. Diese Belieferung erfolgt direkt durch die Brauereien, durch eigene Distributoren oder durch freie Distributoren. Zum Beispiel beliefert die Eichhof-Gruppe die Migros mit alkoholfreiem Bier. Im Zusammenhang mit Detailhandelsunternehmen hebt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 hervor, dass die in einem Mixed Channel zusammengefassten Abholmärkte und Gastrobefiefungsbetriebe eine besondere Kategorie von Detailhändlern darstelle, indem sie 90 % des von ihnen erworbenen Biers an Horeka-Betriebe weiterverkauften, so dass die von den Brauereien an sie gelieferten Volumina zu 90 % dem Horeka-Kanal und nur zu 10 % dem Detailhandelskanal zuzurechnen seien.

68. Die dritte Möglichkeit ist die Bierproduktion im Auftrag von Detailhandelsunternehmen. In diesem Fall lässt ein Detailhandelsunternehmen eine Eigenmarke von einer Brauerei herstellen. Dies sind die sogenannten Private Labels. Bei Private Labels erfolgt die Auslieferung des Biers von der Brauerei direkt in die Verteilzentralen des entsprechenden Detailhandelsunternehmens. Beispielsweise braut HS für Coop die Eigenmarken Coop Lager, Tell Bier und Helvetia Bier. Detailhandelsunternehmen, welche Private Labels führen, sind Coop, Denner, Landi, Manor und Otto's.

69. Schliesslich können bei einer vierten Möglichkeit Distributoren Biere auch direkt an die Endkonsumenten verkaufen.

70. Aufgrund dieser vier Möglichkeiten können im vorliegenden Fall folgende Akteure Marktgegenseite einer Brauerei darstellen:

- Horeka-Betriebe sowie brauereifremde Distributoren (freie Distributoren und Distributoren von Konkurrenzbrauereien), welche Horeka-Betriebe beliefern (Hierzu zählt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 aufgrund ihrer Einführung des Mixed Channels auch die Abholmärkte und Gastrobefiefungsbetriebe);
- Detailhandelsunternehmen sowie brauereifremde Distributoren, welche Detailhandelsunternehmen beliefern;
- Endkonsumenten.

71. Diese Marktgegenseiten begründen eine Unterscheidung zwischen dem Horeka-Kanal und dem Detailhandelskanal.<sup>4</sup> Denn gemäss Praxis der Wettbewerbskommission weisen Endkonsumenten beim Konsum im Horeka-Bereich andere Verhaltensweisen auf als beim Heimkonsum. Im Horeka-Kanal erwerben die Kunden neben dem physischen Produkt zusätzliche Dienstleistungen. Zudem sind die Kunden im Horeka-Kanal grundsätzlich deutlich weniger preissensitiv als die Endkunden im Detailhandelskanal. Dieses Verhalten der Endkonsumenten schlägt auf das Nachfrageverhalten der Horeka-Betriebe durch: Gaststätten werden ihre Kaufentscheidungen stark vom "Brand" eines Produktes und dem damit verbundenen Image abhängig machen und den Kaufpreis verhältnismässig geringer gewichten, als dies im Detailhandel der Fall ist. Aus diesem Grund sind unter anderem Private Labels, welche im Detailhandel vertreten sind, in Gaststätten weniger oder kaum zu finden.

<sup>4</sup> Feldschlösschen/Coca Cola AG (RPW 2005/1 S. 118, Rz. 54 f.), Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA (RPW 2007/4 S. 528 Rz. 24-26).

72. Die Meldung beschreibt die Vertriebsstrukturen für den Horeka- und den Detailhandelskanal noch detaillierter. Im Horeka-Kanal stehen einem Horeka-Betrieb gemäss Meldung verschiedene Möglichkeiten für den Bezug von Bier zur Verfügung. Die Meldung beschreibt diese Möglichkeiten folgendermassen. Erste Möglichkeit ist die Belieferung des Horeka-Betriebes aus Depots der Brauereien. Die Brauerei beliefert den Horeka-Betrieb direkt über ihre eigenen Depots. Zweite Möglichkeit ist die Belieferung von Horeka-Betrieben durch unabhängige Distributoren, welche ein eigenes Lager führen. In aller Regel sind diese Distributoren regional tätig. Allerdings gibt es in der Schweiz eine Vielzahl solcher Distributoren. Als dritte Möglichkeit können die Horeka-Betriebe die Produkte bei national oder regional tätigen Distributoren selber abholen. Dies sind beispielsweise Distributoren wie Prodega oder Cash & Carry Angehrn. Solche Distributoren beliefern ausschliesslich Horeka-Betriebe. Die vierte Möglichkeit ist die Selbstabholung bei Detailhändlern wie Coop oder Denner.

73. Für den Detailhandelskanal beschreibt die Meldung die Vertriebsstrukturen folgendermassen. Die Brauereien beliefern in aller Regel die Verteilzentren der Detailhändler direkt ab Brauerei. In aller Regel schliessen die Detailhändler mit den Brauereien Verträge über ein abrufbares Grundvolumen ab. Einzelne Verträge über erweiterte Bezugsmengen ergänzen die Verträge über Grundvolumen. Detailhandelsunternehmen beziehen bei den Brauereien einerseits die Markenbiere der Brauerei. Andererseits lassen die Detailhandelsunternehmen von den Brauereien Eigenmarken herstellen. Beispielsweise stellt HS die Coop-Eigenmarken Coop Lager, Tell Bier und Helvetia Lagerbier Prix Garantie her.

74. Eine Unterscheidung zwischen Horeka-Kanal und Detailhandelskanal nimmt auch die Europäische Kommission vor. Im Fall *Stergio Delimits vs. Henninger Bräu AG* grenzte das Gericht der Europäischen Gemeinschaften als sachlich relevanten Markt den Vertrieb von Bier in Gaststätten ab (C-234/89, 1991). In ähnlicher Weise erscheint der EU-Kommission im Fall *Nestlé/San Pellegriano* (IV/M.1065, 1998) eine Unterscheidung zwischen Horeka-Kanal und Detailhandelskanal für den Bereich Mineralwasser als angemessen.

75. Vorangehende Ausführungen führen zu zwei sachlich relevanten Märkten für den Absatz im Bereich Bier. Ein erster sachlich relevanter Markt umfasst den Absatz von Bier im Horeka-Kanal. Ein zweiter sachlich relevanter Markt umfasst den Absatz von Bier im Detailhandelskanal.

76. Eine weitere Unterscheidung ist zwischen alkoholhaltigem und alkoholfreiem Bier möglich. Wie bereits erwähnt, geht die Stellungnahme für alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier hingegen von einem einzigen sachlich relevanten Markt aus. Eine Unterscheidung zwischen alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier aber ist aus folgenden Gründen naheliegend. Gemäss Art. 2 der Verordnung des EDI über alkoholische Getränke (Alkoholverordnung, SR 817.022.110) müssen die alkoholischen Getränke einen Ethylalkoholgehalt von mehr als 0,5 Volumenprozent aufweisen. Diese alkoholischen Getränke dürfen gemäss Art. 11 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV, SR

817.02) unter Vorbehalt der Bestimmungen der Alkoholgesetzgebung nicht an Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren abgegeben werden. Dadurch besteht eine Beschränkung in Bezug auf das Alter von Personen, welche alkoholisches Bier kaufen dürfen.

77. Ein zweiter Grund besteht in Bezug auf das Lenken von Fahrzeugen. Gemäss Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Blutalkoholgrenzwerte im Strassenverkehr (SR 741.13) gilt Fahrunfähigkeit wegen Alkoholeinwirkung (Angetrunkenheit) in jedem Fall als erwiesen, wenn der Fahrzeugführer oder die Fahrzeugführerin eine Blutalkoholkonzentration von 0,5 oder mehr Gewichtspromillen aufweist oder eine Alkoholmenge im Körper hat, die zu einer solchen Blutalkoholkonzentration führt. Folglich besteht für Fahrzeuglenker eine Obergrenze für den Konsum von alkoholhaltigem Bier. Dadurch besteht eine Beschränkung in Bezug auf Personen, welche nach dem Bierkonsum noch ein Fahrzeug lenken.

78. Ein weiterer, vierter Grund ist die Besteuerung von nicht-alkoholischem Bier. Im Gegensatz zu alkoholischem Bier wird nicht-alkoholisches Bier nicht besteuert. Gemäss Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Biersteuer (Biersteuergesetz, BStG, SR 641.411) wird auf Bier mit einem Alkoholgehalt von höchstens 0,5 Volumenprozent (alkoholfreies Bier) keine Steuer erhoben.

79. Für das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Heineken-Gruppe und der Eichhof-Gruppe kann allerdings die Abgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier offen bleiben. Diese Abgrenzung kann offen bleiben, weil die Abgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung nach Art. 10 Abs. 2 KG des Zusammenschlussvorhabens hat. Der Vollständigkeit halber erfolgt die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens mit einer Abgrenzung in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier.

#### **C.4.1.1.2. Absatzmarkt im Bereich Mineralwasser**

80. Gemäss Meldung produziert und vertreibt HS Mineralwasser. Als eigene Marke stellt HS Calanda Aqua her. HS vertreibt Calanda Aqua mit und ohne Kohlensäure. Zusätzlich vertreibt HS Mineralwasser, welches sie nicht selber herstellt.

81. Die Eichhof Getränkedivision stellt kein eigenes Mineralwasser her. Jedoch vertreibt die Eichhof Getränkedivision gemäss Meldung als sogenannte Premium-Marke das Mineralwasser Valser. Der Vertrieb von Valser durch die Eichhof Getränkedivision stützt sich auf eine Partnerschaftsvereinbarung mit Coca-Cola Beverages AG und Valser Mineralquellen AG. Allgemein arbeitet die Eichhof Getränkedivision für den Vertrieb von Mineralwasser und Süssgetränke auf vertraglicher Basis mit Coca-Cola Beverages AG, Nestlé Waters (Suisse) SA, Sources Minérales Henniez SA und Valser Mineralquellen AG zusammen.

82. Folglich können absatzseitig Distributoren, Horeka-Betriebe, Detailhandelsunternehmen und Endkonsumenten Marktgegenseite von HS und der Eichhof Getränkedivision sein.

83. Anhand der Tätigkeiten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen kommt im Bereich Mineralwas-

ser absatzseitig die gleiche Marktabgrenzung wie in den Fällen Feldschlösschen/Coca Cola AG und Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA zur Anwendung. Auf der Absatzseite umfasst ein erster sachlich relevanter Markt den Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal. Ein zweiter sachlich relevanter Markt umfasst den Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal.

#### **C.4.1.1.3. Absatzmarkt im Bereich CSD**

84. HS vertreibt gemäss Meldung auch Süssgetränke: "Alkoholfreie Getränke sind Produkte wie Mineralwasser, kohlenstoffhaltige Süssgetränke, Eistee, und weitere Süssgetränke wie z.B. Fruchtsäfte." Somit umfasst die Bezeichnung Süssgetränke der Meldung im Wesentlichen die Getränke, welche die Wettbewerbskommission als CSD beschreibt. Allerdings schliesst die Meldung in den Süssgetränken auch Fruchtsäfte mit ein. Im Gegensatz dazu gehören Fruchtsäfte nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht zu den CSD. Deshalb verwendet die Wettbewerbskommission im Folgenden für den Bereich CSD die Angaben zu den Süssgetränken der Meldung. Aber die Wettbewerbskommission schliesst dabei die Angaben zu den Fruchtsäften aus.

85. Gemäss Meldung ist HS im Vertrieb von CSD tätig. Ebenso vertreibt die Eichhof Getränkedivision CSD. Wie bereits erwähnt arbeitet die Eichhof Getränkedivision für den Vertrieb von CSD auf vertraglicher Basis mit Coca-Cola Beverages AG, Nestlé Waters (Suisse) SA, Sources Minérales Henniez SA und Valser Mineralquellen AG zusammen.

86. Analog zum Bereich Mineralwasser ist für den Bereich CSD der absatzseitig sachlich relevante Markt gleich wie in den beiden den Fällen Feldschlösschen / Coca Cola AG und Nestlé SA / Sources Minérales Henniez SA abzugrenzen. Im Bereich CSD umfasst ein erster sachlich relevanter Markt auf der Absatzseite den Absatz von CSD im Horeka-Kanal. Ein zweiter sachlich relevanter Markt umfasst den Absatz von CSD im Detailhandelskanal.

#### **C.4.1.1.4. Beschaffungsmärkte im Bereich Herstellung von Bier**

87. HS und die Eichhof Getränkedivision führen verschiedene Tätigkeiten aus. Beide Unternehmen stellen Bier her. Zudem stellt HS Mineralwasser her. Die selber hergestellten Getränke verkaufen die Unternehmen dann weiter. Schliesslich verkaufen beide Unternehmen auch Getränke, welche sie nicht selber herstellen. Aufgrund der Meldung sind folgende Beschaffungsmärkte relevant:

- Beschaffungsmarkt für Hopfen,
- Beschaffungsmarkt für Malz,
- Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen,
- Beschaffungsmarkt für Getränkedosen.

88. Ein weiterer Bereich ist der Inputfaktor Hefe. Zum Bereich Hefe gibt die Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 an, dass HS jährlich 2 Kilogramm Hefe erwirbt. Dieser Erwerb erfolgt allerdings über Heineken N.V.. Die restliche Hefe, welche HS für die Bierproduktion benötigt, produziert die Heineken-Gruppe selbst. Die Eichhof-Gruppe kauft jährlich einige Gramm Hefe bei der Hefebank der Versuchs- und Lehranstalt für Brauerei in Ber-

lin. Die restliche für die Bierproduktion verwendete Hefe produziert die Eichhof-Gruppe selbst. Aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, dass keine Anhaltspunkte für weitere Abklärungen im Bereich Beschaffung von Hefe bestehen.

#### **C.4.1.1.5. Beschaffungsmärkte im Bereich Mineralwasser**

89. Eine zweite Tätigkeit ist die Herstellung von Mineralwasser. Von den beiden Unternehmen HS und der Eichhof Getränkedivision stellt HS das Mineralwasser Calanda Aqua her. Für die Herstellung von Calanda Aqua füllt HS Wasser im Gebiet Parpan/Lenzerheide direkt ab Quelle ab. Zum Verkauf von trinkfertigem Mineralwasser benötigt HS Getränkeflaschen. Somit ergeben sich aus der Herstellung von Mineralwasser keine zusätzlichen Inputfaktoren als diejenigen, die für die Herstellung von Bier anfallen.

#### **C.4.1.1.6. Beschaffungsmärkte im Bereich trinkfertige Getränke**

90. Schliesslich besteht eine dritte Tätigkeit von HS und der Eichhof Getränkedivision in der Beschaffung von trinkfertigen Getränken. Die trinkfertigen Getränke beschaffen HS und die Eichhof Getränkedivision bei den entsprechenden Herstellern. Beispielsweise vertreiben HS und die Eichhof Getränkedivision Fremdbiere wie Beck's oder Mineralwasser wie Valser. Dies ergibt als zusätzliche Inputfaktoren trinkfertige Getränke. Analog zur Absatzseite sind auch die Inputfaktoren trinkfertige Getränke in unterschiedliche Bereiche aufzutrennen. Diese Auftrennung führt für bei den trinkfertigen Getränken zu Beschaffungsmärkten für

- Wein,
- Obstwein,
- Spirituosen,
- Schaumweine,
- Mineralwasser,
- CSD,
- Fruchtsäfte.

91. Allerdings kann in diesem Zusammenschlussvorhaben für die Bereiche Wein, Obstwein, Spirituosen, Schaumwein, Mineralwasser, CSD und Fruchtsäfte eine beschaffungsseitige Marktabgrenzung offen gelassen werden. Denn wie bereits in der Marktabgrenzung für die Absatzseite dargestellt, bestehen keine Anhaltspunkte für weitere Abklärungen in diesen Bereichen.

#### **C.4.1.1.7. Distributionsmarkt**

92. Zusätzlich zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten führen die Tätigkeiten von HS und der Eichhof Getränkedivision zu einem Distributionsmarkt. In diesem Distributionsmarkt beziehen Brauereigruppen und freie Distributoren Bier und verkaufen dieses an Horeka-Betriebe und kleinere Einzelhändler weiter.

93. Analog zu den Absatzmärkten im Bereich Bier ist eine Unterteilung des Distributionsmarktes in alkoholisches und nicht-alkoholisches Bier sowie eine Unterteilung in die zwei Kanäle Horeka und Detailhandel.

94. Bei einer schweizweiten Betrachtung für einen Distributionsmarkt verfügen HS und die Eichhof Getränkedivi-



sion gemäss Meldung bei alkoholischem Bier über einen Marktanteil von [10-20 %]. Bei nicht-alkoholischem Bier beträgt der Marktanteil gemäss Meldung [10-20 %].

95. Somit bestehen keine Anhaltspunkte für weitere Abklärungen im Bereich Distribution. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kann eine abschliessende Marktsegmentierung für den Distributionsmarkt offen gelassen werden.

#### C.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

96. 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).

##### C.4.1.2.1 Absatzmarkt im Bereich Bier

97. Die Wettbewerbskommission behandelt in ihrem Gutachten vom 1. Oktober 2007 für das Kantonsgericht des Kantons Graubünden HS gegen Feldschlösschen Getränke AG die Frage der räumlichen Marktsegmentierung für den Bereich Bier. Zu der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes erachtet die Wettbewerbskommission Transportkosten als bedeutend. Liegt ein flächendeckendes Vertriebsnetz vor, welches einer einheitlichen Sortiments- und Preispolitik und damit homogenen Wettbewerbsbedingungen untersteht, kann als räumlich relevanter Markt die ganze Schweiz betrachtet werden.

98. Gemäss Meldung beliefern grosse Brauereien eigene Distributoren, freie Distributoren, Distributoren anderer Brauereien und Regionallager der Grossverteiler des Detailhandels meist mit einem ganzen Lastenzug. Diese Belieferung erfolgt in der gesamten Schweiz oder zumindest überregional. Ein Distributor in der Westschweiz könne durchaus von einem Brauerei-Depot in der Ost-

schweiz beliefert werden. Sobald die Getränke einmal verpackt sind, sei es für eine Brauerei von untergeordneter Bedeutung, wie weit der Transport geht. Somit sei die Grobverteilung von einer Brauerei an den Distributor meist überregional, häufig auch national.

99. Grundsätzlich könnten bei der Distribution zwischen zwei logistischen Stufen unterschieden werden. Eine erste Stufe sei eine Grobverteilung im Sinn des Transports der Biere von der Brauerei bis hin zu den eigenen, freien, oder fremden Distributoren oder Regionallager der Detailhändler. Als zweite Stufe bestehe die Feinverteilung von den Distributoren zu den Horeka-Betreibern, den kleinen Detailhändlern sowie in die Haushalte der Konsumenten.

100. Die Grobverteilung würden die Brauereien in der Regel selber vornehmen. Mit der Grobverteilung transportierten die Brauereien das Bier ab einem zentralen Standort in die gesamte Schweiz. Diese Transporte dienten hauptsächlich der Belieferung von eigenen, freien Distributoren und Distributoren von Konkurrenzbrauereien.

101. Von den Distributoren würde das Bier dann mittels Feinverteilung an die Horeka-Betriebe, den kleinen Detailhändlern und den Privathaushalten ausgeliefert. Endabnehmer könnten die Ware auch selber in den Depots abholen.

102. Die Wettbewerbskommission stellte in ihrem Gutachten vom 1. Oktober 2007 fest, dass HS gemäss ihrem Internetauftritt ein nationales Vertriebssystem hat. Dies trifft immer noch zu ([www.heinekenswitzerland.com](http://www.heinekenswitzerland.com), besucht am 7. Mai 2008). HS beliefert mit ihrem Distributionsnetz sämtliche Landesteile der Schweiz. Abbildung 3 zeigt das Distributionsnetz von Heineken.



Abbildung 3: Distributionsnetz von HS

103. Die Eichhof Getränkedivision bewirtschaftet gemäss Meldung von Luzern aus drei Marktgebiete. Als erstes Marktgebiet gelten die Räume Zürich, Basel und die restliche, nicht andern Marktgebieten zugeteilte Schweiz. Das zweite Marktgebiet umfasst die Nordschweiz und den Kanton Tessin. Als drittes Marktgebiet gibt die Meldung die Zentralschweiz und Bern an. Die Eichhof Getränkedivision ist in der Zentralschweiz sehr präsent. Allerdings beliefere die Eichhof Getränkedivision in zunehmendem Masse auch die Wachstumsgebiete Zürich, Aargau, Solothurn, Bern/Berner Oberland, Tessin und Basel. Somit sei die Eichhof Getränkedivision praktisch auf dem gesamten Gebiet der Deutschschweiz sowie im Tessin aktiv. Die Eichhof Getränkedivision verfüge über ein einheitlich organisiertes Vertriebssystem soweit sie am Markt auftrete. Es werde eine gleichartige Sortiments- und Preispolitik betrieben. Regionale Unterschiede in der Preis- oder Sortimentsgestaltung können nicht ausgemacht werden. Allfällige Differenzen begründeten sich in der Beziehung zum einzelnen Depositär, unabhängig von seinem Standort. Aus diesen Gründen herrschten homogene Wettbewerbsbedingungen im gesamten Marktgebiet, das die Eichhof Getränkedivision bearbeitet.

104. Im Horeka-Kanal kann ein Horeka-Betreiber gemäss Meldung Bier bei allen gesamtschweizerisch sowie regional tätigen Brauereien beziehen. Beispielsweise kann ein Horeka-Betrieb in der Westschweiz bei der Eichhof Getränkedivision Bier kaufen. Denn eine Brauerei braucht für die Belieferung eines Horeka-Betriebes kein eigenes Distributionszentrum in der Region des Horeka-Betriebes. Die Versorgung des Horeka-Betriebes mit Bier ist auch durch freie Distributoren oder Distributoren von Konkurrenzbrauereien möglich. Erneut erwähnt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 an dieser Stelle, dass die Horeka-Betriebe Flaschen- und Dosenbiere auch bei Abholmärkten und Gastrobefieferungsbetrieben beziehen können.

105. Gemäss Meldung bewerben und betreiben alle drei grossen Brauereien ihre Produkte gesamtschweizerisch. Jede dieser Brauereien wende ihre Konditionen gesamtschweizerisch gleichermassen an. Deshalb seien die Wettbewerbsbedingungen in den Regionen gesamtschweizerisch vergleichbar. Allfällige Preisunterschiede ergäben sich fast nur aus dem Absatzvolumen, das ein Horeka-Betrieb in den künftigen Jahren voraussichtlich generieren kann. Die Preisunterschiede würden nicht von der örtlichen Lage des Horeka-Betriebes abhängen.

106. Im Detailhandelskanal sind die Abnehmer von Bier gemäss Meldung im Wesentlichen national tätige Detailhandelsunternehmen. Diese Detailhandelsunternehmen betreiben das Geschäft im gesamten bearbeiteten Marktgebiet nach einheitlichen Grundsätzen.

107. Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass in der ganzen Schweiz homogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Damit umfasst der absatzseitig räumlich relevante Markt im Bereich Bier im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal das Gebiet der Schweiz.

#### **C.4.1.2.2. Absatzmarkt im Bereich Mineralwasser**

108. Im Bereich Mineralwasser befasste sich die Wettbewerbskommission bereits mit der räumlichen Marktabgrenzung.<sup>5</sup> Die Wettbewerbskommission fand, dass die

relevanten Hersteller von CSD, Fruchtsäften und Mineralwasser ihre Produkte schweizweit anbieten. Unterschiede in Wettbewerbsbedingungen sind zwischen einzelnen Regionen nicht auszumachen.

109. Gemäss Meldung hängt bei HS und der Eichhof Getränkedivision der Vertrieb von Mineralwasser in aller Regel mit dem Vertrieb von Bieren eng zusammen.

110. In Fortführung der Praxis der Wettbewerbskommission umfasst der relevante Markt in räumlicher Hinsicht im Bereich Mineralwasser für den Horeka-Kanal und den Detailhandelskanal vorliegend das Gebiet der Schweiz.

#### **C.4.1.2.3. Absatzmarkt im Bereich CSD**

111. Die räumliche Marktabgrenzung im Bereich CSD entspricht der räumlichen Marktabgrenzung im Bereich Mineralwasser. Somit umfasst der relevante Markt in räumlicher Hinsicht im Bereich CSD für den Horeka-Kanal und den Detailhandelskanal vorliegend das Gebiet der Schweiz.

#### **C.4.1.2.4. Beschaffungsmarkt im Bereich Hopfen**

112. Für den Bereich Hopfen geht die Meldung von einem internationalen Markt aus. Im europäischen Raum sei Osteuropa der wichtigste Hopfenproduzent. Die grösste Hopfenproduktion verzeichne Tschechien. Weitere Länder mit internationaler Bedeutung im Anbau von Hopfen seien Polen, Slowenien, und die Ukraine. Einzelne multinationale Unternehmen beherrschten den Bereich Hopfen. Die Marktstellung dieser einzelnen Unternehmen sei sehr stark, weil Hopfen international knapp sei. Zwei Ursachen seien für diese starke Marktstellung verantwortlich. Die erste Ursache sei die weltweit deutlich gestiegene Bierherstellung. Als zweite Ursache nennt die Meldung witterungsbedingt schlechte Ernte von Hopfen in den Jahren 2006 und 2007. Deshalb dominierte die Anbieterseite von Hopfen die Abnehmerseite deutlich. Vier Unternehmen erwirtschafteten 95 % des weltweiten Umsatzes aus dem Vertrieb von Hopfen: Barth-Haas, Hopsteiner, Yakima Chief und New Zealand Hops.

113. Für die räumliche Marktabgrenzung stellen sich nun zwei Fragen. Erstens, sind die Anbieter von Hopfen Unternehmen aus der Schweiz oder ausländische Unternehmen mit schweizerischen Vertretungen oder Tochtergesellschaften? Bei schweizerischen Unternehmen und ausländischen Unternehmen mit Vertretungen oder Tochtergesellschaften in der Schweiz kann davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen über Vertriebsorganisationen und Kanäle in der Schweiz verfügen. In diesem Fall sind die Unternehmen direkt im Gebiet der Schweiz tätig. Zweitens, bestehen für den Import von Hopfen in die Schweiz und dessen Inverkehrbringen staatliche Regelungen und Beschränkungen? Falls staatliche Vorgaben beim Import und Inverkehrbringen von Hopfen existieren, können Abnehmer den Hopfen nicht ohne Weiteres international einkaufen.

<sup>5</sup> Feldschlösschen/Coca Cola AG (RPW 2005/1), Nestlé SA/Sources Minérales Henniez SA (RPW 2007/4).

114. Die Meldung macht Angaben zu diesen zwei Fragestellungen. Zur ersten Fragestellung macht die Meldung Angaben zu den vier Unternehmen, welche 95 % des weltweiten Umsatzes aus dem Vertrieb mit Hopfen erwirtschaften. Barth-Haas hat gemäss Meldung eine Vertretung in der Schweiz. Auch unter [www.barthhaasgroup.com](http://www.barthhaasgroup.com) (besucht am 7. Mai 2008) ist ersichtlich, dass Barth-Haas in der Schweiz eine Vertretung führt. Hopsteiner ist gemäss Meldung ebenso in der Schweiz vertreten. Die zwei anderen Anbieter von Hopfen Yakima Chief und New Zealand Hops führen gemäss Meldung in der Schweiz keine Vertretung. Die Internetauftritte von Yakima Chief und New Zealand Hops scheinen diese Angaben zu bestätigen ([www.yakimachief.com](http://www.yakimachief.com), [www.nzhops.co.nz](http://www.nzhops.co.nz), beide besucht am 7. Mai 2008). Ein anderes Unternehmen Lupex wiederum betreibt eine Vertretung in der Schweiz. Aufgrund dieser Angaben ist keine eindeutige Systematik festzustellen, ob internationale Hopfenhandelsunternehmen in der Schweiz Vertretungen betreiben oder nicht.

115. Zur zweiten Fragestellung gibt die Meldung an, dass bei der Einfuhr von Hopfen in die Schweiz aus Sicht von HS keine staatlichen Beschränkungen bestehen.

116. Somit erscheint im Bereich Hopfen für die Beschaffungsseite eine räumliche Marktabgrenzung sinnvoll, welche das Gebiet Europa umfasst.

#### **C.4.1.2.5. Beschaffungsmarkt im Bereich Malz**

117. Gemäss Meldung dominieren auch im Bereich Malz einzelne multinationale Unternehmen. Wie Hopfen, sei Malz ein weltweit knapper Rohstoff geworden. Die Ursachen dafür seien die gleichen wie beim Hopfen: weltweit deutlich gestiegene Bierherstellung und witterungsbedingt schlechte Ernte von Braugerste, dem Rohstoff von Malz, in den Jahren 2006 und 2007. Insgesamt erwirtschafteten neun Unternehmen 95 % des weltweiten Gesamtumsatzes im Bereich Malz. Keines dieser neun Unternehmen sei ein schweizerisches Unternehmen. Die Unternehmen, bei denen HS das Malz bezieht, hätten offenbar keine Vertretungen in der Schweiz. Bei den Mälzereien, welche die Eichhof-Gruppe beliefern, sei die Hälfte in der Schweiz vertreten. Für die Einfuhr von Malz in die Schweiz seien HS keine Beschränkungen bekannt.

118. Aufgrund dieser Angaben erscheint im Bereich Malz für die Beschaffungsseite eine räumliche Marktabgrenzung sinnvoll, welche das Gebiet Europa umfasst.

#### **C.4.1.2.6. Beschaffungsmarkt im Bereich Glas und Glasflaschen**

119. Im Bereich Glas geht die Meldung von einem europäischen Markt aus. Der Glas-Markt sei ein reiner Anbietermarkt. Grösste Anbieterin von Glas sei die Vetropack-Gruppe. Vetropack dominiere den europäischen Markt für Glas. Vetropack ist ein börsenkotiertes Familienunternehmen mit Gruppenmanagement in der Schweiz. Für die Herstellung und den Vertrieb von Verpackungsglas verfügt Vetropack über eigene Gesellschaften in der Schweiz, in Österreich, in Tschechien, in der Slowakei, in

Kroatien und in der Ukraine. Rund 95 % des Gesamtumsatzes im Bereich Glas erwirtschafteten fünf Unternehmen. Weltweit sei Glas knapp, vor allem weisses Glas.

120. Beschränkungen für die grenzüberschreitende Einfuhr von Glasflaschen seien HS nicht bekannt.

121. Die Eichhof-Gruppe bezog im Braujahr 2006/2007 Glasflaschen von neun Herstellern. Von diesen neun Herstellern unterhalten vier eine Vertretung in der Schweiz.

122. Für das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Heineken-Gruppe und der Eichhof-Gruppe kann allerdings die räumliche Abgrenzung von einem schweizweiten oder einem europäischen Markt für den Beschaffungsmarkt im Bereich Glas und Glasflaschen offen gelassen werden. Diese Abgrenzung kann offen bleiben, weil – wie nachfolgend gezeigt wird – auch bei einer engeren Marktabgrenzung, welche die Schweiz umfasst, für den Beschaffungsmarkt im Bereich Glas und Glasflaschen keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit weiterer Abklärungen vorliegen.

#### **C.4.1.2.7. Beschaffungsmarkt im Bereich Getränkedosen**

123. Für die Beschaffung im Bereich Getränkedosen geht die Meldung von einem reinen Anbietermarkt aus. Der britische Verpackungshersteller Rexam kontrolliere den internationalen Markt für Getränkedosen. Rexam gehöre zu den weltgrössten Verpackungsherstellern. Im Bereich Getränkedosen sei Rexam Weltmarktführer. Der räumlich relevante Markt sei als international zu bezeichnen. HS schätzt, dass vier Unternehmen 95 % des Gesamtumsatzes mit Getränkedosen erwirtschaften. Deshalb geht die Meldung von einem europäisch räumlich relevanten Markt aus.

124. Grenzüberschreitende Einfuhrbeschränkungen für Getränkedosen seien HS nicht bekannt.

125. Im Geschäftsjahr 2007 bezog HS gemäss Meldung insgesamt [...] Mio. Getränkedosen. [...] Für diese [...] Mio. Getränkedosen schätzt HS ihren Anteil an den in der Schweiz verwendeten Bierdosen auf [10-20 %].

126. Die Eichhof-Gruppe bezog im Braujahr 2006/2007 [...] Mio. Getränkedosen. Dies ergibt mittels Verwendung der Schätzungen von HS einen Anteil von der Eichhof-Gruppe an den in der Schweiz verwendeten Bierdosen von ungefähr [0-10 %]. Somit beträgt bei einer schweizweiten Betrachtung der Anteil im Bereich Bierdosen für HS und der Eichhof-Gruppe zusammen weniger als 20 %. Folglich bestünde bei einer räumlichen Marktabgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz umfasst, kein betroffener Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Insofern bestehen keine Anhaltspunkte, dass weitere Abklärungen und Beurteilungen im Bereich der Beschaffung von Getränkedosen notwendig sind. Deshalb kann auch eine Marktabgrenzung für den Beschaffungsmarkt im Bereich Getränkedosen offen gelassen werden.

### C.4.1.3 Zusammenfassung relevante Märkte

127. Als Übersicht zu den relevanten Märkten fasst die nachfolgende Tabelle 1 die relevanten Märkte in ihrer sachlichen und räumlichen Dimension zusammen.

Tabelle 1: Zusammenfassung der relevanten Märkte

Sachliche Dimension	Räumliche Dimension	Absatz- oder beschaffungsseitig	Betroffener Markt
Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Absatz von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal	Schweiz	Absatzseitig	nein
Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	nein
Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal	Schweiz	Absatzseitig	nein
Absatz von CSD im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	nein
Absatz von CSD im Detailhandelskanal	Schweiz	Absatzseitig	nein
Beschaffungsmarkt für Hopfen	Europa	Beschaffungsseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Malz	Europa	Beschaffungsseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen	Offen gelassen	Beschaffungsseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Getränkedosen	Offen gelassen	Beschaffungsseitig	nein

### C.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

128. 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.

#### C.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

129. Zur Berechnung der Marktanteile verwendet die Meldung Daten anhand der Geschäftsjahre von HS und der Eichhof-Gruppe. Bei HS entspricht das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr. Im Gegensatz dazu entspricht bei der Eichhof-Gruppe das Geschäftsjahr nicht dem Kalenderjahr. Das Geschäftsjahr von der Eichhof-Gruppe dauerte in den letzten drei Jahren vom 1. Oktober bis 30. September des darauffolgenden Jahres. Obwohl das Geschäftsjahr bei der Eichhof-Gruppe vom Kalenderjahr abweicht, weisen die folgenden Betrachtungen das Ge-

schäftsjahr der Eichhof-Gruppe dem entsprechenden Kalenderjahr zu. Dementsprechend beinhalten die Angaben für das Kalenderjahr 2007 für die Eichhof-Gruppe das Geschäftsjahr vom 1. Oktober 2006 bis 30. September 2007. Dieses Vorgehen erfolgt in Anlehnung an die Meldung.

130. Wie bereits in den zusätzlichen Bemerkungen zum Sachverhalt erwähnt, präzisiert die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 die Angaben zu den Marktanteilen in der Meldung. Diese Präzisierung erfolgt durch die Einführung eines sogenannten Mixed Channels, innerhalb dessen die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 eine Umschichtung vornimmt. Für die Feststellung der betroffenen Märkte und die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens übernimmt die Wettbewerbskommission die Angaben zu den Marktanteilen in der Stellungnahme vom 27. Juni 2008. Nähere Ausführungen zum Mixed Channel erfolgen in den Vorbemerkungen zur Bestimmung der aktuellen und potenziellen Konkurrenz in Abschnitt C.4.2.2.1.

131. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 berücksichtigt bei der Berechnung der Marktanteile die Volumina der von HS hergestellten Coop Private Labels nicht. Als Argument führt die Stellungnahme an: "da diese Marken Coop gehören und die daraus generierten Anteile direkt Coop zuzurechnen sind."

#### C.4.2.1.1. Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

132. Für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal bestimmt das Verhältnis zwischen dem Gesamtkonsum in diesem Bereich und dem von einer Brauerei abgesetzten Volumen den Marktanteil der Brauerei. Für die Berechnung dieser Marktanteile ist es unerheblich,

ob ein Horeka-Betrieb das Bier bei einem brauereieigenen, brauereifremden oder einem freien Distributor bezieht. Die Marktanteile haben sich gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Tabelle 2: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS	[15-25 %]	[15-25 %]	[15-25 %]
Eichhof Getränke-division	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
<b>Total</b>	<b>[30-40 %]</b>	<b>[30-40 %]</b>	<b>[30-40 %]</b>

133. Da der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision auf dem Markt für Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal mehr als 20 % beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.2. Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

134. Wie beim alkoholischen Bier bestimmt das Verhältnis zwischen dem Gesamtkonsum in diesem Bereich und

dem von einer Brauerei abgesetzten Volumen den Marktanteil der Brauerei für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal. Für die Berechnung dieser Marktanteile ist es unerheblich, ob ein Horeka-Betrieb das Bier bei einem brauereieigenen, brauereifremden oder einem freien Distributor bezieht. Die Marktanteile haben sich gemäss Meldung in den letzten drei Jahren wie folgt entwickelt:

Tabelle 3: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Eichhof Getränke-division	[25-35 %]	[25-35 %]	[25-35 %]
<b>Total</b>	<b>[30-40 %]</b>	<b>[30-40 %]</b>	<b>[30-40 %]</b>

135. Da der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision auf dem Markt für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal mehr als 20 % beträgt, handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.3. Absatz von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

136. Im Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal berechnen sich die Marktanteile auf der Basis des gesamten Volumens, welches alle Detailhandelsunternehmen in der Schweiz jährlich einkaufen. Das Volumen an verkauftem alkoholischem Bier einer Brauerei gemessen am Gesamtvolumen ergibt den Marktanteil der Brauerei. Für die Marktanteile von HS und der Getränkedivision Eichhof der letzten drei Jahre gibt die Meldung folgende Werte an.

Tabelle 4: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränke-division für den Absatz von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Eichhof Getränke-division	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
<b>Total</b>	<b>[5-15 %]</b>	<b>[5-15 %]</b>	<b>[5-15 %]</b>

137. Da der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränke-division auf dem Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Detailhandelskanal weniger als 20 % beträgt, handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.4. Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

138. Basis für die Berechnung der Marktanteile beim Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal ist das Gesamtvolumen, welches alle Detailhandelsunternehmen in der Schweiz jährlich einkaufen. Das Volumen an verkauftem alkoholischem Bier einer Brauerei, gemessen am Gesamtvolumen, ergibt den Marktanteil der Brauerei. Zu den Marktanteilen der Eichhof Ge-

tränke-division in den Jahren 2005 und 2006 enthält die Meldung keine Angaben. Diese Marktanteile berechnet deshalb die Wettbewerbskommission aufgrund der Angaben der Meldung mit Beilagen. Die Gesamtmenge an nicht-alkoholischem Bier, welche die Detailhandelsunternehmen im Jahr 2006 kaufen, beträgt [60'000-70'000] hl. Im Jahr 2006 setzt die Eichhof Getränke-division [...] hl nicht-alkoholisches Bier ab. Diese Angaben ergeben einen Marktanteil für die Eichhof Getränke-division von ungefähr [50-60 %] für das Jahr 2006. Das gleiche Vorgehen ergibt für das Jahr 2005 einen Marktanteil von ungefähr [50-60 %]. Somit ergeben sich aus der Meldung und der Ergänzung vom 23. Juni 2008 für die Marktanteile von HS und der Getränke-division Eichhof folgende Werte.

Tabelle 5: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränke-division für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS	[5-10 %]	[5-10 %]	[5-10 %]
Eichhof Getränke-division	[65-75 %]	[60-70 %]	[55-65 %]
<b>Total</b>	<b>[70-80 %]</b>	<b>[70-80 %]</b>	<b>[60-70 %]</b>

139. Der Marktanteil der Eichhof Getränke-division auf dem Markt für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal liegt bei über 30 %. Folglich handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.5. Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal

140. Für den Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal bemisst sich die Marktstärke des Herstellers nach dem Marktanteil der Produkte eines Herstellers in diesem Kanal. Die Marktanteile haben sich gemäss Meldung für das Jahr 2007 wie folgt entwickelt:

Tabelle 6: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränke-division für den Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal

Unternehmen	2007
HS	[0-10 %]
Eichhof Getränke-division	[0-10 %]
<b>Total</b>	<b>[10-20 %]</b>

141. Da der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision auf dem Markt für den Absatz von Mineralwasser im Horeka-Kanal weniger als 20 % beträgt, handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.6. Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal

142. Für die Berechnung der Marktanteile beim Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal ist das Gesamtvolumen massgebend, welches alle Detailhandelsunternehmen in der Schweiz jährlich einkaufen. Das Volumen an verkauftem Mineralwasser eines Mineral-

wasserherstellers gemessen am Gesamtvolumen ergibt den Marktanteil. Die Bereiche Mineralwasserherstellung und Vertrieb sind im Vergleich zum Gesamtmarkt und gemessen an der übrigen Geschäftstätigkeit von HS und Eichhof Getränkedivision von untergeordneter Bedeutung, da Eichhof Getränkedivision kein Mineralwasser herstellt, sondern gestützt auf eine Partnerschaftsvereinbarung mit Coca-Cola Beverages AG die Premium-Marke Valser vertreibt und HS das hergestellte Mineralwasser "Calanda Aqua" im Detailhandelskanal nicht vertreibt. Die Marktanteile haben sich gemäss Meldung für das Jahr 2007 wie folgt entwickelt:

Tabelle 7: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision für den Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal

Unternehmen	2007
HS	[0-10 %]
Eichhof Getränkedivision	[0-10 %]
<b>Total</b>	<b>[0-10 %]</b>

143. Da die Marktanteile auf dem Markt für den Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal die vorgegebenen Werte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreichen, handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.7. Absatz von CSD im Horeka-Kanal

144. Für den Absatz von CSD im Horeka-Kanal bemisst sich die Marktstärke des Herstellers wie beim Mineralwasser nach dem Marktanteil der Produkte eines Herstellers in diesem Kanal. Die Marktanteile haben sich gemäss Meldung für das Jahr 2007 wie folgt entwickelt:

Tabelle 8: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision für den Absatz von CSD im Horeka-Kanal

Unternehmen	2007
HS	[0-10 %]
Eichhof Getränkedivision	[0-10 %]
<b>Total</b>	<b>[5-15 %]</b>

145. Da der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision auf dem Markt für den Absatz von CSD im Horeka-Kanal weniger als 20 % beträgt, handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.8. Absatz von CSD im Detailhandelskanal

146. Im Markt für den Absatz von CSD im Detailhandelskanal berechnen sich die Marktanteile auf der Basis des gesamten Volumens, welche alle Detailhandelsunternehmen in der Schweiz jährlich einkaufen. Gemäss Meldung sind HS und Eichhof Getränkedivision nur im Vertrieb von CSD tätig, weshalb dieser Bereich eine untergeordnete Rolle spielt.

Tabelle 9: Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision für den Absatz von CSD im Detailhandelskanal

Unternehmen	2007
HS	[0-10 %]
Eichhof Getränkedivision	[0-10 %]
<b>Total</b>	<b>[0-10 %]</b>

147. Da die Marktanteile auf dem Markt für den Absatz von Mineralwasser im Detailhandelskanal die vorgegebenen Werte nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreichen, handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.9. Beschaffungsmarkt für Hopfen

148. HS schätzt den Bedarf der in der Schweiz tätigen Brauereien auf jährlich rund [20-30] Tonnen Hopfen. Zum eigenen Bedarf gibt HS eine jährliche Menge von [...] Tonnen Hopfen an. Die Eichhof Holding verbrauchte im Jahr 2007 gemäss Meldung [...] Tonnen Hopfen. Diese Angaben ergeben für HS einen Anteil am gesamtschweizerischen Hopfenbedarf von [15-25 %]. Für die Eichhof Holding ergeben die Angaben einen Anteil am gesamtschweizerischen Hopfenbedarf von [10-20 %]. Diese Zahlen weichen allerdings von den Schätzungen in der Meldung für die Marktanteile bei der Beschaffung von Hopfen ab. Gemäss Meldung beträgt der Anteil von HS an der gesamthaft in der Schweiz verbrauchten Hopfenmenge [10-20 %]. Der Anteil von Eichhof am Gesamthopfenbezug beläuft sich auf etwa [10-20 %]. Aber unabhängig von den verwendeten Angaben beträgt der gemeinsame Marktanteil bei der Beschaffung von Hopfen mehr als 20 % im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Somit handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### C.4.2.1.10. Beschaffungsmarkt für Malz

149. HS schätzt ihren eigenen Anteil am in der Schweiz verarbeiteten Malz auf [10-20 %]. Im Vergleich mit HS beträgt der Anteil der Eichhof-Gruppe am in der Schweiz verarbeiteten Malz knapp [0-10 %]. Wiederum weichen diese Anteile von den Werten ab, die sich aufgrund der Angaben der Meldung zum Verbrauch von Malz ergeben. HS schätzt den Totalbedarf an Malz aller Brauereien in der Schweiz auf [55'000-65'000] Tonnen. HS beziehe jährlich rund [...] Tonnen Malz. Die Eichhof-Gruppe bezog im Jahr 2007 [...] Tonnen Malz. Diese Angaben er-

geben für HS einen Anteil am gesamtschweizerischen Hopfenbedarf von ungefähr [15-25 %]. Für die Eichhof Holding ergeben die Angaben einen Anteil am gesamtschweizerischen Hopfenbedarf von [5-10 %]. Wie beim Beschaffungsmarkt für Hopfen beträgt der gemeinsame Marktanteil bei der Beschaffung von Malz mehr als 20 % im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU unabhängig von den verwendeten Angaben. Somit handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

#### C.4.2.1.11. Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen

150. HS geht davon aus, dass der Anteil von HS an den in der Schweiz gebrauchten Bierflaschen [5-15 %] beträgt. Angesichts dieser Schätzung dürfte der Anteil der Eichhof-Gruppe gemäss Meldung an der in der Schweiz verwendeten Bierflaschenmenge knapp [5-15 %] betragen. Somit beträgt der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision auf dem Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen mehr als 20 %. Es handelt sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.12. Beschaffungsmarkt für Getränkedosen

151. Gemäss Meldung schätzt HS ihren Anteil an den in der Schweiz verwendeten Bierdosen auf [10-20] %. Gemessen am geschätzten Anteil von HS beträgt der Anteil der Eichhof-Gruppe gemäss Meldung weniger als [0-10 %]. Folglich beträgt der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof-Gruppe auf dem Beschaffungsmarkt für Getränkedosen weniger als 20 % beträgt. Es handelt es sich um keinen vom Zusammenschluss betroffenen Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

#### C.4.2.1.13. Zusammenfassung der Feststellung der betroffenen Märkte

152. Nachfolgende Tabelle 7 zeigt die betroffenen Märkte. Von den relevanten Märkten erweisen sich 6 Märkte als betroffen.

Tabelle 7: Zusammenfassung der betroffenen Märkte

Sachliche Dimension	Räumliche Dimension	Absatz- oder beschaffungsseitig	Betroffener Markt
Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal	Schweiz	Absatzseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Hopfen	Europa	Beschaffungsseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Malz	Europa	Beschaffungsseitig	ja
Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen	Offen gelassen	Beschaffungsseitig	ja



#### **C.4.2.2 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten**

153. 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).

154. 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).

155. Nachfolgende Ausführungen enthalten die Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz auf den jeweiligen betroffenen Märkten.

156. Der Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz geht ein Abschnitt mit Vorbemerkungen vor. Diese Vorbemerkungen enthalten die Einschätzungen der befragten Kreise und Angaben zu Bierlieferverträgen.

##### **C.4.2.2.1. Vorbemerkungen: Einschätzungen der befragten Kreise, Bierlieferverträge, Mixed Channel**

#### **Einschätzungen der befragten Kreise**

157. Als allgemeine Auswirkung des Zusammenschlusses zwischen Heineken und der Eichhof Getränkedivision erwarten die Detailhandelsunternehmen eine Konzentration von Feldschlösschen und Heineken. Neben den Biermarken von HS und Feldschlösschen existierte dann nur noch die national verkäufliche Biermarke Löwenbräu München, falls InBev die Distribution vollständig selber durchführt. Ein möglicher Grund für den Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision sei die internationale Konzentration auf die Anbieter Heineken, Carlsberg, und InBev, die den europäischen Markt dominieren. Als andere Gründe für den Zusammenschluss könnten Überlegungen wie Konzentration im Detailhandel, Markteintritt deutscher Discounter und die steigenden Rohstoffpreise ausschlaggebend sein.

158. Zu der Aussage von Coop mahnt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zu Vorsicht. Coop macht in der Befragung die Aussage, dass die Situation bezüglich der Marke "Löwenbräu München" unklar sei. "Löwenbräu München" werde durch Eichhof beziehungsweise InBev gesamtschweizerisch vertrieben. Sollte die Distribution in Zukunft Heineken oder Carlsberg zufallen, gebe es für Coop ausserhalb dieser beiden Produzenten keine Alternative für die Beschaffung einer nationalen Biermarke. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ist der Ansicht, dass die Detailhandelsunternehmen wegen ihrer Nachfragemacht bei der Sortimentsgestaltung prinzipiell frei seien. Coop wähle eine regionalisierte Strategie, indem nur wenige Biere gesamtschweizerisch angeboten werde, diese jedoch regional durch lokal verankerte Marken ergänzt würden. Wenn nun Coop der Meinung sei, "nebst den zu HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg gehörenden Marken verbleibe nur Löwenbräu München als national verkäufliche Biermarke, so beruht diese Aussage auf der Sortimentspolitik von Coop und nicht auf den tatsächlichen Gegebenheiten". Es sei Coop unbenommen, nicht zu HS/Eichhof und

Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg gehörende Marken als nationale Marken ins Sortiment aufzunehmen. Dies sei möglich, wie das Beispiel Denner mit Gralsburg zeige. Denner habe Gralsburg mit einer Niedrigpreisstrategie innerhalb zweier Jahre auf Rang 4 der im Detailhandelskanal abgesetzten Biere geführt. Demnach sei in der Praxis die Positionierung einer nationalen Biermarke nur dann erfolgreich, wenn die Marke bei Coop als solche gelistet werde.

159. Die Stellungnahme des anderen befragten Detailhandelsunternehmens Denner sei widersprüchlich: "Einerseits rechnet Denner mit einer Preiserhöhung von Eichhof-Bieren und Clausthaler; andererseits hält Denner fest, für das Zusammenschlussvorhaben seien wohl der Markteintritt deutscher Discounter und die steigenden Rohstoffpreise, die aufgrund von Import-Bieren nicht vollumfänglich auf die Konsumenten überwältigt werden können, ausschlaggebend gewesen." Dabei handle es sich bei den genannten Gründen für einen Zusammenschluss um solche, die eine Preiserhöhung eben gerade nicht nahe legen.

160. Der Schweizer Brauerei-Verband erwartet keine signifikanten Veränderungen durch den Zusammenschluss, weil sich die Kernabsatzgebiete von HS und der Eichhof Getränkedivision überschneiden. Gesamtschweizerisch werde für die Horeka-Kunden das Angebot wahrscheinlich sogar etwas vielfältiger, wenn HS auch Eichhof-Produkte in ihr Distributionsportefeuille aufnehmen wird und umgekehrt. Als einen möglichen Grund für den Zusammenschluss sieht der Schweizer Brauerei-Verband die Stärkung der Position von HS. Zudem sollten wahrscheinlich Synergien in der Distribution genutzt werden. Staatliche Beschränkungen oder Markteintrittsschranken sind dem Schweizer Brauerei-Verband keine bekannt. Der Schweizer Brauerei-Verband wertet die Importoption seit der Streichung der Importzölle als attraktiver. Grundsätzlich sei der Druck durch Importe ausländischer Biere am zunehmen.

161. Zu den Angaben des Schweizer Brauerei-Verbandes ergänzt die Stellungnahme, dass bei den Kernabsatzgebieten von HS und der Eichhof Getränkedivision Überschneidungen nur am Rande vorliegen. Deshalb könne sich ein Horeka-Betrieb, welcher zukünftig mit HS/Eichhof Getränkedivision einen Vertrag abschliesst, sein persönliches Sortiment innerhalb dieses Vertrages aus einer attraktiven, umfassenden Produktpalette zusammenstellen. Diese Möglichkeit ist allerdings auch ohne Zusammenschluss möglich, falls die Angaben zu den Bierlieferverträgen in der Meldung und der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zutreffen. Denn die Horeka-Betriebe können auch ohne Zusammenschluss das gleiche Sortiment zusammenstellen, weil sie neben dem Offenbier auch andere Biermarken in Flaschen anbieten können. Zudem erfolgt das Angebot "einer attraktiven, umfassenden Produktpalette" nach dem Zusammenschluss von einem Unternehmen: HS/Eichhof Getränkedivision. Ohne Zusammenschluss können die Horeka-Betriebe dagegen zwischen den zwei voneinander unabhängigen Unternehmen HS und Eichhof Getränkedivision wählen.

162. Auch der Verband Schweizerischer Getränkegrossisten geht davon aus, dass ein Zusammenschluss von

HS und der Eichhof Getränkedivision keine wesentliche Veränderung im Biermarkt mit sich bringt. Das Absatzgebiet der Zusammenschlussparteien sei komplementär und ergänze sich in vielen Bereichen der Schweiz. Auch nach einem Zusammenschluss von HS und der Eichhof Getränkedivision werden Kleinbrauereien nach wie vor ihre Chance als Nischenplayer lokal wahrnehmen können. Im Horeka-Kanal könnte "durch die eigenen Vertriebsstrukturen von HS und der Eichhof Getränkedivision sowie Feldschlösschen und durch den freien Handel" ein vermehrter Wettbewerb stattfinden. Dadurch käme es möglicherweise zu vermehrten Darlehensangeboten von HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen. Leidtragende dieser Entwicklung wären die lokalen Brauereien, da sie durch Darlehensangebote faktisch vom Markt ausgeschlossen würden. Auch der freie Getränkehandel wäre Leidtragender dieser Entwicklung, der im Falle günstigerer Verkaufspreise eine weitere Margenerosion erleiden würde. Langfristig könnte sich eine vermehrte Abhängigkeit der Horeka-Betriebe zu den verbleibenden Grossbrauereien und deren Getränkefeinverteilung bilden. Zur Frage der Gründe für den Zusammenschluss nennt der Verband Schweizerischer Getränkegrossisten die Stärkung von HS als Nummer zwei im Schweizer Getränkemarkt. Insgesamt ist der Verband Schweizerischer Getränkegrossisten der Meinung, dass sich der Schweizer Biermarkt einer weiteren Konzentration nicht entziehen kann. Die gleiche Entwicklung finde auch in anderen Ländern statt. Eine Befürchtung des Verbandes Schweizerischer Getränkegrossisten ist, dass die alkoholfreie Getränkeverteilung der Grossbrauereien durch die Bierproduktion quersubventioniert wird.

163. Zu den Aussagen des Verbandes Schweizerischer Getränkegrossisten führt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 aus, dass es sich die Brauereien nicht leisten könnten, die Distribution von fremden, alkoholfreien Getränken durch die Bierproduktion quer zu subventionieren. Eine Quersubventionierung sei angesichts der hohen Rohstoffpreise und infolge des stets steigenden Wettbewerbsdrucks durch Importe nicht finanzierbar. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 stehe der Vertrieb von alkoholfreien Fremdgetränken nicht im Vordergrund.

164. GastroSuisse ist grundsätzlich der Meinung, dass sich die Schweiz dem internationalen Fusionsfieber im Biermarkt kaum entziehen kann. Der Zusammenschluss habe mit Blick auf das den Mitgliedern von GastroSuisse und damit den KonsumentInnen zur Verfügung stehende Angebot nur positive Auswirkungen, vorausgesetzt, dass auch in Zukunft bei Eichhof nach eigenem Rezept gebraut und das Angebot um die übrigen "Heineken-Produkte" erweitert wird. Die Konkurrenz spiele und es gebe Alternativen, soweit nicht bindende Lieferverträge bestünden. Für die Horeka-Betriebe geht GastroSuisse von härteren Geschäftsbeziehungen im Umfeld der Eichhof-Gruppe aus: zum Beispiel restriktivere Handhabung von Zahlungsfristen oder strengere Auflagen bei der Abgabe von Mobilien durch Brauereien. Als Grund für den Zusammenschluss vermutet GastroSuisse die Erhöhung des Marktanteils von HS durch Zukauf der Eichhof Getränkedivision.

165. Die IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien erachtet den Zusammenschluss als Fortführung des

Konzentrationsprozesses in der Schweizer Brauereibranche. Dieser Prozess begann vor rund fünfzehn Jahren und dürfte jetzt – vermutlich – ein vorläufiges Ende finden. In den letzten fünfzehn Jahren gingen sämtliche mittelgrosse Schweizer Brauereien in den Konzernen Carlsberg und Heineken auf. Damit erreichten die beiden Konzerne eine absolute Marktdominanz. Grundsätzlich würden die Auswirkungen auf kleinere und mittlere Brauereien bei Übernahmen in zwei Phasen verlaufen. Die erste Phase ist die Zeit der Übernahme. Während dieser ersten Phase sind die Horeka-Betriebe bereit, ihren Bierlieferanten zu wechseln. Wegen Bierlieferverträgen ist dieser Wechsel allerdings nicht immer möglich. Zwei bis drei Jahre nach der Übernahme beginnt die zweite Phase. Diese zweite Phase ist die Rückeroberungsphase: "Die verlorenen Restaurants und Verkaufspunkte werden mit aller Macht eines Brauerei-Konzerns wieder zurückgeholt." Zur Frage eines Markteintritts antwortet die IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien, dass die Markteintrittsbarrieren für eine neue Kleinbrauerei sehr hoch sind. Eine Kleinbrauerei habe nur zwei Vertriebskanäle: den Detailhandel und die Gastronomie. Der erste Kanal Detailhandel ist aufgrund der oligopolartigen Struktur für neue Kleinbrauereien kaum zugänglich. Heineken und Carlsberg dominierten den Detailhandelskanal. Im zweiten Kanal bestünde eine fast vollständige Abschottung aufgrund flächendeckender Bierlieferverträge. Zudem sei die Bekanntmachung über vertikale Abreden viel enger als die Regelung der EU/EFTA ausgestaltet, so dass bereits eine Kleinbrauerei mit 10'000 bis 20'000 hl Absatz gleich behandelt würde wie Heineken/Eichhof. Eine weitere Hürde für den Markteintritt einer Kleinbrauerei sei der Planungshorizont für den Eintritt von fünf Jahren. Diese Zeit braucht es, um interessierte Wirte beliefern zu können. Die Kosten für den Markteintritt dagegen fallen vollumfänglich am Anfang an. Schliesslich sind nationale und kantonale Werbeverbote ein Kernproblem für den Markteintritt von Kleinbrauereien. Eine grosse Brauerei dagegen kann Werbeverbote mit Sponsoring von Ereignissen wie die Fussball Europameisterschaft umgehen.

166. Auch zu den Aussagen der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien führt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 aus, "dass das Sortiment der grossen Detailhandelsunternehmen von diesen selbst bestimmt wird und sie selbst gegenüber grossen Brauereien mit einer erheblichen Marktmacht auftreten". Zudem lasse die Sortimentsausstattung von Coop Platz für lokale Spezialitätenbiere. Einzelne Klein- und Mittelbrauereien hätten Eingang in verschiedenste, kleinere Detailhandelsgeschäfte gefunden. Der Horeka-Markt sei nicht durch flächendeckende Bierlieferverträge der Brauerei-Konzerne fast vollständig abgeschottet.

#### **Bierlieferverträge**

167. Im Horeka-Kanal bestehen zwischen Brauereien und Horeka-Betrieben Bierlieferverträge. Ein Bierliefervertrag legt gemäss Meldung fest, dass ein Horeka-Betrieb seinen Bierbedarf während einer bestimmten Vertragsdauer mit den Biermarken der entsprechenden Brauerei deckt. Die Vertragsdauer beträgt bei Verträgen mit einer festen Laufzeit drei bis maximal fünf Jahre. Nach Ablauf der festen Laufzeit sind die Verträge jederzeit kündbar. Dass die maximale Vertragsdauer fünf Jah-

re beträgt, ist Ausfluss des Entscheides der Wettbewerbskommission im Fall Feldschlösschen Getränke Holding AG / Coca Cola AG und Coca Cola Beverages AG (RPW 2005/1, S. 114 ff.). In diesem Entscheid erachtet die Wettbewerbskommission Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und Horeka-Betrieben mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren grundsätzlich als eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Die Grundsätze des Entscheides der Wettbewerbskommission gelten gleichermassen für alle Unternehmen in den entsprechenden Bereichen.

168. Die schweizerische Regelung bezüglich Behandlung von Vertikalabsprachen stimmt weitgehend mit den Bestimmungen des europäischen Rechts überein. Grundsätzlich ist entsprechend Ziff. 12 Bst. f der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 (Vertikalbekanntmachung) davon auszugehen, dass Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer, zumindest aber für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden, erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen. Als Wettbewerbsverbote angesehen werden alle unmittelbaren oder mittelbaren Verpflichtungen des Käufers, mehr als 80 % seiner, auf der Grundlage des Einkaufswertes des vorherigen Kalenderjahres berechneten, gesamten Einkäufe von Vertragswaren oder Dienstleistungen sowie ihrer Substitute auf dem relevanten Markt vom Lieferanten oder einem anderen vom Lieferanten bezeichneten Unternehmen zu beziehen (vgl. Ziff. 6 Vertikalbekanntmachung). Bierlieferverträge, bei welchen somit solche Verpflichtungen eingegangen werden, sind grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG einzustufen. Sofern die Wettbewerbsverbote nicht für mehr als fünf Jahre oder auf unbestimmte Dauer vereinbart wurden, besteht die Möglichkeit der Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. Ziff. 15 Vertikalbekanntmachung).

169. Im europäischen Recht bestehen diesbezüglich ähnliche Regelungen. Es wird ebenfalls darauf abgestellt, ob der Käufer der Verpflichtung untersteht, mehr als 80 % seiner Einkäufe bezogen auf das Vorjahr von einem Lieferanten bzw. einem vom Lieferanten bezeichneten Unternehmen zu beziehen (vgl. Art. 1 Bst. b Verordnung EG Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen; GruppenfreistellungsVO). Bezüglich der Dauer bestimmt Art. 5 Bst. a dieser Verordnung, dass auf Wettbewerbsverbote, welche für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden, die Freistellung entsprechend Art. 81 Abs. 3 EGV grundsätzlich keine Anwendung findet.

170. Ein Horeka-Betrieb hat gemäss Meldung selbst bei einem Bierliefervertrag mit Exklusivitätsklausel in aller Regel das Recht, eine bestimmte Anzahl von Konkurrenzprodukten im Sortiment zu führen. Konkurrenzprodukte sind meistens Spezialitäten und ausländische Biere. Ohne solche Konkurrenzprodukte wäre ein Horeka-Betrieb wegen der Bedürfnisse der Endkunden nach unterschiedlichen Bieren kaum konkurrenzfähig. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 handle es sich in aller Regel um Flaschenbiere. Es sei eine Eigenart des

schweizerischen Marktes, dass von einem Horeka-Betrieb meist nur ein oder zwei Biere im Offenausschank angeboten würden, während die übrigen Biere in Flaschen ausgeschenkt würden. Der Grund für diese schweizspezifische Eigenart dürfte nach Auffassung der Wettbewerbskommission allerdings die Ausgestaltung der Bierlieferverträge sein.

171. Die Bezugspflicht der Horeka-Betriebe unter den Bierlieferverträgen ist für die Brauereien kein "free lunch". Als Gegenleistung für die Bezugspflicht erhalten die Horeka-Betriebe von den Brauereien sogenannte Rückvergütungsbeiträge. Je nach Marke und Vertrag beträgt die Rückvergütung zwischen [...] für einen Hektoliter Bier. Zusätzlich zu den Rückvergütungen leisten Brauereien bei einer Bezugspflicht im Rahmen von Bierdarlehensverträgen rückzahlbare Betriebsbeiträge. Diese Betriebsbeiträge variieren zwischen [...]. Denn meistens erhalten die Horeka-Betriebe nicht genügend Kredite von Banken. Brauereien übernehmen im Rahmen von Bierlieferverträgen die Funktion als Geldgeber im Horeka-Bereich. Allerdings ist HS in den letzten Jahren für Darlehensverträge zu einer Vermittlung von Horeka-Betrieben an die Graubündner Kantonalbank übergegangen. Diese Umstellung auf dieses "Bankkreditsystem" schloss HS im Jahr 2006 ab. Selber gewährt HS keine Betriebsbeiträge mehr. Dagegen gewährt die Eichhof Getränkedivision den Horeka-Betrieben unter Bierliefervertrag sowohl Rückvergütungen auf Hektoliterbasis, Gratismobiliar und Betriebsbeiträge.

172. Eine Koppelung mit einem Darlehen im Rahmen eines Bierliefervertrages und die Höhe von Betriebsbeiträgen werde gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 individuell zwischen den Vertragspartnern ausgehandelt. Längst sei nicht jeder von Heineken und der Eichhof Getränkedivision eingegangene Bierliefervertrag mit einem Darlehen oder Betriebsbeitrag verbunden.

173. Bei der Eichhof-Gruppe enthalten gemäss Ergänzung vom 23. Juni 2008 ungefähr [...] der Verträge mit Horeka-Betrieben Exklusivitätsbedingungen. Die Ergänzung vom 23. Juni 2008 gibt weiter an, dass ungefähr [...] der Verträge zwischen der Eichhof-Gruppe und Horeka-Betrieben auch den Verkauf von Flaschenbier umfassen. Allerdings könne bei all diesen Verträgen auch das Führen von einzelnen Fremdbieren in Flaschen vereinbart werden. Für andere Getränke als Bier enthielten rund [...] der von der Eichhof-Gruppe abgeschlossenen Getränkelieferverträge auch Exklusivitätsbedingungen. Diese Exklusivitätsbedingungen umfassten diverse alkoholfreie Getränke.

174. [...]

175. [...]

176. [...]

177. Lieferverträge mit Exklusivitätsbedingungen für andere Getränke als Bier schliesst HS keine ab.

178. Zu den Bierlieferverträgen ist festzuhalten, dass sich durch den Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision daran nichts ändert. Die durch die Bierlieferverträge gestaltete Vertragsstruktur im Horeka-Kanal besteht mit oder ohne den vorliegenden Zusammenschluss.

## Mixed Channel

179. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 können Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe unter dem Begriff Mixed Channel zusammengefasst werden. Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe würden Horeka-Betriebe bedienen. In letzter Zeit seien die Abholmärkte dazu übergegangen, grosse Gastronomiebetriebe zu beliefern. Gastrobefieferungsbetriebe vertrieben dasselbe Sortiment wie die Abholmärkte, mit dem Unterschied, dass sie Waren immer selbst lieferten und keine Verkaufslokalitäten hätten. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 schätzt nun, "dass 90 % des durch Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe vertriebenen Biers an Horeka-Betriebe verkauft werden, die übrigen 10 % gehen an Privatkunden". Aufgrund dieser Darstellung der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 weisen die Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe einen gemischten Charakter auf. Deshalb der Ausdruck Mixed Channel.

180. Zu den Verkäufen im Mixed Channel gibt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 an: "Bei den internen Berechnungen von HS und Eichhof betreffend den Absatz und die Marktanteile von Bier wurden die Lieferungen an Abholmärkte bisher zu 100 % dem Detailhandelsmarkt zugerechnet. Die vertiefte Beschäftigung mit dieser Materie im Zusammenhang mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben hat in den vergangenen Wochen dazu geführt, dass HS angesichts der stark wachsenden Bedeutung des Mixed Channels für den Horeka-Kanal die entsprechenden Volumen neu dem Horeka-Markt und nicht mehr dem Detailhandelsmarkt zurechnen wird."

181. Für das Jahr 2007 macht die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 die in folgender Tabelle 8 enthaltenen Schätzungen zu den Anteilen des Mixed Channels im Horeka-Kanal und Detailhandelskanal.

Tabelle 8: Anteil des Mixed Channels im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal im Jahr 2007 (in hl)

	Horeka-Kanal			Detailhandelskanal		
	Mixed Channel	Total Horeka	Anteil Mixed Channel	Mixed Channel	Total Detailhandelskanal	Anteil Mixed Channel
alkoholisch	[200'000-250'000]	[1.5-2.5 Mio.]	[5-15 %]	[20'000-30'000]	[2-3 Mio.]	[5-15 %]
nicht-alkoholisch	[15'000-25'000]	[80'000-90'000]	[20-30 %]	[0-5'000]	[45'000-55'000]	[0-10 %]

182. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 beziehen sich allfällige Exklusivitätsklauseln meist primär auf das Fassbier. Grundsätzlich könnten alle Horeka-Betriebe Flaschen- und Dosenbier ausserhalb von Bierlieferverträgen bei Lieferanten ihrer Wahl erwerben, also auch bei Abholmärkten und Gastrobefieferungsvertrieben.

183. Der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zufolge kaufen Horeka-Betriebe das Bier nicht nur über den klassischen Kanal der brauereieigenen und fremden Distributoren, sondern auch im Mixed Channel sowie bei Detailhändlern. Es werde in der Schweiz im Horeka-Kanal überdurchschnittlich viel Bier aus der Flasche konsumiert. Der Trend sei steigend. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ist der Meinung, dass eine weitere Verlagerung von Fass- auf Flaschenbier durchaus realistisch sei.

184. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 kommt den im Mixed Channel tätigen Unternehmen eine wesentliche Nachfragemacht zu, weil sie von grossen Detailhandelsketten kontrolliert werden. Zudem verlangten die Detailhändler von den Brauerei-Gruppen dieselben Konditionen sowohl für sich selber wie auch für die Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe. Gemäss Stellungnahme hätten die von den Detailhändler kontrollierten Mixed Channel Player diese Verhandlungsstrategie

Schritt für Schritt mit dem Ziel eingeführt, im Horeka-Markt Fuss zu fassen. Die Konsequenz sei ein zunehmender Abwärtsdruck auf die Bierpreise im Mixed Channel. Zudem habe sich beispielsweise Coop international mit weiteren führenden europäischen Detailhändlern zu Coopernic zusammengeschlossen. "Dieser Verbund bewirkt eine zusätzliche Verstärkung der Nachfragemacht der Detailhändler über die Landesgrenzen hinaus und erlaubt es den Verbundmitgliedern, noch mehr Druck auf die Anbieter auszuüben."

185. Zudem kommt gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 den einzelnen Abholmärkten und Gastrobefieferungsbetrieben auch wegen ihrer hohen Umsätze eine erhebliche Nachfragemacht zu. Die Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe bündelten die Nachfrage der kleinen Horeka-Betriebe und würden den Brauereien als starker Verhandlungspartner gegenüberreten. Charakteristisch für die Abholmärkte und Gastrobefieferungsbetriebe sei deren Möglichkeit, das Sortiment frei zusammenstellen zu können. Somit stünden den Horeka-Betrieben nebst den freien und brauereieigenen Distributoren mit den Abholmärkten und Gastrobefieferungsbetrieben eine weitere Bezugsmöglichkeit offen.

186. Die Angaben der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zum Umsatzanteil des Mixed Channels belegen diese Aussagen jedoch nicht. Im Bereich alkoholisches Bier im

Horeka-Kanal macht der Mixed Channel [5-15 %] aus. Beim nicht-alkoholischen Bier im Horeka-Kanal laufen ungefähr [20-30 %] der Mengen über den Mixed Channel. Im Detailhandelskanal sind es [5-15 %] beim alkoholischen Bier und [0-10 %] beim nicht-alkoholischen Bier. Bei diesen Werten kann nicht von einer wesentlichen Nachfragemacht ausgegangen werden, auch wenn die im Mixed Channel tätigen Unternehmen von grossen Detailhandelsketten kontrolliert werden. Zudem muss bedacht werden, dass diese Mengenanteile die Summe der Anteile der einzelnen Unternehmen des Mixed Channels darstellt. Einzelne betrachtet verfügen die Unternehmen des Mixed Channels über kleinere Anteile. Dies zeigt, dass die Unternehmen des Mixed Channels nicht über eine wesentliche Marktmacht verfügen.

#### C.4.2.2.2. Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

##### I. Aktueller Wettbewerb

187. Der schweizerische Gesamtkonsum von Bier in der Schweiz beträgt im Jahr 2007 aufgrund der Angaben des Schweizer Brauerei-Verbandes 4'369'922 hl ([www.bier.ch](http://www.bier.ch), besucht am 14. Mai 2008). Davon wurden anhand der Angaben in der Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 ungefähr 1'739'200 hl im Jahr 2007 über den Horeka-Kanal konsumiert. Gemessen am gesamtschweizerischen Konsum ist dies ein Anteil von ungefähr 40 %. Innerhalb des Horeka-Kanals macht der Verkauf von alkoholischem Bier am Gesamtkonsum von alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier zusammen ungefähr 97 % aus. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 betrug die im Horeka-Kanal ausgeschenkte Menge an alkoholischem Bier im Jahr 2007 unter neuer Berücksichtigung des Mixed Channels 1'970'600 hl. Folglich beträgt der Konsum im Horeka-Kanal unter neuer Berücksichtigung des Mixed Channels ungefähr 45 % des gesamtschweizerischen Bierkonsums. Innerhalb des Horeka-

Kanals macht der Verkauf von alkoholischem Bier gemäss den neuen Zahlen in der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ungefähr 96 % aus.

188. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 sagt aus, dass "von allen HS-Bieren, die 2007 an Horeka-Betrieben in der Schweiz ausgeschenkt wurden, wurden [50-60 %] in Fässern bezogen, während der Anteil an Flaschen und Dosen [40-50 %] betrug". "Bei den Eichhof-Bieren betrug der Anteil Fässer im Jahr 2007 [60-70 %] gegenüber [30-40 %] Flaschen und Dosen." Im Bereich nicht-alkoholischer Biere bietet HS keine Fässer an. Die Eichhof Getränke-division hätte im Jahr 2007 nicht-alkoholisches Bier zu rund [10-20 %] in Fässern und [80-90 %] in Flaschen ausgeliefert. Dies sei gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 im Übrigen auch der Grund dafür, dass der Anteil der von Horeka-Betrieben via Mixed Channel bezogenen nicht-alkoholischen Biere gegenüber demjenigen alkoholischer Biere wesentlich höher ist. Dies belegt auch, dass die Horeka-Betriebe sehr häufig bei den Abholmärkten und Gastrobelieferungsbetrieben einkauften. Jedoch kann das Einkaufsverhalten der Horeka-Betriebe bei den Abholmärkten und Gastrobelieferungsbetrieben nicht als sehr häufig bezeichnet werden: Beim alkoholischen Bier beträgt der Anteil des Mixed Channels – also die Abholmärkte und Gastrobelieferungsbetriebe – gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ungefähr [5-15 %] und beim nicht-alkoholischen Bier beträgt der Anteil des Mixed Channels ungefähr [20-30 %].

189. Den Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal teilen sich die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und andere Wettbewerber. Die Marktanteile für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen und für die wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal weist die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 für die letzten drei Jahre wie folgt aus.

Tabelle 9: Marktanteile im Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS und Eichhof Getränke-division	[30-40 %]	[30-40 %]	[30-40 %]
Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg	[35-45 %]	[35-45 %]	[35-45 %]
Brauerei Schützengarten AG	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Übrige	[15-25 %]	[15-25 %]	[15-25 %]

190. Im Horeka-Kanal sind in den letzten fünf Jahren gemäss Meldung im "Schweizer Biermarkt keine Biermarken eingeführt worden, die ein Volumen von mehr als 10'000 hl / Jahr generieren". Ebenso seien im Horeka-Kanal keine neuen Unternehmen aufgetreten. Jedoch führten unzählige Klein- und Mikrobrauereien neue Marken ein. Diese Klein- und Mikrobrauereien erreichten

einen jährlichen Bierausstoss von höchstens 1'000 hl. Zudem beschränkten Klein- und Mikrobrauereien ihre Geschäftstätigkeit in der Regel auf bestimmte Regionen.

191. Aus den Angaben in der Meldung ist ersichtlich, dass Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg in der Schweiz im Horeka-Kanal den höchsten Marktanteil auf-

weist. Darauf folgen HS und die Eichhof Getränkedivision. Somit betrifft das Zusammenschlussvorhaben im Horeka-Kanal die Nummer Zwei und die Nummer Drei, gemessen in Marktanteilen. Diese Beobachtung ist unabhängig von den Marktanteilen der Mittel-, Klein- und Mikrobrauereien. Nach dem Zusammenschluss wären Nummer Zwei und Nummer Drei zusammen immer noch die Nummer Zwei. Ebenso bleibt Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg nach dem Zusammenschluss das Unternehmen mit dem höchsten Marktanteil. Die Marktanteilsdifferenz zwischen Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg und dem neuen Unternehmen von HS und der Eichhof Getränkedivision beträgt im Jahr 2007 ungefähr [0-10 %].

192. Neben Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg, HS und der Eichhof Getränkedivision sind weitere kleine-

re Unternehmen im Markt, welche Horeka-Betriebe beliefern. Diese weiteren Unternehmen machen zusammen gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 im Jahr 2007 ungefähr [15-25 %] aus. Allerdings stellt der Anteil von [15-25 %] die Summe der Marktanteile der einzelnen Unternehmen dar.

193. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Markt für den Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI ( $\Delta$ HHI). Tabelle 10 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte basierend auf den Marktanteilswerten gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 wieder.

Tabelle 10: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI ex ante merger	2231
HHI ex post merger	2811
$\Delta$ HHI	580

194. Allerdings berücksichtigen diese HHI-Werte die Übrigen nicht. Die Übrigen ist eine Gruppe kleinerer Brauereien. Zur Anzahl dieser kleineren Brauereien und deren jeweiligen Marktanteile liegen keine Angaben vor. Deshalb bleiben die Übrigen von der Berechnung der HHI-Werte ausgeschlossen. Somit stellt der vorliegende Wert für den HHI eine untere Schranke dar. Bei Berücksichtigung der Übrigen fällt der HHI noch höher aus.

## II. Potenzieller Wettbewerb

195. Zum potenziellen Wettbewerb ergeben die Angaben in der Meldung und die Antworten der Befragten, dass ein Markteintritt für eine Kleinbrauerei mit einem Absatzvolumen von 10'000 bis 20'000 hl gewisse Schwierigkeiten bereitet. Denn die Akquisition von genügend interessierten Horeka-Betrieben erfolgt in kurzer bis mittlerer Frist. Für diese kurze bis mittlere Frist für die Akquisition von genügend interessierten Horeka-Betrieben sind die Bierlieferverträge bedeutsam. Ein Bierliefervertrag ohne Rückzugsklausel dauert ein bis fünf Jahre. Erst nach Ablauf dieser Frist erfolgt eine Neuverhandlung des Bierliefervertrages. Deshalb geht die Meldung davon aus, dass in der Schweiz jährlich 20 bis 30 % aller Bierlieferverträge neu abgeschlossen werden. Ebenso kann erst nach Ablauf der Frist im Bierliefervertrag ein Wechsel der bierliefernden Brauerei stattfinden. Somit konkurrieren sich potenzielle Konkurrenzbrauereien in der Schweiz jährlich um 20 bis 30 % der Horeka-Betriebe. Weil in jedem Jahr nur ein Teil aller Horeka-Betriebe die bierliefernde Brauerei wechseln können, bedingt die Akquisition einer genügend hohen Anzahl von Horeka-Betrieben eine kurze bis mittlere Frist. Gegenüber der kurzen bis mittleren Frist für diese Akquisition setzt ein Markteintritt die sofortige Verfügbarkeit von Vermögen voraus. Dies bereitet für eine Kleinbrauerei Schwierigkeiten bei einem allfälligen Markteintritt.

196. Trotz diesen Schwierigkeiten ist gemäss Meldung die Aufnahme einer eigenen Produktion in der Schweiz möglich. Die steigende Anzahl kleiner und kleinster Brauereien, die in den vergangenen Jahren regional ihre Tätigkeiten aufgenommen hätten, würden dies beweisen.

197. Zum Markteintritt von neuen Unternehmen gibt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 an, dass jeder Markteintritt eines Produktionsunternehmens entsprechende finanzielle Ressourcen brauche. Kleinbrauereien seien diesbezüglich kein Sonderfall. Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass es aber gerade für Kleinbrauereien schwieriger ist die entsprechenden finanziellen Ressourcen aufzubringen; vor allem verglichen mit grossen Brauerei-Konzernen wie HS, die Eichhof-Gruppe und die Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg-Gruppe. Dies stellt eben eine der Schwierigkeiten für Kleinbrauereien bei einem Markteintritt dar.

198. Weiter führt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 aus, dass es für eine Kleinbrauerei wegen der lokalen Verankerung und ihres Sympathiebonus relativ einfach möglich sei, rasch eine Vielzahl lokaler Abnehmer zu gewinnen. "Dementsprechend sind in der Schweiz in den letzten Jahren sehr viele Kleinbrauereien entstanden, die ihren Bierausstoss und ihren Absatz gerade im Horeka-Markt innert kürzester Zeit erheblich steigern konnten."

199. Die Meldung geht auch von der Denkbarkeit eines Markteintrittes einer grösseren Brauerei auf dem gesamten schweizerischen Markt aus. In Frage kämen somit Unternehmen, welche mit der Heineken- und Carlsberg-Gruppe vergleichbar sind. Zur Heineken- und Carlsberg-Gruppe vergleichbare Konzerne sind in Abbildung 4 enthalten.

Rang	Brauereigruppe	Land	Produktionsvol. in Mio. hl	Anteil an der Weltbierproduktion
1	InBev	Belgien	222,0	13,1%
2	SAB Miller	Großbritannien	216,0	12,7%
3	Anheuser-Busch	USA	183,2	10,8%
4	Heineken	Niederlande	131,9	7,8%
5	Molson-Coors	USA/ Kanada	49,5	2,9%
6	Modelo	Mexiko	49,4	2,9%
7	Carlsberg (ohne BBH)	Dänemark	49,2	2,9%
8	Tsingtao	China	45,7	2,7%
9	Baltik Beverage Holding	Russland	45,5	2,7%
10	Femsa	Mexiko	37,7	2,2%

Abbildung 4: Die zehn grössten Brauereigruppen weltweit im Jahr 2006 (Quelle: [www.biersekte.de](http://www.biersekte.de), besucht am 20. Mai 2008)

200. Von diesen Unternehmen nennt die Meldung als potenzielle Konkurrenz die zwei grössten Brauereigruppen InBev und SAB Miller. Zum Zeitpunkt des Zusammenschlussvorhabens zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision übernimmt das belgischbrasilianische Unternehmen InBev das amerikanische Unternehmen Anheuser-Busch. Durch die Kombination Anheuser-Busch InBev entsteht der mit Abstand grösste Brauer der Welt.

201. Gemäss Meldung ist keines der drei Unternehmen InBev, SAB Miller und Anheuser-Busch momentan direkt in der Schweiz tätig. Die Unternehmen sind nicht direkt in der Schweiz tätig, weil ihre Produkte unter Lizenz oder unter Vereinbarung von einer Schweizer Brauerei hergestellt oder importiert werden.

202. Gerade die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben Vereinbarungen mit grossen ausländischen Brauereigruppen für die Herstellung, den Vertrieb und Verkauf von entsprechenden Biermarken. Beispielsweise ist für Genuine Miller Draft, eine Biermarke von SAB Miller, für die Herstellung, den Vertrieb und den Import in der Schweiz die Eichhof Getränkedivision verantwortlich. Ein anderes Beispiel ist das Exclusive Importer and Distributor Agreement zwischen der Eichhof Getränkedivision und der InBev Deutschland Vertriebs GmbH & Co. Dieses Agreement regelt den exklusiven Import und Vertrieb von Beck's in der Schweiz und im Fürstentum Lichtenstein. Allerdings können die grossen Brauereigruppen die Vereinbarungen innerhalb kurzer Frist beenden, falls bei dem Schweizer Unternehmen ein Kontrollwechsel stattfindet. [...]

203. Die Wahrscheinlichkeit des Markteintritts einer ausländischen Brauerei mit eigener Produktion schätzt die Meldung als eher gering ein. Grund dafür seien das kleine Gebiet der Schweiz, bereits bestehende Überkapazitäten der ansässigen Brauereien, der im Vergleich zum Ausland geringe Bierkonsum und der stetig im Rücklauf begriffene Bierkonsum in der Schweiz.

204. Nach Ansicht der Parteien in der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 sind die übrigen internationalen Brauereikonzerne momentan nicht deswegen nicht direkt auf dem Schweizer Markt vertreten, weil ihre Produkte in

Lizenz von einer Schweizer Brauerei hergestellt oder durch diese vertrieben werden. Vielmehr hätten diese Brauereien den genannten Weg als erste Möglichkeit eines kostengünstigen Markteintritts gewählt. Genauso gut wäre es möglich, dass die eine oder andere Brauerei ihre Lizenz- oder Vertriebsverträge mit HS und der Eichhof Getränkedivision kündigen würde und dass beispielsweise InBev die Marken Löwenbräu München und Beck's von Deutschland direkt ins schweizerische Distributionsnetz einspeisen würde. Bei einem überhöhten Preisanstieg durch den Zusammenschluss könnte dies für die internationalen Bierkonzerne einen starken Anreiz setzen, im Schweizer Markt vermehrt direkt aktiv zu werden.

205. Dass ein erhöhter Preisanstieg für die internationalen Bierkonzerne einen starken Anreiz setzen könnte, im Schweizer Markt vermehrt direkt aktiv zu werden, muss relativiert werden. Angenommen die Bierpreise steigen nach dem Zusammenschluss. Dann steigen auch die Preise für Biere, welche HS und die Eichhof Getränkedivision unter Lizenz- oder Vertriebsverträgen vertreiben. Dadurch steigen die Einnahmen durch die unter Lizenz- oder Vertriebsverträgen stehenden Biere. An diesen höheren Einnahmen können auch die Brauereien partizipieren, denen die unter Lizenz und Vertriebsverträgen stehenden Biere gehören. Folglich wird der Anreiz für internationale Bierkonzerne, welche ihr Bier in der Schweiz durch Lizenzen und Vertriebsverträge absetzen, schwächer.

### III. Zwischenergebnis

206. Die Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz im Absatz von alkoholischem Bier zeigen, dass nach dem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision die beiden Unternehmen zusammen das zweitgrösste Unternehmen im Markt sind. Mit der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg besteht ein grösseres Konkurrenzunternehmen.

207. Die potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz und dem Ausland ist als beschränkt zu beurteilen.

208. Somit ergeben sich für die Zusammenschlussparteien keine genügenden Anhaltspunkte für die Begrün-

dung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung.

209. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt C.4.2.3 eine Analyse zu kollektiver Marktbeherrschung von HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg.

#### C.4.2.2.3. Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

##### I. Aktueller Wettbewerb

210. Im Jahr 2007 schenkte der Horeka-Kanal ungefähr 69'039 hl nicht-alkoholisches Bier aus. Verglichen mit dem gesamtschweizerischen Konsum ist dies ein Anteil von ungefähr 1.5 %. Innerhalb des Horeka-Kanals beträgt der Anteil von nicht-alkoholischem Bier im Jahr 2007 ungefähr 3 %.

211. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 korrigiert mit der Umschichtung im Mixed Channel die konsumierte Menge an nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 beträgt der Konsum von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal 83'600 hl im Jahr 2007. Am gesamtschweizerischen Bierkonsum ist das ein Anteil von ungefähr 2 %. Mit den neuen Zahlen der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 macht dann der Konsum an nicht-alkoholischem Bier im Jahr 2007 innerhalb des Horeka-Kanals ungefähr 4 % aus.

212. Die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der wichtigsten Wettbewerber auf dem Markt für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal entwickelten sich gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 wie folgt.

Tabelle 11: Marktanteile im Markt für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS und Eichhof Getränkedivision	[30-40 %]	[30-40 %]	[30-40 %]
Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg	[50-60 %]	[50-60 %]	[50-60 %]
Brauerei Schützengarten AG	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Übrige	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

213. Aufgrund der Angaben zu den Marktanteilen ist die Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg für die Jahre 2005 bis 2007 das marktanteilsstärkste Unternehmen. Über die Jahre 2005 bis 2007 verlor die Eichhof Getränkedivision an Marktanteil im Umfang von [0-5 %]. Die Brauerei Schützengarten als drittstärkstes Unternehmen baute seinen Marktanteil über diese Zeitspanne

um [0-5 %] aus. Ebenso nahm der Marktanteil der Übrigen während der Jahre 2005 bis 2007 zu.

214. Wie die Marktanteile in Tabelle 11 zeigen, ist der Konzentrationsgrad hoch. Die Schätzungen für die Marktanteile ergeben die folgenden gerundeten HHI-Werte.

Tabelle 12: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI ex ante merger	4159
HHI ex post merger	4343
$\Delta$ HHI	184

215. Allerdings berücksichtigen diese HHI-Werte die Übrigen nicht. Die Übrigen ist eine Gruppe kleinerer Brauereien. Zur Anzahl dieser kleineren Brauereien und deren jeweiligen Marktanteile liegen keine Angaben vor. Deshalb bleiben die Übrigen von der Berechnung der HHI-Werte ausgeschlossen. Somit stellt der vorliegende Wert für den HHI eine untere Schranke dar. Bei Berücksichtigung der Übrigen fällt der HHI noch höher aus.

216. Aber auch ohne Berücksichtigung der Übrigen widerspiegeln die HHI-Werte die hohe Konzentration bei

nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal. Allerdings fallen die HHI-Werte, verglichen mit alkoholischem Bier, im Horeka-Kanal höher aus. Der Markt für Absatz von nicht-alkoholischem Bier ist konzentrierter als bei alkoholischem Bier. Der Grund dieser höheren Konzentration ist der hohe Marktanteil der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg. Dementsprechend ist auch der Marktanteil der Übrigen geringer als beim alkoholischem Bier. Der Marktanteil der Übrigen macht ungefähr [0-10 %] aus.



217. Eine gesonderte Betrachtung der Marktanteile von HS und der Eichhof Getränkedivision zeigt, dass die Eichhof Getränkedivision alleine die Nummer Zwei im Markt ist. Alleine kommt die Eichhof Getränkedivision auf einen Marktanteil von ungefähr [25-35 %] im Jahr 2007. HS weist für sich alleine betrachtet einen Marktanteil von ungefähr [0-10 %] auf. Die Nummer Eins im Markt ist die Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg mit einem Marktanteil im Jahr 2007 von ungefähr [50-60 %]. Daraus ergibt sich zwischen Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg und dem neuen Unternehmen von HS und der Eichhof Getränkedivision eine Marktanteildifferenz von ungefähr [15-25 %].

218. Bei den Marktanteilen im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal geht die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 davon aus, dass sich der Zusammenschluss von HS und der Eichhof Getränkedivision auf die Marktanteile im Ergebnis kaum auswirke. HS habe im Bereich der alkoholfreien Biere einzig Calanda Senza und Erdinger alkoholfrei im Angebot. Bis anhin hätten die von HS betreuten Horeka-Betriebe im alkoholfreien Segment in aller Regel ein Fremdbier ausgeschenkt. Für die einzelnen Horeka-Betriebe würde sich im Ergebnis am Sortiment der alkoholfreien Bier nichts ändern, "wenn sie zukünftig von HS/Eichhof und nicht mehr entweder von HS oder Eichhof betreut werden".

219. Ob sich für die einzelnen Horeka-Betriebe im Ergebnis am Sortiment nichts ändert, ist allerdings ungewiss. Möglicherweise bietet HS nach dem Zusammenschluss Calanda Senza und Erdinger nicht mehr an. Denn das neu entstehende Unternehmen HS/Eichhof Getränkedivision könnte diese beiden nicht-alkoholischen Biere von HS durch die nicht-alkoholischen Biere der Eichhof Getränkedivision ersetzen. Was sich aber durch den Zusammenschluss im Ergebnis mit Sicherheit ändert, ist die Abnahme der Anzahl grosser Anbieter von nicht-alkoholischem Bier. Zwar beträgt der Marktanteil von HS beim nicht-alkoholischen Bier ungefähr [0-10 %]. Aber HS ist eines der wenigen grossen Unternehmen, welches über die Möglichkeiten verfügt, seinen Marktanteil auszubauen. Somit stehen den Horeka-Betrieben im Ergebnis selbst ohne Sortimentsänderung weniger grosse Anbieter zur Auswahl. Im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal ist dies bedeutsam. Wie die Marktanteile zeigen, existieren vor dem Zusammenschluss nur HS, Getränkedivision Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg als grosse Brauereigruppen.

220. Die Eichhof Getränkedivision vertreibt im Horeka-Kanal ihre Eigenmarke Eichhof alkoholfrei und das alkoholfreie Clausthaler. Von der Gesamtmenge an nicht-alkoholischem Bier, welche die Eichhof Getränkedivision vertreibt, entfällt je rund die Hälfte auf Eichhof alkoholfrei und auf Clausthaler. Für den Vertrieb von Clausthaler besteht zwischen der Eichhof Getränkedivision und der deutschen Radeberger Gruppe AG eine Vereinbarung. Gestützt auf diese Vereinbarung füllt die Eichhof Getränkedivision Clausthaler Bier in Luzern ab. Die Eichhof Getränkedivision stellt das alkoholfreie Clausthaler Bier nicht selber her. Aber die Eichhof Getränkedivision vertreibt das abgefüllte Bier in der Schweiz und in Lichtenstein.

221. Die Vereinbarung zwischen der Radeberger Gruppe AG und der Eichhof Getränkedivision trat im Mai 2004 in Kraft. Prinzipiell läuft die Vereinbarung bis am 31. Dezember 2011. Grundsätzlich geht der Vertrag auf beiden Seiten auf allfällige Rechtsnachfolger über. Jedoch besteht eine Kündigungsberechtigung bei Änderungen der Beteiligungsverhältnisse einer der beiden Vertragsparteien und bei einer Beherrschung durch einen Mitbewerber der anderen Partei. [...] Folglich kann die Radeberger Gruppe AG die Vereinbarung innerhalb kurzer Frist kündigen, falls HS die Eichhof Getränkedivision übernimmt.

222. Aufgrund der Vereinbarung mit der deutschen Radeberger Gruppe AG bestehen beim Vertrieb von Clausthaler Vorgaben für die Eichhof Getränkedivision. Die Eichhof Getränkedivision ist verpflichtet, die von Radeberger Gruppe AG bestimmte Markenerscheinung und Ausstattung zu übernehmen. An der Media-Werbung muss sich die Eichhof Getränkedivision allenfalls beteiligen. Marketingstrategie und Marktpositionierung sind mit der Radeberger Gruppe AG abzustimmen. Die finanzielle Beteiligung von der Radeberger Gruppe AG an der Marktpositionierung wird jährlich neu festgelegt.

223. In den Markt für den Vertrieb und die Distribution im Horeka-Kanal sind in den letzten fünf Jahren gemäss Meldung keine neuen Biermarken eingeführt worden, die jährlich ein Volumen von mehr als 10'000 hl generieren.

## II. Potenzieller Wettbewerb

224. Die Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs bei nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal richtet sich nach der Beurteilung bei alkoholischem Bier. Die Voraussetzungen für einen Markteintritt mit nicht-alkoholischem Bier sind analog zu den Voraussetzungen bei alkoholischem Bier. Für kleine Brauereien stellt der Unterschied zwischen Vorlaufzeit für einen Markteintritt und sofortige Verfügbarkeit der finanziellen Mittel eine Schwierigkeit bei einem Markteintritt dar. Für grosse und internationale Brauereien ist die Schweiz wegen dem im internationalen Vergleich geringen Bierkonsum uninteressant. Vor allem, wenn es sich um die noch geringeren konsumierten Mengen an nicht-alkoholischem Bier handelt.

## III. Zwischenergebnis

225. Die Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz im Absatz von nicht-alkoholischem Bier zeigen, dass nach dem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision die beiden Unternehmen zusammen das zweitgrösste Unternehmen im Markt sind. Mit der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg besteht ein grösseres Konkurrenzunternehmen.

226. Die potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz und dem Ausland ist als beschränkt zu beurteilen.

227. Somit ergeben sich für die Zusammenschlussparteien keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung.

228. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt C.4.2.3 eine Analyse zu kollektiver Marktbeherrschung von HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg.

#### C.4.2.2.4. Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

##### I. Aktueller Wettbewerb

229. In den Detailhandelskanal fliessen im Jahr 2007 gemäss Meldung 2'696'500 hl Bier. Gemessen am Marktvolumen von 4'498'700 hl Bier sind dies ungefähr 60 %. Innerhalb des Detailhandelskanals werden ungefähr 70'000 hl nicht-alkoholisches Bier abgesetzt. Somit macht nicht-alkoholisches Bier ungefähr 3 % der im Detailhandelskanal abgesetzten Menge aus. Das über den Detailhandelskanal abgesetzte nicht-alkoholische Bier teilt sich vorwiegend auf die zwei Brauereigruppen Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg auf. Eine Übersicht über die Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen und der wichtigsten Wettbewerber

auf dem Markt für den Vertrieb und die Distribution von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal gemäss Meldung und Ergänzung vom 15./16. Mai 2008 gibt die Tabelle 13.

230. Auch beim nicht-alkoholischen Bier im Detailhandelskanal korrigiert die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 mit der Umschichtung im Mixed Channel die Angaben in der Meldung. Die Korrektur durch die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ergibt eine jährliche Menge von 2'444'600 hl Bier, welche in den Detailhandelskanal fliessen. Im Detailhandelskanal beträgt die konsumierte Menge von nicht-alkoholischem Bier gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 49'400 hl. Bei Berücksichtigung dieser neuen Zahlen macht nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal ungefähr 2 % des Gesamtkonsums aus.

Tabelle 13: Marktanteile im Markt für den Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal

Unternehmen	2005	2006	2007
HS und Eichhof Getränkedivision	[70-80 %]	[70-80 %]	[60-70 %]
Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg	[5-15 %]	[10-20 %]	[15-25 %]
Brauerei Schützengarten AG	[0-5 %]	[0-5 %]	[0-5 %]
Übrige	[5-15 %]	[5-15 %]	[5-15 %]

231. Nach einem Zusammenschluss von HS und der Eichhof Getränkedivision verfügen diese beiden Unternehmen zusammen über den höchsten Marktanteil. Dieser gemeinsame Marktanteil für nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal besteht hauptsächlich aus dem Marktanteil der Eichhof Getränkedivision ohne Zusammenschluss. Die Eichhof Getränkedivision verfügt im Jahr 2007 gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 über einen Marktanteil von ungefähr [55-65 %]. Im Jahr 2007 beträgt der Marktanteil von HS gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 beim nicht-alkoholischen Bier im Detailhandelskanal [0-10 %]. Folglich fällt durch den Zusammenschluss mit HS eine grosse Brauerei als Konkurrenz weg. HS ist eines der wenigen grossen Unternehmen, welches über die Möglichkeiten verfügt, seinen Marktanteil auszubauen.

232. Die Korrekturen in der Stellungnahme vom 27. Juni zu den Marktanteilen in der Meldung ergeben nun für HS im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal einen Marktanteil von [0-10 %] im Jahr 2007. Deshalb sei der hinzukommende Anteil von HS im Vergleich zu der Eichhof Getränkedivision – Marktanteil von [55-65 %] gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 – marginal. Das Argument des Wegfalls potenzieller Konkurrenz sei daher vor dem Hintergrund der dargelegten Marktzahlen der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 nicht stichhaltig. HS habe in der Vergangenheit nur in geringem Ausmass nicht-alkoholisches Bier über den Detailhandelskanal vertrieben. In den letzten drei Jahren sei beim Marktanteil

von HS bei nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal ein Rückgang zu verzeichnen. In der vorliegenden Marktstruktur stellten nicht die alkoholfreien Biere von HS, "sondern eher die diversen alkoholfreien Biere von Kleinbrauereien innerhalb ihrer Wirkungskreise eine tatsächliche Konkurrenz zu den grossen Brauereien dar". Zudem könne HS ein nicht-alkoholisches Bier nur dann erfolgreich im Detailhandelskanal vertreiben, wenn es bei einem grossen Detailhändler national gelistet wäre. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 hat von den im HS-Sortiment vorhandenen nicht-alkoholischen Bieren nach Ansicht der Detailhändler jedoch keines das Potenzial für ein nationales Listing. In der Struktur von HS lohne sich angesichts der geringen Absatzmengen auch keine Neulancierung eines nicht-alkoholischen Biers mit nationalem Verkaufspotenzial.

233. Dass, wie die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 angibt, in der vorliegenden Marktstruktur die diversen alkoholfreien Biere von Kleinbrauereien innerhalb ihrer Wirkungskreise eine tatsächliche Konkurrenz zu den grossen Brauereien darstellten, wird von der Befragung der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien nicht bestätigt. Denn mindestens 17 der 22 befragten Mitglieder der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien geben an, dass sie im Detailhandelskanal und Einzelhandel kein nicht-alkoholisches Bier verkaufen. Die Mehrheit der Mitglieder der IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien stellen nicht-alkoholisches Bier gar nicht her. Folglich belegen die Ergebnisse der Befragung der

IG unabhängiger Klein- und Mittelbrauereien die Aussage in der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zu der Konkurrenz durch Kleinbrauereien nicht. Im Gegenteil: die Befragung lässt darauf schliessen, dass im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal keine Konkurrenz durch Kleinbrauereien besteht.

234. Aktuelle Konkurrenz bei nicht-alkoholischen Bieren im Detailhandelskanal ist die Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg. Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg verfügt im Jahr 2007 gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 über einen Marktanteil von [15-25 %] Dies sind ungefähr [45-55 %] weniger als die Eichhof Getränkedivision. Als weitere Konkurrenz verkauft die Brauerei Schützengarten ihr nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal. Die Brauerei Schützengarten verfügt im Jahr 2007 über einen Marktanteil von ungefähr [0-10 %]. Schliesslich ist noch eine Gruppe von Übrigen im Markt. Diese Übrigen verfügen im Jahr 2007 über einen gemeinsamen Marktanteil von ungefähr [5-15 %].

Tabelle 14: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI ex ante merger	4111
HHI ex post merger	4928
$\Delta$ HHI	817

237. Allerdings berücksichtigen diese HHI-Werte die Übrigen nicht. Die Übrigen ist eine Gruppe kleinerer Brauereien. Zur Anzahl dieser kleineren Brauereien und deren jeweiligen Marktanteile liegen keine Angaben vor. Deshalb bleiben die Übrigen von der Berechnung der HHI-Werte ausgeschlossen. Somit stellt der vorliegende Wert für den HHI eine untere Schranke dar. Bei Berücksichtigung der Übrigen fällt der HHI noch höher aus.

238. Die heutige Marktposition der Eichhof Getränkedivision von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal basiert auf dem Verkauf von Eigenmarken und Clausthaler alkoholfrei. Gemäss Meldung übertrug die Eichhof-Gruppe dem Migros-Genossenschafts-Bund (Migros) den exklusiven Vertrieb alkoholfreier Biere und Panachés unter der Marke Eichhof im schweizerischen Lebensmittel-Einzelhandel. Somit vertreibt im Detailhandelskanal nur Migros die Eigenmarken der Eichhof-Gruppe. Der Verkauf des nicht-alkoholischen Biers der Eichhof-Gruppe durch die im schweizerischen Detailhandel gut positionierte Migros ist ein wesentlicher Grund für den hohen Marktanteil der Eichhof-Gruppe. Bei der Eichhof Getränkedivision entfällt von der Gesamtmengen an nicht-alkoholischem Bier je rund die Hälfte auf Eichhof alkoholfrei und auf Clausthaler alkoholfrei.

## II. Potenzieller Wettbewerb

239. Als potenzielle Konkurrenz im Detailhandelskanal gibt die Meldung Lidl an. Berichten zufolge will Lidl gegen Ende 2008 in den Schweizer Markt eintreten. Lidl verkauft als nicht-alkoholisches Bier das Malzbier Karlskrone. Auch das neu eingetretene Detailhandelsunternehmen Aldi verkauft die Biermarke Karlskrone. Gemäss Meldung verkauft Aldi hauptsächlich Importbiere. Aller-

235. Über die Jahre 2005 bis 2007 verlor die Eichhof Getränkedivision an Marktanteil. Dieser Marktanteilsverlust beträgt über die drei Jahre ungefähr [5-15 %]. Der Marktanteilsverlust ging im Wesentlichen an die Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg. Als Grund für den Rückgang bei der Eichhof Getränkedivision gibt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 an, dass "bis vor einigen Jahren Clausthaler praktisch das einzige bekannte alkoholfreie Bier auf dem Markt war". Clausthaler alkoholfrei wird in der Schweiz von der Eichhof Getränkedivision vertrieben.

236. Wie im Horeka-Kanal ist auch bei nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal der Konzentrationsgrad hoch. Schätzungen für die HHI-Werte basierend auf den Marktanteilsdaten für das Jahr 2007 sind in Tabelle 14 dargestellt.

dings ist die Herstellerin von Karlskrone die Feldschlösschen Brauerei GmbH in Braunschweig (Deutschland). Die Feldschlösschen Brauerei gehört der Holsten-Gruppe an. Diese wiederum gehört zur Carlsberg-Holding ([www.1000getraenke.de](http://www.1000getraenke.de), besucht am 21. Mai 2008).

240. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 vervollständigt die Angaben zum Malzbier Karlskrone. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 handle es sich bei Karlskrone offenbar um eine eingetragene Marke von Aldi Süd, Aldi Schweiz und Hofer. Karlskrone werde von verschiedenen Brauereien produziert und abgefüllt. "Während das naturtrübe Karlskrone Weissbier sowie ein Radler, ein Lemon-Mischbier und das alkoholfreie Malzbier tatsächlich bei der zur Carlsberg-Gruppe gehörenden Feldschlösschen Brauerei GmbH in Braunschweig gebraut werden, werden die alkoholhaltigen Biere Karlskrone Pilsner, Gold und Altbier von der belgischen Brauerei Martens hergestellt." Dies soll zeigen, dass Aldi das Unternehmen für die Herstellung ihres Private Labels Karlskrone frei wählen könne. Deshalb spiele es für die Beurteilung des schweizerischen Detailhandelsmarktes für alkoholfreie Biere keine Rolle, wer dieses Produkt herstellt und abfüllt.

241. Schweizerische Kleinbrauereien sind für einen Markteintritt bei nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal auf ein Detailhandelsunternehmen angewiesen. In diesem Zusammenhang stellt sich für eine Kleinbrauerei die Schwierigkeit, eine genügend hohe Menge herzustellen. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 sei ein Markteintritt auch für Kleinbrauereien mit geringen Mengen möglich, soweit sich diese als Nischenplayer

einen Platz im regionalen Sortiment nationaler Detailhändler ergattern könnten. Immerhin würde eine Brauerei mit einer Menge von 2'500 hl im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal bereits einen Marktanteil von 5 % erreichen. Dasselbe gelte für den Vertrieb über kleinere Detailhandelsgeschäfte. Auch dort seien keine grossen Mengen vonnöten.

242. Bei einem Markteintritt von ausländischen Unternehmen stellt sich die Frage, ob das schweizerische Marktvolumen gross genug ist. Denn ein internationales Unternehmen wägt zwischen den Kosten für einen Markteintritt und dem erwarteten Ertrag aus dem Markteintritt ab. Es ist fraglich, ob der erwartete Ertrag bei einem Marktvolumen von 50'000 hl genügend hoch ist, damit ein internationales Unternehmen eintritt.

243. Zum Markteintritt von ausländischen Unternehmen erwidert die Stellungnahme, dass es den Detailhandelsunternehmen, Abholmärkten sowie Gastrobetriebebetrieben nach wie vor frei stünde, in der Schweiz nicht angebotene alkoholfreie Biere direkt zu importieren. Hier stellt sich aber die analoge Frage wie bei einem Markteintritt von ausländischen Unternehmen: Ist der erwartete Ertrag bei einem Marktvolumen von 50'000 hl genügend hoch, damit ein Detailhandelsunternehmen in der Schweiz nicht angebotene alkoholfreie Biere direkt importiert? Wie ein internationaler Brauerei-Konzern für einen Markteintritt die Kosten gegenüber dem erwarteten Ertrag eines Markteintritts abwägt, so nimmt auch ein Detailhandelsunternehmen beim Verkauf von Bier die entsprechenden Abwägungen vor. Ein Detailhandelsunternehmen wägt zwischen dem Verkauf von in der Schweiz bereits angebotenen nicht-alkoholischen Bieren und dem Verkauf von in der Schweiz noch nicht angebotenen nicht-alkoholischen Bieren ab. Mit dem Verkauf von Bier, welches in der Schweiz noch nicht angeboten wird, sind Kosten für die Markteinführung verbunden. Dies zeigt auch das von der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 genannte Beispiel von Denner und der Markteinführung von Gralsburg. Denner führte dieses Bier mit einer Niedrigpreisstrategie ein. Zudem dauerte die Markteinführung zwei Jahre. Diese Kosten fallen beim Verkauf einer in der Schweiz bereits angebotenen Biermarke nicht an.

### III. Zwischenergebnis

244. Die Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz im Absatz von nicht-alkoholischem Bier zeigen, dass nach dem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision die beiden Unternehmen zusammen das marktanteilsstärkste Unternehmen im Markt sind. Mit der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg besteht ein genügend grosses Konkurrenzunternehmen. Die Differenz in Marktanteilen beträgt ungefähr [45-55 %]. Die Gruppe der Übrigen macht ungefähr [5-15 %] aus. Deshalb weist der Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal einen hohen Konzentrationsgrad auf. Im Jahr 2007 verfügt HS über einen Marktanteil von ungefähr [0-10 %]. Durch den Zusammenschluss fällt mit HS ein bedeutendes Konkurrenzunternehmen weg.

245. Die potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz und dem Ausland ist als beschränkt zu beurteilen.

246. Somit ergeben sich für die Zusammenschlussparteien keine genügenden Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung.

247. Aus diesen Gründen erfolgt in Abschnitt C.4.2.3 eine Analyse zu kollektiver Marktbeherrschung von HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg.

#### C.4.2.2.5. Beschaffungsmarkt für Hopfen

248. Aufgrund der Angaben in der Meldung erscheint ein europaweiter Beschaffungsmarkt für Hopfen als sinnvoll. Diese europaweite Betrachtung erfordert neben HS auch die Berücksichtigung der europaweit aktiven Einheiten der Heineken-Gruppe. Die Heineken-Gruppe beschafft sich Hopfen auf dem europäischen Markt über Einheiten ausserhalb der Schweiz. Bei der Eichhof-Gruppe ist dies nicht der Fall. Die Eichhof Getränkedivision führt keine internationale Einheiten ausserhalb der Schweiz.

249. Den Marktanteil von Heineken International auf dem europäischen Beschaffungsmarkt für Hopfen schätzt die Meldung auf ungefähr [10-20 %]. Für die Eichhof Getränkedivision ergeben die Angaben in der Meldung einen Marktanteil von weniger als [0-10 %] bei der Beschaffung von Hopfen in Europa. Folglich sind auf dem Beschaffungsmarkt für Hopfen die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben.

#### C.4.2.2.6. Beschaffungsmarkt für Malz

250. Wie im Bereich Hopfen erscheint auch für den Beschaffungsmarkt für Malz ein europaweiter Markt sinnvoll. Auf dem europäischen Malzmarkt beträgt nach Schätzung der Meldung der Marktanteil von Heineken International ungefähr [10-20 %]. Die Angaben in der Meldung erlauben eine Schätzung für den Marktanteil der Eichhof Getränkedivision von weniger als [0-10 %]. Folglich sind auf dem Beschaffungsmarkt für Malz die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben.

#### C.4.2.2.7. Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen

251. Bei einer räumlichen Beschränkung auf das Gebiet der Schweiz beträgt der gemeinsame Marktanteil von HS und der Eichhof Getränkedivision ungefähr [20-30 %]. Dieser Marktanteil setzt sich aus den Anteilen von [5-15 %] für HS und [5-15 %] für die Eichhof Getränkedivision zusammen. Gemäss Meldung handelt es sich um die Anteile an den in der Schweiz gebrauchten Bierflaschen von HS und der Eichhof Getränkedivision. Die Verwendung von Glas und Glasflaschen für andere Inhalte wie Mineralwasser oder Wein berücksichtigt die Meldung somit nicht. Aber selbst bei einer Beschränkung auf Bierflaschen sind mit dem gemeinsamen Marktanteil von [20-30 %] auf dem Beschaffungsmarkt für Glas und Glasflaschen die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 KG nicht gegeben.

#### C.4.2.3 Kollektive Marktbeherrschung

252. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in diesem Fall kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, sofern die Voraus-

setzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.

253. Aufgrund der Ausführungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz wird auf eine allfällige, kollektive Marktbeherrschung von HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg fokussiert.

254. Zudem geht die Wettbewerbskommission mit den Ausführungen zu einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung auf die Argumente der Meldung zu einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung ein. Diese Argumente der Meldung sind nachfolgend dargelegt.

255. Zu einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung bringt die Meldung Folgendes vor. "Es besteht absolut keine Gefahr, dass der Zusammenschluss von Eichhof und HS zu koordiniertem Handeln mit Feldschlösschen/Carlsberg führen könnte." Der Anteil am Gesamtmarkt von Feldschlösschen/Carlsberg sei selbst nach dem Zusammenschluss [fast zweimal] grösser [...] als derjenige von HS und der Eichhof Getränkedivision zusammen. Daher würden sich Marktstrategien und Marktzugang von Feldschlösschen/Carlsberg gegenüber denjenigen von HS/Eichhof und den übrigen Brauereien wesentlich unterscheiden. Hauptantrieb von HS und der Eichhof Getränkedivision sei und bleibe der Anreiz, Marktanteile von Feldschlösschen/Carlsberg zu gewinnen. Gemeinsam könnten HS und die Eichhof Getränkedivision gewichtiger und wirkungsvoller Feldschlösschen/Carlsberg gegenüberreten. Es gebe keine Veranlassung, die bestehende, der Wettbewerbskommission bestens bekannte ausgeprägte Rivalität im Wettbewerb mit Feldschlösschen/Carlsberg, nach Durchführung des Zusammenschlusses zu reduzieren.

256. Auch bei der Preisbildung sei keine Koordination zu erwarten. Alle Marktteilnehmer arbeiteten mit ausgeklügelten volumenabhängigen Rabattsystemen. Diese Rabattsysteme verhinderten die Preistransparenz auf dem Markt. Zudem ermutigten die Rabattsysteme die Horeka-Betriebe, mehr Bier einer bestimmten Marke zu verkaufen. Schliesslich könne ein Horeka-Betrieb mit einem Bierliefervertrag neben den im Vertrag vereinbarten Biere nur noch einige Konkurrenzbiere – meist in Flaschen – anbieten. Stillschweigendes koordiniertes Handeln zwischen Feldschlösschen/Carlsberg und HS/Eichhof Getränkedivision würde somit bedeuten, den Status Quo zu zementieren, was bei einem gesamthaft schrumpfenden Markt weder im Interesse des einen noch des anderen Wettbewerbers sein könne.

257. Im Übrigen würden bereits heute die Brauereien mit grossen Horeka-Kunden bis zu mehrmals jährlich über die Konditionen des Bierbezugs verhandeln. "Marketing und Verkaufsgeschick spielen eine entscheidende Rolle im Horeka-Markt, so dass allein die Koordination der Preissysteme nicht in dem Umfang zu Marktstabilität führen würde, dass koordiniertes Handeln befürchtet werden muss."

258. Auf dem Detailhandelsmarkt weist die Meldung zusätzlich besonders auf die starke Nachfragemacht der grossen Detailhändler hin, die dafür Sorge, dass der

Markt für neue Anbieter offen bleibe. Zudem akzeptierten die Detailhändler Preisabsprachen zwischen dem Marktführer und der zweitgrössten Brauerei auf diesem von einem erheblichen Preiswettbewerb geprägten Markt nicht.

259. Die Wettbewerbskommission behandelt die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zu kollektiver Marktbeherrschung ausführlich in ihrem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 184 ff.). Somit verweist die Wettbewerbskommission für allgemeine Grundlagen und Erkenntnisse auf die Beurteilung zum Zusammenschluss Migros/Denner (RPW 2008/1, S. 129 ff.). Dementsprechend erfolgen die Ausführungen in diesem Abschnitt C.4.2.3 zur kollektiven Marktbeherrschung in Analogie zum Zusammenschluss Migros/Denner.

260. Schliesslich erfolgen die Ausführungen zur kollektiven Marktbeherrschung für die Märkte

- Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal,
- Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal,
- Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal,

gemeinsam. Für den vorliegenden Fall ist eine gemeinsame Betrachtung möglich, weil die Situationen in den drei Märkten ähnlich sind. Vor allem die Situationen in den Horeka Märkten sind sehr ähnlich. Bei allfälligen Unterschieden wird darauf hingewiesen. Eine gemeinsame Betrachtung genügt aber nur im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben. Hingegen ist in anderen Fällen eine getrennte Betrachtung möglich oder notwendig.

#### **C.4.2.3.1. Prüfkriterien kollektive Marktbeherrschung**

261. Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Markt. Praxisgemäss sind für die Beurteilung folgende Kriterien heranzuziehen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.<sup>6</sup>

##### *Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration*

262. Die Angaben in der Meldung zeigen, dass nach einem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision (HS/Eichhof) zwei Unternehmen mit hohen Marktanteilen bestehen. Einerseits ist dies die HS/Eichhof. Andererseits ist es Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg. Der Übersicht halber wiederholt Ta-

<sup>6</sup> Darstellungen der ökonomischen Literatur bieten beispielsweise KAI-UWE KÜHN, *The Coordinated Effect of Mergers*, in *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccirossi, Paolo, 2008, S. 105 – 144; oder Motta, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 147 f.

belle 15 die Marktanteile für die entsprechenden Märkte. Nach dem Zusammenschluss verfügen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg zusammen über [70-80 %] Marktanteil beim alkoholischen Bier im Horeka-Kanal und über [85-95 %] beim nicht-alkoholischen Bier im Detailhandelskanal. Beim nicht-alkoholischen Bier im Horeka-Kanal beträgt der gemein-

same Marktanteil mehr als [80-90 %]. Neben HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg verbleibt eine zersplitterte Gruppe von Klein- und Mikrobrauereien. Je nach Kanal und Produkt machen diese Klein- und Mikrobrauereien zusammen etwas weniger als [5-30 %] aus. Einzeln verfügen diese Brauereien über Marktanteile bis [0-10 %], abhängig von Kanal und Produkt.

Tabelle 15: Marktanteile Horeka-Kanal und Detailhandelskanal

Unternehmen	Horeka-Kanal				Detailhandelskanal	
	alkoholisches Bier		nicht-alkoholisches Bier		nicht-alkoholisches Bier	
Heineken	[15-25 %]	[30-40 %]	[0-10 %]	[30-40 %]	[5-10 %]	[60-70 %]
Eichhof Getränke-division	[10-20 %]		[25-35 %]		[55-65 %]	
Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg	[35-45 %]		[50-60 %]		[15-25 %]	
Total	[70-80 %]		[85-95 %]		[80-90 %]	

263. Die vorangehend geschätzten HHI-Werte bestätigen die hohen Konzentrationsgrade in den drei Märkten. Zusammen vereinen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg je nach Kanal und Produkt zwischen 74,4 % und 90,6 % des Marktes auf sich. Dies ist der Grund für eine Prüfung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung dieser beiden Brauereigruppen.

264. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 gibt an, dass es auch nach dem Zusammenschluss von HS und der Eichhof Getränke-division in der Schweiz Marktteilnehmer geben werde, die einen disziplinierenden Effekt auf HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg ausüben könnten. Diesem Vorbringen widersprechen aber die Marktanteile, die HHI-Werte und die Analyse zur aktuellen Konkurrenz. Wie die Marktanteile, die HHI-Werte und die Analyse zur aktuellen Konkurrenz zeigen, bestehen in der Schweiz keine zu HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg vergleichbare Unternehmen.

265. Weiter bezeichnet die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 HS und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg seien Ländergesellschaften von weltweit tätigen Konzernen und stünden mit den übrigen grossen Bierbrauereien wie InBev und SAB Miller in stetigem Wettbewerb. Das Handeln der jeweiligen Ländergesellschaften solcher "Global Players" sei daher stets in einem weltweiten Kontext zu betrachten. Es mag zutreffen, dass die Mutterhäuser ihren Ländergesellschaften Handlungsanweisungen gibt. Aber in der Schweiz sind ausser HS und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg keine weiteren Ländergesellschaften von "Global Players" tätig. Somit entfällt auch eine Betrachtung von Ländergesellschaften von grossen Brauereien wie InBev und SAB Miller. Zudem gibt ein Mutterhaus nicht für alle Ländergesellschaften die gleiche Handlungsanweisung vor. Ein Mutterhaus kann seinem Tochterunternehmen in einem Land harten

Preiswettbewerb vorgeben, während es einem anderen Tochterunternehmen in einem anderen Land eine angepasste Strategie vorgibt.

266. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 geht davon aus, dass auf dem internationalen Biermarkt seit Jahren eine Konsolidierung stattfindet. "Der weltweite Biermarkt wird von immer grösser werdenden internationalen Konzernen geprägt, die prinzipiell alle in der Lage sind, in relativ kurzer Zeit in jeden beliebigen nationalen Markt einzutreten, auf welchem sie noch nicht tätig sind." Eine weltweite Konsolidierung mag stattfinden. Jedoch wären die internationalen Konzerne auch ohne Konsolidierung in der Lage, in relativ kurzer Zeit in jeden beliebigen Markt einzutreten. Ob eine Konsolidierung stattfindet oder nicht, hat keinen Einfluss auf die Existenz von Unternehmen, welche in der Lage sind in den Schweizer Markt einzutreten. Zudem zeigt die Analyse zur potenziellen Konkurrenz, dass diese als beschränkt zu beurteilen ist.

267. Die beschränkte potenzielle Konkurrenz ist auch dem nächsten Argument der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 entgegenzuhalten. Das Argument ist, dass mit InBev und SAB Miller noch mindestens zwei weitere internationale Konzerne bestehen, welche selbständig in den Schweizer Markt eintreten könnten. Beispielsweise habe Scottish & Newcastle erfolgreich Biere der Marke Kronenbourg in den vergangenen Jahren in die Schweiz importiert und damit einen Gesamtmarktanteil von rund [0-10 %] erreicht. Dieses Beispiel zeigt aber, dass bei einer Markteinführung die Erreichung eines Marktanteils von [0-10 %] mehrere Jahre benötigt. Zudem gehört die Marke Kronenbourg nach der Übernahme von Scottish & Newcastle der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg.

268. Dass neben Heineken und Carlsberg in der Schweiz keine weiteren internationalen Brauereikonzerne tätig

sind, begründet die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 mit rückläufigen Absatzzahlen, der Kleinräumigkeit der Schweiz und funktionierendem Wettbewerb. "Sollte die nach der Durchführung des Zusammenschlusses entstehende Marktstruktur in der Schweiz wider Erwarten zu einem Anstieg der Bierpreise auf ein gegenüber anderen nationalen Märkten höheres Niveau führen, so würde es für die übrigen Weltkonzerne interessant, in den Schweizer Markt einzusteigen, was wiederum umgehend eine Intensivierung des Wettbewerbs und eine sofortige Neutralisierung allfälliger Kollusionstendenzen zur Folge hätte." Eine sofortige Neutralisierung allfälliger Kollusionstendenzen muss nicht die automatische Folge sein. Möglicherweise werden andere internationale Brauereikonzerne in der Schweiz aktiv, aber ohne einen intensiven Preiswettbewerb zu starten. Im Übrigen bleibt die Kleinräumigkeit der Schweiz mit oder ohne Kollusionstendenz bestehen.

269. Neben den grossen internationalen Brauereien weist die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 auf die Vielzahl der im grenznahen Ausland, insbesondere in Süddeutschland, agierenden Brauereien hin. Diese könnten ihre Aktivitäten leicht auf den Schweizer Markt ausdehnen. Für den Markteintritt von kleineren im grenznahen Ausland tätigen Brauereien gelten allerdings die gleichen Gegenargumente wie bei den grossen internationalen Brauereien. Zudem verfügen die kleineren Brauereien über weniger Möglichkeiten als internationale Konzerne.

270. Zu den Klein- und Mittelbrauereien wiederholt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008, dass diese innerhalb ihres Wirkungskreises insbesondere auch auf HS und die Eichhof Getränkedivision sowie Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg eine stark disziplinierende Wirkung ausübten. Klein- und Mittelbrauereien hätten gegenüber den grossen Marktteilnehmern erhebliche Wettbewerbsvorteile: Nachfrage nach lokal produzierten Bieren, günstigere Kostenstrukturen und hohe Flexibilität. Ob Klein- und Mittelbrauereien über günstigere Kostenstrukturen verfügen, ist fraglich. Denn grosse Brauereien verfügen über Grössenvorteile in Bezug auf die Kosten.

271. Zur Beurteilung einer Industriestruktur wie sie in diesem Zusammenschlussvorhaben vorliegt, bezieht sich die Wettbewerbskommission praxisgemäss auf die ökonomische Literatur: "Oligopoly of Small and Large Firms".<sup>7</sup> Der ökonomischen Literatur entsprechend hat ein einzelner kleiner Anbieter in einer solchen Industriestruktur keinen disziplinierenden Effekt auf die grossen Anbieter. Demnach kann ein einzelner kleiner Anbieter auch keinen disziplinierenden Effekt auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der grossen Anbieter ausüben. Daraus resultiert die Schlussfolgerung, dass auf nationaler Ebene die Klein- und Mikrobrauereien eine allfällige kollektive Marktbeherrschung durch HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg nicht beseitigen können.

272. Allerdings ist offen, ob die Klein- und Mikrobrauereien regional und lokal eine disziplinierende Wirkung haben. Klein- und Mikrobrauereien sind in ihrem Absatzgebiet gut verankert. Indem die Klein- und Mikrobrauereien ihr Bier in Flaschen verkaufen, können sie auch die Exklusivvereinbarungen in Bierlieferverträgen umgehen.

273. Insgesamt begünstigt der Zusammenschluss in Bezug auf die Anzahl der beteiligten Unternehmen, die Marktanteile und die Marktkonzentration die Möglichkeiten einer kollektiven Marktbeherrschung durch HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg.

#### *Symmetrien*

274. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen.<sup>8</sup> Es sind Dimensionen wie Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Know-How. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen unterscheidet sich zwischen den verschiedenen Industrien. Grundsätzlich begünstigt Symmetrie eine mögliche kollektive Marktbeherrschung.

275. Bei den Symmetrien geht die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 davon aus, dass "HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg bei eingehender Betrachtung keine Symmetrien aufweisen, die eine kollektive Marktbeherrschung begünstigen". Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 basiert diese Aussage vorwiegend auf einer Betrachtung der Absatzmengen über alle Kanäle und Produkte hinweg. Bei der Beurteilung der Symmetrien müssten die Unternehmen als Einheit und nicht nur aufgrund ihrer Positionierung auf den einzelnen Teilmärkten verglichen werden.

276. Im Gegensatz zur Stellungnahme vom 27. Juni 2008 betrachtet die Wettbewerbskommission die Symmetrieverhältnisse für jeden relevanten Markt einzeln. Andernfalls gehörten die im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben abgegrenzten Märkte zum gleichen relevanten Markt. Eine Betrachtung über die verschiedenen Märkte hinweg erfolgt im Rahmen des Prüfkriteriums Multimarktbeziehungen. Das Vorgehen der Betrachtung für jeden relevanten Markt einzeln erfolgt in Anlehnung an den Beschwerdeentscheid der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 in Sachen Berner Zeitung AG/Tamedia AG gegen Wettbewerbskommission (RPW 2006/2). In diesem Beschwerdeentscheid setzt die ehemalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für eine Prüfung eine Marktabgrenzung voraus. "Diese erst erlaubt die Beantwortung der damit zusammenhängenden Streitfrage (vgl. E. 2) nach den konkreten Wettbewerbsverhältnissen auf den für relevant erachteten Märkten,..." (RPW 2006/2, Rz. 6.1.3).

277. Wie Tabelle 15 zeigt, weisen die zwei Gruppen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg im Horeka-Kanal beim alkoholischen Bier eine Marktanteilsdifferenz von [0-10 %] auf. Beim nicht-alkoholischen Bier im Horeka-Kanal beträgt die Marktanteilsdifferenz ungefähr [15-25 %]. Im Detailhandelskanal für nicht-alkoholisches Bier schliesslich unterscheiden sich die zwei Gruppen um ungefähr [45-55 %]. Folglich besteht im Bereich alkoholisches Bier im Horeka-Kanal mit einer Marktanteilsdifferenz von [0-10 %] nahezu Symmetrie. Dieser Bereich ist auch der umsatzstärkste der drei betrachteten Bereiche. Der Bereich nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal kann aufgrund der Marktanteilsdifferenz

<sup>7</sup> Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 186, Rz. 473 ff.

<sup>8</sup> Motta, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, S. 147 f..

von [15-25 %] in Bezug auf die Symmetrie nicht abschliessend beurteilt werden. Im Detailhandelskanal für nicht-alkoholisches Bier dagegen zeigen die Marktanteile asymmetrische Verhältnisse.

278. Neben ähnlichen Marktanteilen weisen die zwei Gruppen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg weitere Symmetrien auf. Beide Gruppen bieten internationale und nationale Biermarken an. Beide Gruppen führen internationale und nationale Biermarken in ihrem Sortiment. Beide Gruppen bedienen sowohl den Horeka-Kanal als auch den Detailhandelskanal. Beide Gruppen positionieren ihre Biermarken über gesellschaftliche Anlässe wie beispielsweise die Fussball Europameisterschaft oder open air festivals.

279. Die Feststellung, dass beide Gruppen internationale und nationale Biermarken in ihrem Sortiment führen, greift gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zu kurz. Hinsichtlich Produktportfolios stellt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 folgendes fest:

1) HS/Eichhof verfügt mit Heineken über ein international und gesamtschweizerisch stark positioniertes Premiumbier, welches in der Schweiz das zentrale Produkt im Portfolio der Gruppe darstellt. Im Gegensatz dazu kommt dem internationalen Premiumbier von Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg in ihrem Portfolio eine untergeordnete Bedeutung zu.

2) HS/Eichhof verfügt mit Eichhof und Calanda über zwei regional stark verankerte Marken, die mittelfristig gegebenenfalls zu einer nationalen Marke ausgebaut werden könnten. Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg hat mit Felschlösschen eine nationale Marke mit herausragender Bedeutung im Portfolio.

3) Das gesamte Produktportfolio von Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg ist stärker auf den Vertrieb einheimischer Biere fokussiert. Bei HS/Eichhof hat das Geschäft mit internationalen Bieren im Vergleich zu Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg einen doppelt so hohen Stellenwert.

4) "Im Bereich alkoholfreie Biere vertreibt HS/Eichhof [...] Eichhof alkoholfrei und das ausländische Clausthaler, wobei Eichhof alkoholfrei im Detailhandel exklusiv von Migros vertrieben wird. Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg ist demgegenüber mehr auf den Vertrieb des inländischen Feldschlösschen alkoholfrei im Horeka-Kanal fokussiert."

5) Die Kernabsatzgebiete der regional verwurzelten Marken der beiden Marktteilnehmer weisen kaum Überschneidungen auf.

6) HS/Eichhof sind zusätzlich verstärkt im Weingeschäft tätig.

280. Wie die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 unter 2) angibt, kann HS/Eichhof die zwei Marken Eichhof und Calanda zu nationalen Marken ausbauen. Diesbezüglich gibt die Meldung an: "Die Ergänzung des Portfolios um die Produkte von Eichhof verhilft Heineken zu einem bekannten einheimischen Bier, das mittelfristig als nationale Marke positioniert werden kann." HS/Eichhof verfügt somit über mehr Potenzial für nationale Marken. Der Zusammenschluss erhöht die Symmetrie zwischen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronen-

bourg. Zudem ist die Marke Heineken gemäss den Angaben der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ein gesamtschweizerisch stark positioniertes Bier. Zum Unterschied, dass HS/Eichhof verstärkt im Weingeschäft tätig ist, ist folgendes festzuhalten. Das Weingeschäft von HS/Eichhof scheint für die Betrachtung von Symmetrien nicht von Bedeutung. Gemäss Meldung erzielt die Eichhof Getränkedivision mit dem Vertrieb von Weinen, Spirituosen und Champagner 15 % des Jahresumsatzes. Nach einem Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision fällt der Anteil des Vertriebes von Weinen, Spirituosen und Champagner gemessen am Umsatz im Getränkebereich anhand der Angaben in der Meldung noch geringer aus: ungefähr [0-10 %].

281. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 bemängelt auch die Feststellung der Symmetrie bei der Positionierung der Biermarken über gesellschaftliche Anlässe. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 engagiert sich HS in der Schweiz im Musikbusiness und als Sponsor von Open-Air-Festivals. Demgegenüber positioniere sich Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg in der Schweiz vorwiegend im Sport wie Sponsoring der Fussball-Europameisterschaft oder als Partner des Eidgenössischen Schwing- und Älplerfests. Diese Angaben der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 bestätigen, dass HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg ihre Biermarken über gesellschaftliche Anlässe positionieren. Beide Brauerei-Gruppe werben über den Kanal gesellschaftliche Anlässe. Die Angaben der Stellungnahme vom 27. Juni 2008 zeigen weiter, dass die beiden Brauerei-Konzerne innerhalb des Kanals gesellschaftliche Anlässe horizontal differenziert sind. Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright, Tirole (2003) kommen für horizontale Produktdifferenzierung zu folgendem Schluss: "Overall, the impact of horizontal differentiation appears quite ambiguous."<sup>9</sup> Damit bleibt entscheidend, dass HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg beide ihre Biermarken über den Kanal von gesellschaftlichen Anlässen positionieren.

282. Die zwei Gruppen ähneln sich im Weiteren darin, dass sie beide internationale Konzerne sind. Allerdings sind weltweit mehrere internationale Bierkonzerne tätig. Der weltweit grösste Bierkonzern ist Anheuser-Busch InBev mit ungefähr 24 % Anteil am Weltmarkt; nach deren Zusammenschluss. Darauf folgt SAB Miller als zweitgrösster Bierkonzern mit ungefähr 13 % Anteil am Weltmarkt. Dann kommt Heineken mit etwas weniger als 8 %. Auf Heineken dürfte nach der Übernahme von Scottish & Newcastle die Gruppe Carlsberg mit geschätzten 7 % Marktanteil folgen.

283. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 unterscheiden sich die zwei Gruppen in den Kostenstrukturen. Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg betreibt eine günstigere Distribution als HS. Der Grund dafür dürfte unter anderem in "Skalenvorteilen (economies of scale)" von Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg liegen. Diese unterschiedlichen Kostenstrukturen würden gegen eine Koordination im Bereich der Preise sprechen, weil

<sup>9</sup> Ivaldi, Marc, Jullien, Bruno, Rey, Patrick, Seabright, Paul, Tirole, Jean, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, March 2003.



die Marktteilnehmer ungleiche Produktionsoptima aufweisen und daher unterschiedliche Produktionsmengen herstellen und diese zu unterschiedlichen Preisen anbieten möchten. Zu dieser Argumentation ist zu bemerken, dass der Zusammenschluss den Unterschied in den Möglichkeiten zur Ausnutzung von Skaleneffekten reduziert. Denn mit dem Zusammenschluss stellt ein Unternehmen alleine die Mengen her, die vorher zwei Unternehmen herstellten. Folglich werden die Unternehmen HS, Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg durch den Zusammenschluss HS/Eichhof Getränkedivision in den Kostenstrukturen symmetrischer.

284. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 führt zu den Symmetrien den Auslastungsgrad der Kapazität von HS und der Eichhof Getränkedivision an. Für HS und die Eichhof Getränkedivision zusammen betrage der Auslastungsgrad knapp 92 % inklusive Private Labels und rund 77 % ohne Private Labels. Zur Kapazitätsauslastung der Konkurrenz kann die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 keine Angaben machen.

285. Zu den Symmetrien ergänzt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008, dass es sich beim Zusammenschlussvorhaben zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision um eine Aufholfusion handle. HS und die Eichhof Getränkedivision würden sich zusammenschliessen, um Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg gestärkt entgegenzutreten und die Stellung des Marktführers herauszufordern.

286. Insgesamt betrachtet besteht im Bereich alkoholisches Bier im Horeka-Kanal beim Prüfkriterium Symmetrien eine Tendenz zu Begünstigung einer allfällig kollektiven Marktbeherrschung. Für nicht-alkoholisches Bier im Horeka-Kanal weist das Prüfkriterium Symmetrien eine neutrale Beurteilung für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung. Im Bereich nicht-alkoholisches Bier im Detailhandelskanal weist das Prüfkriterium auf keine Begünstigung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben hin.

#### Marktwachstum

287. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung. In der Schweiz ist für die Vergangenheit keine eindeutige Tendenz in der Entwicklung des Marktvolumens erkennbar. Wie Abbildung 5 zeigt, ging der Bierkonsum zwischen 1995 bis 2002 kontinuierlich zurück. Der Rückgang beträgt ungefähr 178'000 hl. Im darauffolgenden Jahr 2003 dagegen stieg der Bierkonsum um 207'000 hl an. Somit lag der Bierkonsum im Jahr 2003 höher als im Jahr 1995. Ein möglicher Grund für diesen Anstieg des Bierkonsums innerhalb eines Jahres ist der Rekordsommer 2003. Nach dem Jahr 2003 ging der Bierkonsum bis in das Jahr 2005 wieder auf das Niveau von 2002 zurück. Seit 2005 steigt der Bierkonsum wiederum an. Für das Jahr 2007 weisen die Daten den höchsten Bierkonsum der letzten 17 Jahre aus.

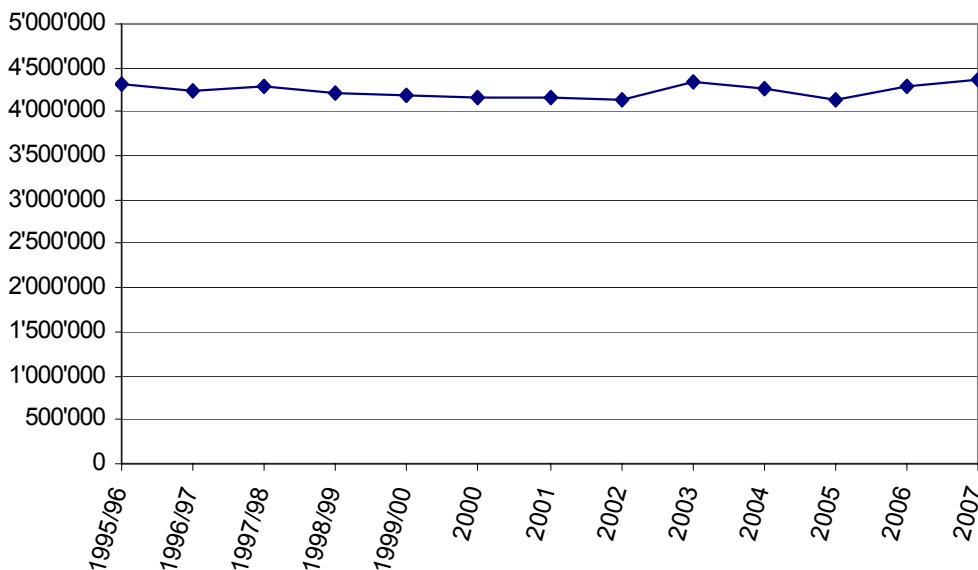


Abbildung 5: Gesamtkonsum von Bier in der Schweiz in Hektoliter über die Jahre 1995 bis 2007 (Quelle: Schweizer Brauerei-Verband, [www.bier.ch](http://www.bier.ch), besucht am 22. Mai 2008)

288. Eine Betrachtung der Wachstumsrate scheint die unbeständigere Entwicklung seit dem Jahr 2002 verglichen mit der Periode 1995 bis 2001 zu bestätigen. Abbildung 6 zeigt diese Wachstumsrate gemessen als durchschnittliche relative Änderung des Bierkonsums pro Jahr. Aus der grafischen Darstellung ist ersichtlich, dass die Wachstumsrate zwischen -3 % und 4 % schwankt. Als Vergleich: Die durchschnittliche jährliche Wachstumsrate beträgt ungefähr 1.2 %.

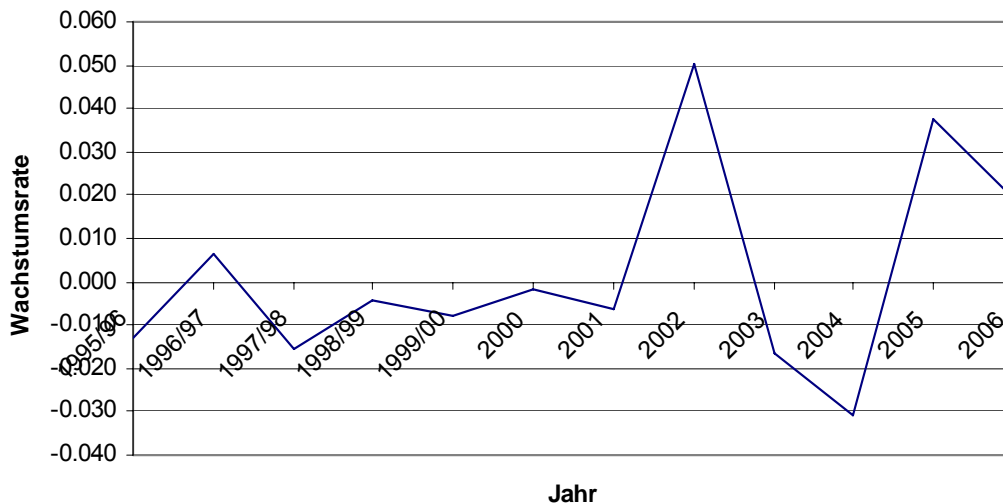


Abbildung 6: Wachstumsrate des schweizerischen Bierkonsums (Quelle der Daten: Schweizer Brauerei-Verband, [www.bier.ch](http://www.bier.ch), besucht am 22. Mai 2008)

289. Gemäss Motta kann eine stabile Nachfrage eine allfällige Marktbeherrschung fördern. Je stabiler die Nachfrage, desto höher die Beobachtbarkeit im Markt. In einem Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grosser Unsicherheit ist es schwierig zu erkennen, ob eine niedrige Verkaufsmenge das Resultat von Nachfrageschwankungen oder einer Preisunterbietung der Konkurrenz ist. Dementsprechend mag es schwieriger sein, kollektive Marktbeherrschung aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz dazu sind in gesättigten stabilen Märkten Abweichungen besser erkennbar. Bestrafung ist somit auch einfacher. Kollektive Marktbeherrschung wird begünstigt.

290. Der Biermarkt scheint ein gesättigter Markt zu sein. In den Jahren 1995 bis 2002 weist das Marktvolumen rückläufige Tendenz auf. Danach werden die Schwankungen im Konsum grösser. Allerdings liegen die Änderungen im Bereich von  $-3\%$  bis  $4\%$ . Werte in dieser Grössenordnung können nicht als Nachfrageschocks gelten. Dazu sind sie zu klein.

291. Im Gegensatz dazu ist die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 der Ansicht, es sei nicht erstellt, dass die "Nachfrageänderungen von  $-3\%$  bis  $+4\%$  auf den vorliegend zu untersuchenden Märkten nicht ausreichen, um kollusives Verhalten zu erschweren". Aufgrund dieses Einwandes wurde der Bierkonsum auf Stationarität getestet. Der Test weist auf einen stationären Bierkonsum hin. Somit bestehen Hinweise, dass der Erwartungswert und die Varianz des Bierkonsums für alle Zeitpunkte konstant sind. Der Bierkonsum scheint stabil zu sein.

292. Insgesamt betrachtet weist das Prüfkriterium keine destabilisierende Wirkung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung auf.

#### Markttransparenz

293. Die ökonomische Literatur erachtet die Erkennung von Abweichungen im Fall von stiller Kollusion ("tacit collusion") als stützendes Element. Gerade die Beobachtbarkeit von Preisen ist zentral.

294. Grundsätzlich sind die Konditionen und Preise für den Absatz von Bier im Horeka-Kanal nicht öffentlich zugänglich. Trotzdem scheint es für die zwei Gruppen

HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg aufgrund von Verhandlungen bei Bierlieferverträgen möglich, dass sie die Preise der anderen Brauereigruppe erfahren. Wie die Meldung selber angibt, bemühen sich nach Ablauf eines Bierliefervertrages oder einer Neueröffnung eines Horeka-Betriebes regelmässig mehrere Brauereien um den Abschluss eines neuen Bierliefervertrages mit der entsprechenden Brauerei. Gegeben dies trifft zu, kann der Horeka-Betrieb versuchen, bessere Konditionen auszuhandeln. Bei dieser Aushandlung teilt der Horeka-Betrieb den Brauereien die bisher gebotenen Konditionen mit, damit sich die Brauereien überbieten. Falls dies auch zutrifft, erfahren die Brauereien die gebotenen Konditionen der Konkurrenzbrauereien. Somit erfahren die Brauereien auch die pekuniären Elemente der gebotenen Konditionen wie die Preise.

295. Allerdings ist es auch möglich, dass der Horeka-Betrieb die Konkurrenzangebote nicht detailliert mitteilt. Der Horeka-Betrieb macht keine detaillierten Angaben, weil das Gegenangebot sonst nur marginal besser ausfällt. Zudem ist auch denkbar, dass ein Horeka-Betrieb mit vorteilhaften Konditionen der Konkurrenz "blufft", um einen besseren Preis auszuhandeln. In diesen Fällen erfährt eine Brauerei die Konditionen der Konkurrenz nicht oder sie kann sich nicht auf die Angaben verlassen. Eine repräsentative Überprüfung für das Ausmass dieser Verhaltensweisen dürfte sehr schwierig sein, wenn nicht gar unmöglich.

296. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 ist die Preisbildung komplex. Preislisten seien nicht öffentlich. Es würden keine einem breiten Publikum zugänglichen Preislisten ausgegeben. Ebenso wenig hätten die Brauereien keine Möglichkeiten, an die Preislisten und die Offerten der übrigen Marktteilnehmer zu gelangen. Somit hätten die Brauereien keine Kenntnis der Preise der Konkurrenz im Horeka- und Detailhandelsmarkt. Für die Horeka-Betriebe bestünde kein Anreiz, den Konkurrenten, die mit ihnen einen Bierliefervertrag abschliessen wollen, die genauen Vertragsbedingungen der Mitbewerber mitzuteilen. Schliesslich würden die untersuchten Märkte durch weitere Parameter als den Preis charakterisiert, über welche die Brauereien untereinander jedoch auch nicht informiert seien.

297. Wie bereits in der vorläufigen Prüfung genannt, ist die Menge ein anderer Parameter mit Einfluss auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung. Für die gesamte abgesetzte Bier-Menge von Brauereien bestehen gute Informationsquellen. Beispielsweise führt der Schweizer Brauerei-Verband Statistiken zu den wichtigsten Kennzahlen wie Marktvolumen, Importvolumen oder schweizerische Bierproduktion. Ein anderes Informationsinstrument zum Schweizer Biermarkt ist der jährliche Bier-Report von Canadean. Der Report für das Jahr 2007 liegt der Meldung als Beilage Nr. 55 bei.

298. Im Zusammenhang mit Mengen ist offen, wie gut die Brauereigruppen die im Horeka-Kanal und im Detailhandelskanal abgesetzten Mengen aufgetrennt nach alkoholischem und nicht-alkoholischem Bier kennen. Soweit ersichtlich, sind Informationen zu diesen Mengen nicht öffentlich erhältlich.

299. Insgesamt betrachtet, geht das Prüfkriterium Markttransparenz neutral in die Beurteilung für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg ein.

#### *Multimarktbeziehungen*

300. Die von Motta zitierte ökonomische Literatur zu Multimarktbeziehungen zeigt, dass bei perfekt symmetrischen Unternehmen und Märkten Multimarktbeziehungen die Anreize für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung nicht ändern. "It is only when there are asymmetries that multi-market contacts might help."

301. Bei Multimarktbeziehungen geht die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 von folgender Definition aus: "Von Multimarktbeziehungen wird gesprochen, wenn sich die Marktteilnehmer nebst dem zu untersuchenden Markt auch in sogenannten Drittmärkten in vergleichbarer Positionierung als Konkurrenten gegenüber stehen." Die ökonomische Literatur bezieht sich allerdings bei der Analyse von Multimarktbeziehungen nicht nur auf Drittmärkte neben den zu untersuchenden Märkten, wie die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 angibt. Beispielsweise definiert Motta Multimarktbeziehungen als "the same firms meeting in more than one market".

302. Die Stellungnahme (Ziff. 91) geht davon aus, dass die zwei Brauerei-Gruppen asymmetrisch sind. Trotzdem sei das Prüfkriterium Multimarktbeziehungen mangels Vorliegen solcher Beziehungen für die vorliegende Beurteilung als neutral zu bezeichnen. Die beiden Gruppen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg würden nicht auf zusätzlichen Märkten aufeinander treffen. Wie bereits erwähnt, ist für das Prüfkriterium Multimarktbeziehungen aber unwichtig, ob sich die Unternehmen auf zusätzlichen Drittmärkten treffen oder auf verschiedenen relevanten Märkten eines Produktes. So stellen beispielsweise alkoholisches Bier im Horeka-Kanal und alkoholisches Bier im Detailhandelskanal verschiedene Märkte dar. Dies obwohl das in den beiden verschiedenen relevanten Märkten gehandelte Produkt gleich sein kann.

303. Der Abschnitt zu Symmetrie zeigt, dass die beiden Unternehmen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg in gewissen Bereichen Symmetrien aufweisen in anderen dagegen nicht. Deshalb lässt das Prüfkriterium Multimarktbeziehungen auf keinen eindeu-

tigen Effekt durch den Zusammenschluss auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg schliessen.

#### *Stellung der Marktgegenseite*

304. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab. Denn ein starker Käufer kann mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren. Als erste Möglichkeit kann dieser Käufer mit einem Wechsel des Verkäufers drohen. Eine zweite Möglichkeit ist die Berücksichtigung von potenziellen Konkurrenten. Dritte Möglichkeit ist die Drohung, das entsprechende Produkt selber herzustellen.

305. Im Detailhandelskanal sind Marktgegenseite von HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg die Detailhandelsunternehmen. Die Detailhandelsunternehmen dürften über genügend "countervailing buyer power" verfügen, um sich von den Auswirkungen einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung von HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg zu schützen.

306. Im Horeka-Kanal dagegen stellen eine Vielzahl von Horeka-Betrieben die Marktgegenseite HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg dar. Diese Horeka-Betriebe verfügen einzeln über weniger gebündelte Gegenmacht als ein schweizerisches Detailhandelsunternehmen. Allerdings verfügen sie über mehr Gegenmacht als beispielsweise private Haushalte gegenüber einem schweizerischen Detailhandelsunternehmen. Denn in der Schweiz sind über 20'000 Mitglieder (Hotels, Pensionen, Gasthöfe, Restaurants und Cafés) im Verband GastroSuisse organisiert. Gemäss eigenen Angaben unter [www.gastrosuisse.ch](http://www.gastrosuisse.ch) (besucht am 22. Mai 2008) ist er der führende nationale Verband für Hotellerie und Restauration. Durch die Organisation in einem Verband bündeln die Horeka-Betriebe ihre Kräfte. Dazu geht die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 davon aus, dass GastroSuisse in der Lage und auch willens wäre, eine allfällige Kollusion festzustellen, aufzudecken und dagegen vorzugehen. Allerdings ist eine Bündelung von Kräften nicht gleich der Möglichkeit, gegen eine allfällige kollektive Marktbeherrschung vorzugehen.

307. Zudem werden die einzelnen Horeka-Betriebe gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 "sozusagen durch die Abholmärkte gebündelt". Die Abholmärkte handelten mit den Brauereien Preise aus, mit denen sie den Horeka-Betrieben Konditionen anbieten können, welche die Horeka-Betriebe bei einem Direktkontakt mit der Brauerei nicht angeboten erhielten. Bei der Aushandlung der Preise seien die Abholmärkte und Gastrobetriebe verhandlungsmächtig, weil sie grösstenteils von den Detailhandelsunternehmen kontrolliert würden.

308. Daraus folgert die Stellungnahme vom 27. Juni 2008, dass auch im Horeka-Kanal allfälliges kollusives Handeln durch den Zusammenschluss nicht begünstigt wird. GastroSuisse und die an Horeka-Betriebe verkauften Abholmärkte würden es vermögen, eine disziplinierende Wirkung auf die Brauereien auszuüben. Aber wie bereits in den Vorbemerkungen zum Mixed Channel erwähnt, ist die Aussage zu der disziplinierenden Wir-

kung von Gastro-Suisse und des Mixed Channels zu relativieren. Vertragspartner der Brauereien ist nicht GastroSuisse, sondern der einzelne Horeka-Betrieb. Zudem wird GastroSuisse schwerlich eine verbindliche Handlungsanweisung an alle Horeka-Betriebe vorgeben können. Bei Vorgabe einer verbindlichen Handlungsanweisung besteht die Gefahr eines Verstosses gegen das Kartellgesetz wegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Beim Mixed Channel kann bei den Anteilswerten, den dieser einnimmt, nicht von einer wesentlichen Nachfragemacht gesprochen werden. Selbst, wenn die im Mixed Channel tätigen Unternehmen von grossen Detailhandelsketten kontrolliert werden. Zudem muss bedacht werden, dass diese Mengenanteile die Summe der Anteile der einzelnen Unternehmen des Mixed Channels darstellt. Einzeln betrachtet verfügen die Unternehmen des Mixed Channels über kleinere Anteile. Dies zeigt, dass die Unternehmen des Mixed Channels nicht über eine wesentliche Marktmacht verfügen.

309. Insgesamt betrachtet, ergibt das Prüfkriterium Stellung der Marktgegenseite für den Detailhandelskanal eine Beeinträchtigung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung. Für den Horeka-Kanal ergibt das Prüfkriterium Stellung der Marktgegenseite einen neutralen Effekt auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung.

#### *Potenzielle Konkurrenz*

310. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 gebe es einige internationale Brauereikonzerne sowie eine Vielzahl im grenznahen Ausland tätiger Brauereien, die mittels Import oder Aufbau einer Produktion in der Schweiz in den schweizerischen Markt eintreten könnten. Zudem sei das Marktumfeld für die Entstehung weiterer, lokal verankerter Klein- und Mittelbrauereien günstig.

311. Die Abschnitte C.4.2.2.2, C.4.2.2.3 und C.4.2.2.4 behandeln den potenziellen Wettbewerb in den jeweiligen Märkten, für welche eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung zur Diskussion steht. Eine vollständige Wiederholung der Ausführungen ist unnötig. Das Resultat ist für alle drei Märkte gleich: Die potenzielle Konkurrenz aus der Schweiz und dem Ausland ist als beschränkt zu beurteilen. Somit besteht keine destabilisierende Wirkung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung durch potenzielle Konkurrenz.

#### *Bisheriges Verhalten der Marktteilnehmer*

312. Die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 fügt das Prüfkriterium Bisheriges Verhalten der Marktteilnehmer an. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 deutet funktionierender, intensiver Wettbewerb vor dem Zusammenschluss generell auf eine eher geringe Wahrscheinlichkeit kollusiven Handelns nach dem Zusammenschluss hin. Dass und weshalb sich die Marktteilnehmer in der Schweiz im Bereich Bier in der Vergangenheit nicht kollusiv verhielten, legt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 anhand von [folgenden] Unterkriterien dar: Angreifbarkeit des Horeka-Kanals, Wettbewerbsverstärkende Markteinflüsse, Preiskampf, Nichtpreislicher Wettbewerb [und] Anreizstrukturen.

313. Das erste Unterkriterium ist die Angreifbarkeit des Horeka-Kanals. Aufgrund ihrer Angaben zu den Bierlieferverträgen folgert die Stellungnahme vom 27. Juni

2008, dass im Ergebnis jedes Jahr 78 % der Fassbierverkäufe angreifbar sind. [...]

314. Das zweite Unterkriterium sind die wettbewerbsverstärkenden Einflüsse. Als wettbewerbsverstärkenden Einfluss nennt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 die Importbiere. In der Schweiz machten die Importbiere mit einer Menge von [500'000-1'500'000 hl] ungefähr [15-25 %] des Gesamtkonsums aus. Importbiere seien mit [10-20 %] insbesondere im Detailhandelskanal präsent. Aber auch im Horeka-Kanal hätten Importbiere eine zunehmende Präsenz. Zwischen 2005 und 2007 sei der Anteil von Importbieren im Horeka-Kanal um [0-5 %] gestiegen. Gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 üben ausländische Brauereien sowohl als tatsächliche wie auch als potenzielle Konkurrenten ausgeprägte wettbewerbsverstärkende Einflüsse auf den schweizerischen im Bereich Bier aus.

315. Bei den Angaben zu den Importanteilen gilt es jedoch zu beachten, dass gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 "in Beilage 73 nur jene Importbiere unter Importe ausgewiesen werden, die nicht einer der in der Tabelle aufgeführten Brauerei zuzuordnen sind". Bei den in der Tabelle aufgeführten Brauereien handelt es um HS, Eichhof Getränkedivision, Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg und Schützengarten.

316. Als drittes Unterkriterium nennt die Stellungnahme vom 27. Juni 2008 den Preiskampf. HS steht gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 mit den übrigen Marktteilnehmern in ausgeprägtem Preiswettbewerb. Über den Preis versuche HS neue Kunden zu gewinnen und die bisherigen Kunden zu behalten. Bestände zwischen den Marktteilnehmern geringer Wettbewerb oder kollusives Verhalten wäre HS nicht bereit, in die Preisgestaltung zu investieren.

317. Das vierte Unterkriterium ist der nichtpreisliche Wettbewerb. Im Biergeschäft ist gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 neben dem Preis auch die Beziehung zwischen Bierlieferantin und Horeka-Betrieb entscheidend. Die Beziehung zwischen Bierlieferantin und Brauerei hänge von Faktoren wie beispielsweise das Vertrauensverhältnis, regelmässige Besuche des Verkäufers beim Kunden, aktiven Support bei Events oder kompetente Beratung. Bei solchen Faktoren seien Klein- und Mittelbrauereien generell in der Lage, mit den grossen Brauereien mitzuhalten.

318. Die Anreizstrukturen sind das fünfte Unterkriterium. HS und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg sind gemäss Stellungnahme vom 27. Juni 2008 jeweils Ländergesellschaften von international tätigen Unternehmen. Als Mutterunternehmen machten die internationalen Konzerne den Ländergesellschaften Vorgaben zum Verhalten. Bei HS erhalten die Führungskräfte von der Muttergesellschaft standardmässige Vorgaben unter anderem zur Steigerung der Marktanteile und des Volumenausbaus. Für den Commercial Manager und den Marketing Manager seien die Zielvereinbarungen schwerpunktmässig nicht auf die Rentabilität ausgerichtet. Die beiden Manager hätten keinen Anreiz, Kollusion mit anderen Marktteilnehmern einzugehen. Mit kollusiven Abreden würden die beiden Manager [...] ihrer Boni vergeblich.

319. [...]

#### **C.4.2.3.2. Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung**

320. Durch den Zusammenschluss von HS und der Eichhof Getränkedivision sind nicht alle Prüfkriterien für das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung durch die zwei Gruppen HS/Eichhof und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg vollumfänglich erfüllt. Die Prüfkriterien Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration ergeben, dass der Zusammenschluss HS/Eichhof Getränkedivision Potenzial für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung zwischen den beiden Brauerei-Gruppen HS/Eichhof Getränkedivision und Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg eröffnet. Aber die restlichen Prüfkriterien vermögen eine Stabilität und Dauerhaftigkeit einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung nicht zu belegen.

#### **C.4.3 Ergebnis**

321. Die Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz zu den betroffenen Märkten zeigen, dass durch den Zusammenschluss zwischen HS und der Eichhof Getränkedivision die beiden Unternehmen auf den Märkten

- Absatz von alkoholischem Bier im Horeka-Kanal,
- Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Horeka-Kanal,

näher zum grössten Wettbewerber Carlsberg/Feldschlösschen/Kronenbourg aufschliessen. Aber die Grup-

pe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg bleibt das marktanteilsstärkste Unternehmen auf diesen Märkten. Deshalb bestehen keine Anhaltspunkte für eine Einzelmarktbeherrschung nach Art. 10 Abs. 2 KG.

322. Auf dem Markt Absatz von nicht-alkoholischem Bier im Detailhandelskanal fällt durch den Zusammenschluss HS als wichtige Konkurrenz weg. Dies festigt die Position der Eichhof Getränkedivision. Mit der Gruppe Feldschlösschen/Carlsberg/Kronenbourg besteht aber ein genügend starker aktueller Wettbewerber im Markt. Deshalb bestehen keine Anhaltspunkte für eine Einzelmarktbeherrschung nach Art. 10 Abs. 2 KG.

323. Die Analyse der Prüfkriterien ergeben ein Potenzial für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von HS/Eichhof und Carlsberg/Feldschlösschen/Kronenbourg durch den vorliegenden Zusammenschluss. Aber die Prüfkriterien ergeben keinen Beleg für die Stabilität und Nachhaltigkeit dieser allfälligen kollektiven Marktbeherrschung.

#### **C.5 Schlussfolgerungen**

324. Die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 KG, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt, sind nicht gegeben. Somit ist der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zuzulassen.

## B 2.3

## 7. Randstad (Schweiz) AG/Vedior (Schweiz) 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 19. August 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. August 2008*

## A SACHVERHALT

1. Am 24. Juli 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Randstad (Schweiz) AG ("Randstad") und die Vedior (Schweiz) AG ("Vedior"), zusammen "die Parteien", zu fusionieren, wobei Randstad Vedior absorbieren soll (Art. 3 Abs. 1 Bst. a FusG).

2. Der Zusammenschluss in der Schweiz ist eine Folge der Fusion auf Holdingstufe (Randstad Holding NV/Vedior NV, beide mit Sitz in den Niederlanden). Der Zusammenschluss wurde am 22. Februar 2008 der Europäischen Kommission gemeldet und am 17. April 2008 durch diese genehmigt.

3. *Randstad* mit Sitz in Zürich (CH) ist ein Anbieter von Dienstleistungen im Personalvermittlungssektor. *Randstad* vermittelt Temporärstellen und Festanstellungen in allen Berufszweigen. Die *Randstad* verfügt über keine Tochtergesellschaften, ist aber selber eine Tochtergesellschaft der *Randstad Holding NV* Niederlande.

4. *Vedior* mit Sitz in Zürich (CH) erbringt Dienstleistungen im Bereich der Personalvermittlung für Temporärarbeits- und Feststellen, der Kaderselektion, der Personal- und Unternehmensberatung sowie weitere, mit der Arbeitswelt jeglicher Berufe, Branchen und Gebiete zusammenhängenden Dienstleistungen. Die *Vedior* weist die *Swiss Jobs AG* als Tochtergesellschaft aus, welche jedoch seit längerer Zeit nicht mehr operativ tätig ist. Die *Vedior* ist eine Tochtergesellschaft der *Vedior NV* Niederlande.

5. Der Fusionsvertrag ist noch nicht unterzeichnet, da ein Tax Ruling abzuwarten ist, welches spätestens bis Ende August 2008 vorliegen soll. Die beteiligten Unternehmen geben an, dass sie gewillt sind, das Verpflichtungsgeschäft vorzunehmen und vom Konzern zum Zusammenschluss angewiesen worden sind.

## 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 gem. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG alle Nachfrager und Anbieter von Gütern oder 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. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG).

9. Indem *Randstad* die von ihr unabhängige *Vedior* absorbiert, liegt ein Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG vor.

### 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

11. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

12. Die *Randstad* und die *Vedior* als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a VKU, haben die Berechnung der Umsätze und festgelegten Grenzbeiträge für die Aufgreifkriterien gemäss Art. 9 Abs. 1 KG und Art. 4 Bst. f VKU vorzunehmen.

13. Gestützt auf Angaben der beiden Unternehmen betragen die Umsätze im Geschäftsjahr 2007:

**Tabelle 1:** Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2007

Unternehmensgruppe	Umsatz weltweit in CHF Mio.	Umsatz Schweiz in CHF Mio.
Randstad-Gruppe	14'800	> 100
Vedior-Gruppe	13'500	> 100
<b>Kumulierter Umsatz</b>	<b>28'300</b>	<b>&gt; 200</b>

14. Wie aus **Tabelle 1** ersichtlich ist, erzielten die beiden Unternehmen auf Gruppenebene weltweit einen Umsatz von insgesamt CHF 28.3 Mrd. Der Schwellenwert von CHF 2 Mrd. gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG wird damit deutlich überschritten.

Die beteiligten Unternehmen erzielten in der Schweiz beide einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Dadurch wird auch der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten. Der Unternehmenszusammenschluss ist somit meldepflichtig.

#### B.4 Beurteilung

15. 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).

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

##### B.4.1 Relevante Märkte

###### B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

18. Sowohl für die Temporärarbeits- als auch für die Feststellenvermittlung stehen als Marktgegenseite einerseits die Unternehmen als (arbeitsnachfragende) Arbeitgeber und andererseits die arbeitssuchenden (arbeits anbietenden) Arbeitnehmer gegenüber. Bei der Bestimmung des relevanten Marktes kann hier weitgehend darauf verzichtet werden, die Parteien der Marktgegenseite separat aufzuführen, da sich ihre tatsächlichen Auffassungen hinsichtlich der Substituierbarkeit der relevanten Leistungen (Temporärarbeits-/Feststellen) nicht wesentlich voneinander unterscheiden dürften. Im Weiteren wird folglich allgemein von den "Kunden" der Personalvermittlungsunternehmen (d.h. Arbeitnehmer und Arbeitgeber) gesprochen und nur auf eine der beiden Marktgegenseiten explizit verwiesen, sofern diese Unterscheidung notwendig ist.

19. Der sachlich relevante Markt bei Personaldienstleistungsunternehmen kann in die folgenden (Haupt-)Märkte unterteilt werden:<sup>1</sup>

- *Temporärarbeitsvermittlung*

- *Feststellenvermittlung*

20. Von der Temporärarbeitsvermittlung ist die Feststellenvermittlung zu unterscheiden. Die Differenzierung basiert auf den unterschiedlichen Bedürfnissen der Kunden. Dies äussert sich im Besonderen hinsichtlich des zeitlichen Horizonts der zu besetzenden Stelle. Die Unterscheidung rechtfertigt sich des Weiteren durch den Umstand, dass bei der Temporärarbeitsvermittlung die zu erledigenden Aufgaben im Vordergrund stehen, während bei der Feststellenvermittlung die Arbeitsstelle insgesamt bedeutend ist. Im Weiteren sind die rechtlichen Anforderungen zwischen vorübergehender und dauernder Anstellung unterschiedlich.

21. Im kürzlich ergangenen Entscheid der Europäischen Kommission in Sachen Zusammenschluss Randstad/Vedior auf Holdingstufe, wurde ein weiterer Markt für *HR Beratungsdienste* abgegrenzt.<sup>2</sup> In der Schweiz sind die beiden Unternehmungen nach eigenen Angaben nicht in diesem Markt tätig, obwohl es ihre Gesellschaftszwecke zulassen würden. Auf den HR Beratungsdienste-Markt ist deshalb nicht mehr weiter einzugehen.

22. Eine weitere Sub-Segmentierung der Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung nach einzelnen Berufsbranchen (z.B. Finanz- und Rechnungswesen, Technik, Medizinalwesen, etc.) oder eine Segmentierung in unterschiedliche Ausbildungsstufen (allgemeine und qualifizierte Personalbesetzung) ist denkbar.<sup>3</sup> Erstere der beiden Unterscheidungen wird auch durch die beteiligten Unternehmen vorgenommen.

23. In bestehenden Entscheiden der Europäischen Kommission wurde die Frage offen gelassen, ob die Märkte für Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung durch Spezialisierung (enger) definiert werden sollten.<sup>4</sup> Auf die möglichen engeren Markt abgrenzungen kann hier ebenfalls verzichtet werden, da der Zusammenschluss, wie nachfolgend gezeigt wird, auch bei diesen engeren Markt abgrenzungen kartellrechtlich unproblematisch ist.

###### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

24. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem

<sup>1</sup> Vgl. Case No IV/M.765 – ADIA/ECCO, N 15.

<sup>2</sup> Vgl. Case No COMP/M.5009 – RANDSTAD/VEDIOR, N 6, 24 f.

<sup>3</sup> Vgl. Case No COMP/M.5009 – RANDSTAD/VEDIOR, N 11.

<sup>4</sup> Vgl. Case No COMP/M.3872 – UNITED SERVICES GROUP/SOLVUS, N 15; Case No Comp/M.1702 – VEDIOR/SELECT APPOINTMENTS, N 9.

die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

25. Gemäss Entscheidpraxis der Europäischen Kommission wurden die räumlich relevanten Märkte für die Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung als national erachtet.<sup>5</sup> Dafür wurden Gründe angeführt wie Sprachunterschiede, persönliche Präferenzen bezüglich des Umzugs von Arbeitnehmern sowie die unterschiedlichen rechtlichen und regulatorischen Ordnungen. Die beteiligten Unternehmen stellen, unter Verweis auf die räumliche Abgrenzung der EU-Kommission, ebenfalls auf einen nationalen Markt ab. Im Weiteren halten sie fest, dass der räumliche Markt in der Schweiz durch das AVG<sup>6</sup> und deren Verordnung<sup>7</sup> geregelt sei. Da die Tätigkeit der kommerziellen Arbeitsvermittlung bewilligungspflichtig sei, könnten auch globale Unternehmen nur über eigene schweizerische Tochtergesellschaften in der Schweiz tätig werden.

26. Gestützt auf die obigen Aussagen wird nachfolgend ebenfalls von nationalen Märkten für Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung ausgegangen.

27. Für die Schweiz stellt sich weiter die Frage, ob eine Unterscheidung in drei Sprachregionen (deutsche, französische und italienische Schweiz) erforderlich ist. Dies gerade deshalb, weil bei der räumlichen Marktabgrenzung im Temporärarbeits- und Feststellenvermittlungsbereich oftmals auf ("nationale") Sprachunterschiede verwiesen wird.<sup>8</sup> Aus Sicht der Arbeitnehmer sind die Kriterien der Sprachunterschiede und die Vorbehalte gegen einen möglichen Umzug (wie beim Vergleich zwischen nationaler Ebene und der Gesamtheit der EU-Mitgliedstaaten) als Faktoren anzusehen, die eine lokale Dimension der Märkte hervorheben. Aus Sicht der Arbeitgeber ist die regionale Aufteilung als weniger bedeutend zu qualifizieren, da für die Arbeitgeber weniger die Herkunft, sondern mehr die Qualifikation der Arbeitnehmer bedeutend ist. Anzumerken ist auch, dass bei der Ausübung von tiefer qualifizierten Berufen allfällig fehlende Sprachkenntnisse weniger einschränkend wirken

dürften, als bei qualifizierten Arbeitskräften, welche die Sprache in der entsprechenden Region (möglich ist auch, dass eine Fremdsprache als Unternehmenssprache gilt oder es werden weitere Fremdsprachenkenntnisse verlangt) beherrschen müssen.

28. Die beteiligten Unternehmen lehnen eine Aufteilung in die drei Sprachregionen mit der Begründung ab, dass die Schweiz mit einer grossen Anzahl an nachfragenden Unternehmen durchsetzt sei, die in diversen Regionen tätig seien, weshalb Arbeitskräfte nicht nur aus einer Region rekrutiert würden.

29. Die Frage, ob die regionalen Märkte nach Sprachregionen als räumlich relevant gelten, kann offen gelassen werden, da der Zusammenschluss auch bei dieser engst möglichen Marktabgrenzung kartellrechtlich unproblematisch ist.

#### B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

30. 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.

31. Die Parteien schätzen, dass in der Schweiz im Jahr 2007 insgesamt [...] Mrd. Umsatz mit Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung erwirtschaftet wurde.<sup>9</sup> Davon entfallen nur etwa CHF [...] Mio. des Gesamtumsatzes auf den Feststellenmarkt während die übrigen CHF [...] Mio. die Temporärarbeitsvermittlung betreffen. **Tabelle 2** zeigt die Marktanteile der Parteien für die zuvor abgegrenzten Märkte der Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung in der Schweiz:

**Tabelle 2:** Marktvolumen und -anteile von Randstad und Vedior im Temporärarbeits- und Feststellenvermittlungsmarkt in der Schweiz (2007)

Unternehmen	Temporärarbeit CH		Feststellen CH	
	in CHF Mio. <sup>10</sup>	in %	in CHF Mio. <sup>11</sup>	in %
Randstad	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Randstad und Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Total Schweiz	[...]	100	[...]	100

Quelle: Schätzungen der Parteien, Meldung

<sup>5</sup> Vgl. Case No COMP/M.5009 – RANDSTAD/VEDIOR, N 17, 22; Case No COMP/M.1702 – VEDIOR/SELECT APPOINTMENTS, N 11; Case No COMP/M.3872 – USG/SOVLUS, N 17 f.

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih ("Arbeitsvermittlungsgesetz"; SR 823.11).

<sup>7</sup> Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih ("Arbeitsvermittlungsverordnung"; SR 823.111).

<sup>8</sup> Vgl. Case No IV/M.765 – ADIA/ECCO, N. 16; Case No COMP/M.5009 – RANDSTAD/VEDIOR, N 17.

<sup>9</sup> Die Schätzung der Parteien basiert auf einer Hochrechnung der Angaben über die Schweizer Temporärarbeitsvermittlung aus einer Studie von swissstaffing (Herausgegeben im Jahr 2007 mit den betreffenden Zahlen von 2006).

<sup>10</sup> Die Umsätze (Marktvolumen) im Temporärbereich werden wie folgt berechnet: Lohn brutto + Sozialversicherung + Marge.

<sup>11</sup> Die Umsätze (Marktvolumen) im Feststellenbereich entsprechen ausschliesslich der Bruttomarge und liegen deshalb weit unter den Umsätzen im Temporärarbeitsvermittlungsbereich.



32. **Tabelle 2** verdeutlicht, dass Randstad und Vedior sowohl im Temporärarbeits- als auch im Feststellenbereich in der Schweiz (einzeln und addiert) weniger als 10 % Marktanteile inne haben. Gerade im Feststellenmarkt sind die gemeinsamen Marktanteile der Parteien mit rund [0-10] % verschwindend klein. Die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden für keinen der beiden Märkte erreicht und es erübrigt sich insofern eine nähere Prüfung.

#### B.4.2.1 Marktanteile für mögliche engere Markt- abgrenzungen

33. Ergänzend sollen hier für mögliche engere Markt-  
abgrenzungen (vgl. hierzu Rz. 22 und Rz. 27) die Markt-  
anteile aufgezeigt werden. In **Tabelle 3** sind die Markt-  
anteile bei einer regionalen Abgrenzung nach Sprachregionen  
und in **Tabelle 4** die Marktanteile nach den wichtigsten  
Berufsbranchen für die Schweiz aufgeführt.

34. Was die gesamtschweizerischen Umsätze in Franken  
anbetrifft, so schätzen die meldenden Unternehmen,  
dass 60 % der Gesamtumsätze von CHF [...] Mrd. für  
2007 in der Deutschschweiz (D-CH), 35 % in der Ro-  
mandie (F-CH) und 5 % im Tessin (I-CH) erwirtschaftet  
werden.

35. Randstad erwirtschaftet nach eigenen Angaben ca.  
[...] % ihrer gesamtschweizerischen Umsätze von insge-  
samt CHF [...] Mio. in der Deutschschweiz und [...] % in  
der Romandie, während Vedior rund [...] % seiner  
schweizerischen Umsätze von insgesamt CHF [...] Mio.  
in der Deutschschweiz und [...] % in der Romandie er-  
wirtschaftet. Die beiden meldenden Unternehmen sind  
mit [...] % im Tessin tätig. Daraus ergeben sich die fol-  
genden Marktanteile bei einer engeren regionalen Be-  
trachtung:

**Tabelle 3:** Geschätzte Marktvolumen und –anteile bei regionaler Markt-  
abgrenzung (nach Sprachregionen) für die  
Schweiz (2007)

Unternehmen	D-CH		F-CH		I-CH	
	in CHF Mio.	in %	in CHF Mio.	in %	in CHF Mio.	in %
Randstad	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Randstad und Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
<b>Total Schweiz</b>	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Quelle: Schätzungen der Parteien, Meldung

36. Bei einer Branchenbetrachtung wird gemäss Anga-  
ben von swissstaffing davon ausgegangen, dass die drei  
grössten Branchen "Bau", "Produktion und Logistik" und  
"Industrie und Technik" je 30 % des Gesamtvolumens

der Temporärarbeitsvermittlung<sup>12</sup> von CHF [...] Mrd. in  
der Schweiz ausmachen. "Andere" Branchen erzielen die  
restlichen 10 % des Marktvolumens.

**Tabelle 4:** Geschätzte Marktvolumen und –anteile für die drei grössten Branchen in der Schweiz (2007)

Unternehmen	Bau		Produktion und Logistik		Industrie und Technik	
	in CHF Mio.	in %	in CHF Mio.	in %	in CHF Mio.	in %
Randstad	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
Randstad und Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]	[...]	[0-10]
<b>Total Schweiz</b>	[...]	100	[...]	100	[...]	100

Quelle: Schätzungen der Parteien, Meldung

37. Obige Ausführungen für mögliche engere Markt-  
abgrenzungen in **Tabelle 3** und **Tabelle 4** haben gezeigt,  
dass weder bei einer engeren regionalen Markt-  
abgrenzung nach Sprachgrenzen, noch bei einer Branchenbe-  
trachtung im Temporärarbeitsvermittlungsbereich die  
Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Un-  
ternehmen (einzeln oder insgesamt) mehr als 10 %  
betragen. Die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d  
VKU werden für diese engeren Markt-  
abgrenzungen nicht

erreicht und es kann insofern von der Unbedenklichkeit  
des Zusammenschluss ausgegangen werden.

<sup>12</sup> Die Branchenbetrachtung betrifft nur die Temporärarbeitsvermittlung.  
Zu den Umsätzen der Feststellenvermittlung sind keine Angaben  
vorhanden. Die Marktanteile von Randstad/Vedior sind im Feststellen-  
vermittlungsmarkt Schweiz mit [0-10] % jedoch verschwindend klein  
(vgl. Tabelle 2).

### B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb auf Temporärarbeits- und Feststellenvermittlungsmarkt

38. Zur Vollständigkeit werden in **Tabelle 5** noch die Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten von Randstad

und Vedior im Bereich der Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung<sup>13</sup> in der Schweiz aufgeführt. Dabei werden als Vergleichsgrössen zusätzlich die Anzahl Mitarbeiter sowie die Zweigniederlassungen in der Schweiz angegeben.

**Tabelle 5:** Marktvolumen und –anteile, Anzahl Mitarbeitende und Zweigniederlassungen der wichtigsten Konkurrenten in der Schweiz (2007)

Unternehmen	Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung in CH		Anzahl Mitarbeitende in CH	Zweigniederlassungen in CH
	in CHF Mio.	in %		
Randstad	[...]	[0-10]	[...]	[...]
Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[...]
Randstad und Vedior	[...]	[0-10]	[...]	[...]
Adecco	[...]	[10-20]	[...]	[...]
Manpower	[...]	[0-10]	n.a.	[...]
Kelly Services	[...]	[0-10]	[...]	[...]
Rest Schweiz	[...]	[70-80]	n.a.	n.a.
Total Schweiz	[...] <sup>14</sup>	100	n.a.	n.a.

Quelle: Schätzungen der Parteien, Meldung

39. **Tabelle 5** zeigt, dass Adecco, Manpower und Kelly Services in der Schweiz über einen ähnlich hohen, respektive sogar einen höheren Marktanteil im Bereich Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung verfügen als die Zusammenschlussparteien. Zudem ist mit Adecco ein starker aktueller Konkurrent im Markt, der auch nach dem Zusammenschluss über einen höheren Marktanteil ([10-20] %) als Randstad und Vedior zusammen verfügt. Weiter gibt es in der Schweiz viele kleine Marktteilnehmer, welche im Temporärarbeits- und Feststellenvermittlungsmarkt zusammen über 50 % Marktanteil verfügen.

### B.4.3 Ergebnis

40. Die obigen Angaben zu den Marktanteilen der Parteien zeigen auf, dass bei allen dargestellten Marktangaben die Marktanteile der Parteien (einzeln und insgesamt) unter 10 % zu liegen kommen. Damit werden die Schwellenwerte von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU für die Schweiz in keinem der betroffenen Märkten und Teilmärkten überschritten, und es erübrigt sich insofern eine weitere Prüfung.

41. Zudem konnte aufgezeigt werden, dass die drei wichtigsten Konkurrenten (Adecco, Kelly Service, Manpower) in der Schweiz einen ähnlich hohen, respektive sogar grösseren Marktanteil im Bereich Temporärarbeits- und Feststellenvermittlung als die Zusammenschlussparteien verfügen. Gerade mit Adecco stehen die beiden Parteien auch nach dem Zusammenschluss weiterhin einem starken Konkurrenten im Temporärarbeits- und Feststellenvermittlungsmarkt gegenüber, welcher auch nach dem Zusammenschluss über einen höheren Marktanteil als die beiden Parteien verfügt. Weiter gibt es in der Schweiz viele kleine Marktteilnehmer, welche im Temporärarbeits-

und Feststellenvermittlungsmarkt zusammen über 50 % Marktanteil verfügen.

42. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben 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 und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

<sup>13</sup> Die Marktvolumen und Marktanteile der Konkurrenten separat für den Temporärarbeits- und Feststellenmarkt sind nicht bekannt.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu Fn 9.

B 2.3

**8. Berkshire Hathaway/Munich Re/Global Aerospace**

*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. August 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. August 2008*

**A SACHVERHALT**

1. Am 11. Juli 2008 hat die Wettbewerbskommission die Meldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Berkshire Hathaway Inc. und Munich Re die gemeinsame Kontrolle über Global Aerospace Underwriting Managers Ltd. zu übernehmen.

2. *Berkshire Hathaway Inc.* ("Berkshire Hathaway") ist eine in den USA domizilierte Holdinggesellschaft mit Tochtergesellschaften in verschiedenen Wirtschaftsbereichen. Diverse Tochtergesellschaften der Holding sind im Bereich der Sach- und Haftpflicht-Versicherungen sowohl im Direkt- und Rückversicherungsbereich aktiv. Dies betrifft insbesondere die Northern States Agency Inc. ("Northern States"), welche formell am Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist. Northern States wird als vollständige indirekte Tochtergesellschaft durch Berkshire Hathaway kontrolliert. Weitere im erwähnten Bereich tätige Gesellschaften der Berkshire-Hathaway-Gruppe sind beispielsweise die National Indemnity Company sowie diverse Tochtergesellschaften der GEICO Corporation und General Re Corporation.

3. *Munich Re*, mit Sitz in München, ist eine deutsche Rückversicherungsgesellschaft und Holding-Gesellschaft für diverse Gesellschaften im Bereich der Direkt- und Rückversicherung sowie Vermögensverwaltung.

4. *Global Aerospace Underwriting Managers Limited* ("GAUM"), mit Sitz in London (UK), ist die Holdinggesellschaft eines internationalen Konzerns. Die GAUM-Gruppe ist als Underwriting Agent im Bereich "Aerospace" tätig. Als Underwriting Agent vermittelt GAUM Versicherungsverträge an einen Pool von Erst- und Rückversicherungsgesellschaften ("Global Pool") und zeichnet diese Verträge in Vertretung der Mitglieder des Global Pools ("Underwriting Services"). Poolmitglieder sind einerseits die Aktionäre von GAUM und andererseits Gesellschaften, welche keine Aktien von GAUM besitzen. Zusätzlich erbringt GAUM Risikoanalyse-, Management- und Verwaltungsdienstleistungen für Poolmitglieder sowie für Dritte. Zusammengefasst werden die von GAUM erbrachten Dienstleistungen als "Underwriting and Management Services" bezeichnet. Hingegen handelt es sich bei GAUM als Underwriting Agent weder um eine Erst- noch um eine Rückversicherungsgesellschaft.

5. Ein weiteres involviertes, aber nicht beteiligtes Unternehmen ist die *Converium AG* ("Converium"), mit Sitz in Zürich (CH). Converium AG wurde per 8. August 2007 durch den französischen Rückversicherer Scor SE ("Scor") übernommen und hat seither aufgehört als eigenständiges Unternehmen zu bestehen (Converium heisst seither Scor Switzerland Ld.).

6. Beim Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um den Wechsel von der dauerhaften gemeinsamen Kontrolle über GAUM durch Berkshire Hathaway und Converium (mit Munich Re als Minderheitsaktionär) zu dauerhaften gemeinsamen Kontrolle durch Berkshire Hathaway und Munich Re. Die Transaktion ist eine Folge der Übernahme der Converium durch Scor. Entsprechend den im GAUM Pool Members' Agreement und im GAUM Shareholders' Agreement enthaltenen Bestimmungen muss Converium seine Anteile an die anderen beiden Aktionäre verkaufen.

7. Als Folge der geplanten Transaktion wird das bisherige Aktionariat von GAUM von drei Aktionären (die alle über einen substanziellen Aktienanteil verfügen und im Verwaltungsrat vertreten sind) neu auf zwei Aktionäre reduziert.

8. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 9. Juni 2008 auch der EU-Kommission gemeldet, welche den Zusammenschluss mit Entscheid vom 14. Juli 2008 genehmigt hat<sup>1</sup>.

**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 gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

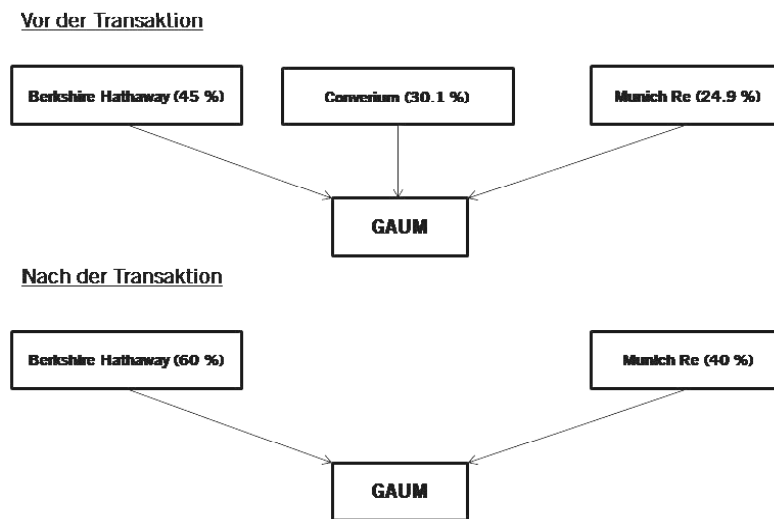
**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

11. Zum jetzigen Zeitpunkt besteht das Aktionariat von GAUM noch aus den Aktionären Berkshire Hathaway (45 %), Converium (30,1 %) und Munich Re (24,9 %). Nach vollzogener Transaktion und Erwerb der Anteile von Converium durch Berkshire Hathaway und Munich Re wird GAUM dauerhaft gemeinsam von Berkshire

<sup>1</sup> Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM.

Hathaway 60 % und Munich Re 40 %, d.h. die Anteile der Converium werden hälftig zwischen den beiden verbleibenden Aktionären aufgeteilt. Diese Transaktion kann wie folgt dargestellt werden:

### Schema 1: Beteiligungen vor und nach der Transaktion



Quelle: Angaben Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

12. Art. 2 Abs. 1 VKU in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG sehen vor, dass ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, ein Unternehmenszusammenschluss darstellt, wenn das Gemeinschaftsunternehmen dauerhaft alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

13. Die Weko hat bereits im Jahr 2003, anlässlich der Übernahme der gemeinsamen Kontrolle über GAUM durch Berkshire Hathaway und Converium, festgehalten, dass GAUM ein Gemeinschaftsunternehmen darstellt, das auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen).<sup>2</sup>

14. Seit der Meldung des gemeinsamen Kontrollerwerbs durch Berkshire Hathaway/Converium hat sich materiell nichts an den Geschäftsaktivitäten von GAUM oder den Beziehungen gegenüber den Aktionären geändert. GAUM erfüllt weiterhin die Voraussetzungen an ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen.

15. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle über GAUM durch die Munich Re und Berkshire Hathaway ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU in Verbindung mit 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. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug

der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und

b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

18. Da es sich bei den Käuferinnen um Versicherungsgesellschaften handelt, kommen zur Berechnung der Aufgreifschwelle nach Art. 9 Abs. 3 KG die Bruttoprämieinnahmen zur Anwendung. Bei der zu übernehmenden Gesellschaft, die ihre Erträge durch die von den Pool-Mitgliedern und von Drittgesellschaften bezahlten Kommissionen auf den vermittelten Versicherungsverträgen sowie durch Dienstleistungsgebühren erzielt, sind die Umsätze gemäss Art. 9 Abs. 1 KG massgebend.

<sup>2</sup> RPW 2003/2, 369 Rz. 8 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]). Zum gleichen Ergebnis gelangte damals auch die EU-Kommission, vgl. Case No COMP/M.3035 Berkshire Hathaway/Converium/GAUM JV, 28. Februar 2003, Rz. 12.

**Tabelle 1: Umsätze resp. Bruttoprämien der betroffenen Unternehmen (2006)<sup>3</sup>**

Unternehmens-Gruppe	Weltweiter Umsatz (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Berkshire Hathaway-Gruppe	123'469 <sup>4</sup>	> 100
Munich Re-Gruppe	58'887 <sup>5</sup>	> 100
GAUM-Gruppe	144 <sup>6</sup>	< 100
<b>Total</b>	<b>182'500</b>	<b>&gt; 200</b>

Quelle: Meldung Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

19. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich ist, erzielten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Bruttoprämienenertrag von deutlich mehr als 2 Mrd. CHF. Der Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG ist somit erreicht. Die Berkshire Hathaway- und die Munich Re-Gruppe erzielten in der Schweiz einen Umsatz von je über 100 Mio. CHF. Entsprechend ist auch der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG überschritten. Der geplante Kontrollwechsel ist damit gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

#### B.4 Beurteilung

20. 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).

21. 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

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 VKU).

23. Die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen sind auf 3 (Haupt-)Märkten tätig<sup>7</sup>:

- dem Markt für *Underwriting und Management Services*;
- dem *Erstversicherungsmarkt*,
- dem *Rückversicherungsmarkt*.

###### B.4.1.1.1 Underwriting und Management Services

24. GAUM erbringt die folgenden Leistungen im Bereich "Underwriting und Management Services" an Versicherungen und Rückversicherungen: (i) Underwriting von Erst- und Rückversicherungen (v.a. im Bereich Luft- und Raumfahrtisiken) für Mitglieder des Global Pool und (ii) Policen-Management im Namen der Erst- und Rückversicherer (Abwicklung von Formalitäten für Policen-Abschluss, Umgang mit Ansprüchen, Einkauf und Ver-

waltung von Rückversicherungen usw.) für Mitglieder des Global Pool und für Drittgesellschaften (v.a. für ehemalige Poolmitglieder). Die Weko hat anlässlich ihres Entscheides *Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM)* im Jahr 2003 festgehalten, dass die beiden Dienstleistungen *Underwriting Services* und *Management Services* derart verbunden sind, dass sie demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind.<sup>8</sup> Im selben Entscheid ist die Weko einerseits davon ausgegangen, dass die Leistungen im Bereich *Underwriting* und *Management Services* einen Markt ausmachen, der sich von der Erst- oder Rückversicherung unterscheidet und sie hat andererseits nicht zwischen *Underwriting* und *Management Services* für Erstversicherer und für Rückversicherer unterschieden<sup>9</sup>. Es gibt keinen Anlass, von diesen Abgrenzungen abzuweichen.

25. Auf der Marktgegenseite für *Underwriting* und *Management Services* stehen einerseits Versicherungsgesellschaften, welche Erst- und Rückversicherungen selber anbieten, und andererseits auch die Abnehmer der Versicherungsleistungen (die Versicherten).

<sup>3</sup> Die Umsätze und Bruttoprämieinnahmen beziehen sich auf das Jahr 2006, weil derzeit die Zahlen für das Geschäftsjahr 2007 noch nicht vorliegen. Gemäss Angaben der Parteien gab es jedoch im Jahr 2007 keine starken Veränderungen gegenüber dem Vorjahr.

<sup>4</sup> USD 98'539 Millionen zum Kurs von 1 USD = 1.253 CHF, Devisenkurs-Jahreswert für das Jahr 2006 gemäss BFS.

<sup>5</sup> EUR 37'435.8 Millionen zum Kurs von 1 EUR = 1.573 CHF, Devisenkurs-Jahreswert für das Jahr 2006 gemäss BFS.

<sup>6</sup> GBP 62'424'000 zum Kurs von 1 GBP = CHF 2.307, Devisenkurs-Jahreswert für das Jahr 2006 gemäss BFS.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2003/2, 370, Rz. 12 (*Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]*). So auch die EU-Kommission: Case No COMP/M.5010, *Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM*, Rz.12.

<sup>8</sup> Vgl. RPW 2003/2, 370, Rz. 16 (*Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]*). Im Entscheid AWD/Swiss Life, Rz. 25 ff.; Publikation in RPW 2008/2, hat die Weko in ähnlicher Art und Weise die Abgrenzung eines gemeinsamen Markt für Beratung und Vertrieb von Lebensversicherungen diskutiert (ohne die Frage definitiv zu entscheiden). Im vorliegenden Fall gehen die *Underwriting Services* in dem Sinne über den reinen Vertrieb hinaus, als dass GAUM über weitreichende Kompetenzen verfügt, Policen im Namen der Pool-Mitglieder zu zeichnen.

<sup>9</sup> Vgl. RPW 2003/2, 370 f., Rz. 12 ff. (*Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]*).

26. Underwriting und Management Services können von aussenstehenden externen Anbietern (Agents) wie GAUM erbracht werden, oder sie können intern von einer Erst- oder Rückversicherungsgesellschaft selber erledigt werden (sog. In-house services, Captive Business). Wobei Ersteres auch als "Fremdvertrieb" und zweites als "Eigenvertrieb" bezeichnet wird.<sup>10</sup> Betreffend der Markt-abgrenzung stellt sich diesbezüglich die Frage, ob der Eigenvertrieb ebenfalls Teil des relevanten Marktes ist oder ob ein sachlich relevanter Markt für den "Fremdvertrieb", d.h. "Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen durch externe Anbieter" (sog. Outsourcing Market) abgegrenzt werden soll. In früheren Entscheiden hat die Weko argumentiert, dass bei den Vertriebskanälen von Versicherungen in Eigen- und Fremdvertrieb unterschieden werden kann.<sup>11</sup> Die Parteien sind demgegenüber der Meinung, dass das Captive Business ebenfalls zum sachlich relevanten Markt gehört, da sich die von internen und externen Underwriter angebotenen Dienstleistungen nur wenig unterscheiden.

27. Wird der Eigenvertrieb nicht zum relevanten Markt gezählt, so ist davon auszugehen, dass die integrierten Versicherer, welche die Dienstleistungen in-house erbringen, diese relativ einfach und schnell auch anderen externen Versicherungsgesellschaften anbieten könnten und damit zumindest im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz zu berücksichtigen sind. Letztendlich kommt es für die Markt-abgrenzung darauf an, ob die beiden Marktgegenseiten, d.h. die Versicherten bzw. die Erst- und Rückversicherer die beiden Vertriebskanäle als substituierbar erachten oder nicht. Diese Frage kann hier offengelassen werden, da der Zusammenschluss auch bei der engeren Markt-abgrenzung (unter Ausschluss des Eigenvertriebs) – wie nachfolgend aufgezeigt wird – kartellrechtlich unproblematisch ist.

28. Es stellt sich weiter die Frage, ob beim Markt für Underwriting und Management Services noch weiter nach einzelnen Risikokategorien unterteilt werden muss. Insbesondere stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob ein Markt für "Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen für Risiken der Luft- und Raumfahrt" abzugrenzen ist. Dieselbe Frage wurde auch von der EU-Kommission bei der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgeworfen, wobei zusätzlich die Abgrenzung eines Sub-Segments für Satelliten und Weltraum (Rück-)Versicherungen diskutiert wurde, da diese Dienstleistungen spezielles Fachwissen und Expertise verlangten.<sup>12</sup>

29. Auf eine definitive Markt-abgrenzung kann im vorliegenden Fall verzichtet werden, da sich durch die geplante Kontrollübernahme, wie nachfolgend aufgezeigt wird, auch bei einer engen Markt-abgrenzung für den Fremdvertrieb von "Underwriting und Management Services für Luft- und Raumfahrtrisiken (Rück-)Versicherungen" keine kartellrechtlichen Probleme ergeben.

#### **B.4.1.1.2. Relevante Märkte für Erst-/Rückversicherungen**

30. Berkshire Hathaway und Munich Re sind grundsätzlich in den Märkten der Erst- und Rückversicherung tätig.<sup>13</sup> Wie bereits festgestellt, bietet GAUM selbst keine Erst- oder Rückversicherungen an, sondern handelt in

Vertretung der Global-Pool-Mitglieder sowie für Drittgesellschaften.

31. Die Marktgegenseite im Erstversicherungsmarkt sind natürliche und juristische Personen, welche die entsprechenden Versicherungen der Erstversicherer nachfragen. Im Rückversicherungsmarkt sind die Erstversicherer die Marktgegenseite der Rückversicherer. Wird ein Versicherungsprodukt via Fremdvertrieb abgesetzt, so gelten die externen Underwriter ebenfalls als Marktgegenseite der (Rück-)Versicherungen.

#### **a. Erstversicherungen**

Gemäss ständiger Praxis unterteilt die Weko den Erstversicherungsmarkt zunächst einmal in Lebensversicherungen und Nicht-Lebensversicherungen.<sup>14</sup>

32. Berkshire Hathaway und Munich Re sind beide in der Nicht-Lebensversicherung tätig. Lebensversicherungen werden hingegen bloss von Munich Re angeboten, allerdings erzielt Munich Re keine Prämieinnahmen in der Schweiz, weshalb auf diesen Bereich nicht weiter eingegangen wird.<sup>15</sup>

33. Im Bereich der Nicht-Lebensversicherungen können nach ständiger Praxis der Weko grundsätzlich so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen werden, wie es Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt.<sup>16</sup> Dies begründet sich damit, dass sich aus Nachfragersicht die Eigenschaften, Prämien und Verwendungsmöglichkeiten je nach Risiko unterscheiden und die einzelnen Versicherungsprodukte kaum als Substitute betrachtet werden können.<sup>17</sup> Anlässlich des Entscheides Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM) hat die Weko einen Markt für die Versicherung von Luft- und Raumfahrtrisiken abgegrenzt.<sup>18</sup>

34. Im Bericht zum Schweizerischen Pool für Luftfahrtversicherungen<sup>19</sup> hat die Weko als Arbeitshypothese den

<sup>10</sup> Vgl. AWD/Swiss Life, Rz. 25 ff.; Publikation in RPW 2008/2.

<sup>11</sup> Vgl. AWD/Swiss Life, Rz. 34 ff.; Publikation in RPW 2008/2.

<sup>12</sup> Vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 17. Die EU-Kommission hat die Frage letztlich offen gelassen, da der Zusammenschluss auch bei engster Markt-abgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führe (Rz. 19). Für die Schweiz ist zu beachten, dass im Untersegment Satelliten/Weltraum, welches aufgrund der für dieses Geschäft notwendigen Spezialkenntnisse am ehesten als eigener Markt abgegrenzt werden könnte, im Jahr 2006 keines der beteiligten Unternehmen Umsätze in der Schweiz erzielt hat. Auf dieses Sub-Segment wird deshalb nicht weiter eingegangen.

<sup>13</sup> Berkshire Hathaway ist zudem auch mit geringem Umfang im Fremdvertrieb von Versicherungsverträgen (externes Underwriting und Management Services) tätig.

<sup>14</sup> Vgl. RPW 2006/3, 494, Rz. 11 (Axa/Winterthur); RPW 2005/2, 387, Rz. 24 (Vaudoise Générale/La Suisse). So auch die ständige Praxis der EU-Kommission, vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 22 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>15</sup> Für die weitere Unterteilung des Lebensversicherungsgeschäfts vgl. RPW 2006/3, 494, Rz. 11 (Axa/Winterthur); RPW 2005/2, 387, Rz. 24 (Vaudoise Générale/La Suisse).

<sup>16</sup> RPW 2006/3, 494 f., Rz. 11 ff., insbes. Rz. 14 (Axa/Winterthur); RPW 2005/2, 387, Rz. 24 m.w.H. (Vaudoise Général/La Suisse).

<sup>17</sup> RPW 2006/3, 494 f., Rz. 11 ff., insbes. Rz. 14 (Axa/Winterthur); RPW 2005/2, 387, Rz. 24 m.w.H. (Vaudoise Général/La Suisse)

<sup>18</sup> RPW 2003/2, 372, Rz. 21 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]).

<sup>19</sup> RPW 2007/1, 147, Rz. 65 (Schlussbericht zur Meldung des Schweizer Pools für Luftfahrtversicherungen).

Markt für Luftfahrtversicherungen zudem in einen Markt für die Erstversicherung von Grossrisiken und einen solchen für Kleinrisiken unterteilt.

35. Grundsätzlich wäre sogar noch eine weitere Unterteilung des Bereichs der Erstversicherungen von Luft- und Raumfahrtrisiken in weitere Sparten (zur Diskussion stünden die Segmente Luftfahrtunternehmen, Produkte/Flughäfen, Allgemeine Luftfahrt, Banken/Nichteigentum und Satelliten/Weltraum) sowie Risikokategorien (z.B. Kaskoversicherung, Haftpflichtversicherung für Passagiere und Dritte, etc.) denkbar.<sup>20</sup>

36. Von den Parteien werden derartige Unterteilungen abgelehnt. Sie gehen von einem einheitlichen Markt für Nicht-Lebensversicherungen aus. Dabei machen sie geltend, dass die Bedingungen für die Versicherung von verschiedenen Risikoarten aus Anbietersicht recht ähnlich sind und die meisten grossen Versicherungsgesellschaften verschiedene Risikoarten versichern sowie ihre Aktivitäten schnell verlagern können. Diese Angebots-substituierbarkeit könnte dafür sprechen, dass die unterschiedlichen Arten von Nichtlebensversicherungen in einem einzigen, sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden.<sup>21</sup>

37. Im vorliegenden Fall kann die definitive Marktabgrenzung offen gelassen werden. Als Arbeitshypothese wird im Folgenden von einem Markt für die Erstversicherung von Luft- und Raumfahrtrisiken ausgegangen. Eine weitere Unterteilung kann im vorliegenden Fall aufgrund der sehr beschränkten Wirkungen des Zusammenschlussvorhabens unterbleiben. Selbst bei engeren Marktabgrenzungen sind keine kartellrechtlichen Probleme ersichtlich.<sup>22</sup>

#### b. Rückversicherungen

38. Berkshire Hathaway und Munich Re sind auf dem Rückversicherungsmarkt tätig. Der Markt für Erstversicherungen ist vom Markt für Rückversicherungen zu unterscheiden. Ein Rückversicherer hilft dem Erstversicherer, die aufgrund von Versicherungsverträgen entstehenden Verpflichtungen in Gestalt von Schadenszahlungen zu erfüllen. Da die Produkte unterschiedliche Ziele verfolgen und an andere Marktgegenseiten gerichtet sind, sind sie sowohl auf Anbieter- wie auch auf Nachfragerseite nicht substituierbar.

39. Die Weko hat die Frage nach einer weiteren Unterteilung des Rückversicherungsmarkts in die Bereiche Leben und Nichtleben bisher offen gelassen.<sup>23</sup> Für die Substituierbarkeit der Bereiche Leben/Nichtleben spricht die Tatsache, dass die Mehrzahl der 40 grössten Rückversicherungsgesellschaften sowohl in Lebens- als auch in Nichtlebens-Rückversicherungen aktiv sind.

40. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben stellt sich die spezifische Frage, ob ein Markt für die Rückversicherung für den Bereich der Luft- und Raumfahrt abgegrenzt werden müsste. Diese Frage kann aber offen gelassen werden, da auch bei engst möglicher Abgrenzung keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen.<sup>24</sup>

#### B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

41. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfas-

senden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

#### a. Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherer

42. Die Weko hat festgehalten, dass der räumlich relevante Markt für Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen für Risiken der Luft- und Raumfahrt ein weltweiter Markt ist. Es besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall von dieser Abgrenzung abzuweichen.<sup>25</sup>

#### b. Erstversicherung

43. Gemäss ständiger Praxis definiert die Weko die Erstversicherungsmärkte, d.h. die Märkte für Lebens- und Nichtlebensversicherungen grundsätzlich national.<sup>26</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat die Weko für den Markt für die Erstversicherung von Luft- und Raumfahrtrisiken getroffen und – zumindest für Grossrisiken – einen europäischen, wenn nicht gar weltweiten Markt abgegrenzt.<sup>27</sup> Für diese weite Marktabgrenzung sprechen insbesondere die internationalen Vertriebswege für diese Versicherungsprodukte.<sup>28</sup> Die Risikoversicherung für die Luft- und Raumfahrt im Bereich der Grossrisiken verlangt aufgrund der sehr hohen Haftungslimitierungen pro Schadenfall (z.B. haben grosse Luftfahrtunternehmen Haftungsgrenzen von bis zu USD 2 Mrd. je Flugzeug und

<sup>20</sup> Die EU-Kommission hat die Frage offen gelassen, ob von einer solchen weiteren Segmentierung auszugehen ist, vgl. Case No COMP/M.5010 – Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 25-27. Es stellt sich auch die Frage, inwiefern eine solche Segmentierung sinnvoll ist, werden doch die Versicherungen durch die Luft- und Raumfahrtunternehmen einerseits als Paket ("Cluster") nachgefragt und sind andererseits die unterschiedlichen Versicherungsdeckungen grundsätzlich an dasselbe Ereignis (Hauptisiko Flugzeugabsturz) gebunden.

<sup>21</sup> So teilweise die EU-Kommission; vgl. Case No COOMP M.4284 AXA/Winterthur, Entscheid vom 28. Februar 2006. Allerdings hat die EU-Kommission bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses darauf hingewiesen, dass das Angebots-substituierbarkeit bei der Versicherung grösserer industrieller Risiken nicht die gleiche Rolle spielt, was gerade im Bereich der Luftfahrtversicherungen entscheidend sein könnte, vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 24; Case No COMP/M.3035 Berkshire Hathaway/Converium/GAUM JV, 28 Februar 2003, Rz. 26-28.

<sup>22</sup> So schon RPW 2003/2, 372, Rz. 24 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]) und auch die EU-Kommission (vgl. FN 20).

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2003/2, 372, Rz. 24 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]).

<sup>24</sup> So schon RPW 2003/2, 372, Rz. 25 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]). Gleich auch die EU-Kommission im vorliegenden Fall, vgl. Case No. COMP/M.5010 – Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 33 f.

<sup>25</sup> Vgl. PW 2003/2, 373, Rz. 27 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]). So auch die EU-Kommission, welche von einem mindestens europäischen, vermutlich aber globalen Markt ausgeht, vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 20.

<sup>26</sup> Siehe beispielsweise RPW 1997/4, 528, Rz. 21 (Credit Suisse/Winterthur); RPW 2006/3, 496, Rz. 19 (AXA/Winterthur). Auch die EU-Kommission geht von nationalen Märkten aus, vgl. Case No. IV/M.1627 (CU Italia/Banca delle Marche/JV).

<sup>27</sup> Vgl. PW 2003/2, 373, Rz. 28 f. (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]); RPW 2007/1, 148, Rz. 66 ff. (Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen)

<sup>28</sup> So auch die EU-Kommission, vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 29 f., unter Hinweis darauf, dass die Märkte für die Versicherung grösserer Industrierisiken nicht national abzugrenzen sind.

Schadenfall) häufig die Beteiligung einer erheblichen Anzahl von Anbietern (Mitversicherern). Bei der Beschaffung von Versicherungen für diese Risiken spielen international tätige Makler eine wesentliche Rolle.

c. Rückversicherung

44. Bei der Rückversicherung handelt es sich gemäss der Praxis der Weko um einen globalen Markt.<sup>29</sup>

**B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

45. Im Folgenden 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 Unterneh-

men 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).

46. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall die räumlichen Märkte als mindestens europaweit wenn nicht weltweit abzugrenzen sind (vgl. Rz. 41 ff.). Werden somit durch den beabsichtigten Kontrollwechsel in der Schweiz die Schwellenwerte nicht erreicht, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Es erübrigt sich in der Regel eine eingehende Prüfung.

47. Nach Angaben der Parteien erzielen die beteiligten Unternehmen in den folgenden Bereichen bzw. Teilbereichen in der Schweiz einen Umsatz:

	Underwriting/ Management Services	Erstversicherung			Rückversicherung	
		Leben	Nicht-Leben		Luft- / Raumfahrt	Andere
			Luft-/ Raumfahrt	Andere		
GAUM	x	-	-	-	-	-
Berkshire Hathaway	x	-	x	x	x	x
Munich Re	x	-	x	x	x	x

Quelle: Meldung Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

48. Mögliche kartellrechtliche Probleme können bei der vorliegenden Transaktion somit aus Marktanteilsadditionen oder aus den sich ergebenden Vertikalverhältnissen entstehen. Die Tätigkeiten der Parteien im Bereich des Underwriting und Management Services für Luft- und Raumfahrtrisiken (Rück-)Versicherungen überschneiden sich nur dann horizontal, wenn das Captive Business (Eigenvertrieb) mitberücksichtigt wird (Berkshire Hathaway und Munich Re erzielen keine Umsätze in diesem Bereich). Vertikale Beziehungen zwischen den kontrollierenden Unternehmen (Berkshire Hathaway und Munich Re) und GAUM ergeben sich zwischen dem nachgela-

gerten Markt für Underwriting und Management Services für (Rück-)Versicherungen und den vorgelagerten Märkten für Erst- und Rückversicherungen.

**B.4.2.1 Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen**

49. Die folgende Tabelle gibt für unterschiedlich enge, sachliche und räumlich Marktangaben die Marktanteile der Parteien im Bereich Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen für das Jahr 2006:

<sup>29</sup> Vgl. PW 2003/2, 373, Rz. 30 (Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers [GAUM]); RPW 2007/1, 154, Rz. 105 (Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken).



**Tabelle 1: Marktanteile im Underwriting und Management Services<sup>30</sup>**

Segment	Marktanteile für CH/EWR/Welt (2006)				
	Räuml. Markt	GAUM	Berkshire Hathaway	Munich Re	Total
Underwriting & Management Services für Erst- und Rückversicherer	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	EWR	n.A.	n.A.	n.A.	[0-10] %
	W	n.A.	n.A.	n.A.	[0-10] %
Underwriting & Management Services für Erst- und Rückversicherer von Luft- und Raumfahrtrisiken	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	EWR	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
	W	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
Underwriting & Management Services für Erst- und Rückversicherer von Luft- und Raumfahrtrisiken durch <i>externe Anbieter</i>	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	EWR	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[30-40] %
	W	[20-30] %	[0-10] %	[0-10] %	[30-40] %

Quelle: Meldung Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

50. Die gemeinsamen Marktanteile im Bereich Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen von GAUM, Berkshire Hathaway-Gruppe sowie Munich Re-Gruppe belaufen sich nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen, für die Schweiz, für den EWR sowie weltweit auf jeweils unter 10 %.<sup>31</sup>

51. Obenstehende Tabelle zeigt weiter auf, dass die Parteien, je nach Marktabgrenzung, über teilweise beträchtliche Marktanteile im Segment für „Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen für Risiken der Luft- und Raumfahrt verfügen. Dies insbesondere auf einer europäischen oder weltweiten Ebene. Hingegen sind die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf einem hypothetischen Schweizer Markt gering (für die Schweiz: [0-10] %, wenn das Captive Business von Berkshire Hathaway und Munich Re berücksichtigt wird, und [0-10] %, wenn nur GAUM als externer Anbieter berücksichtigt wird).

52. Den erhöhten Marktanteilen bei einer internationalen Marktabgrenzung ist entgegenzuhalten, dass es im Bereich Underwriting und Management Services für Luft- und Raumfahrtrisiken für (Rück-)Versicherer heute eine Vielzahl aktuelle Konkurrenten auf dem Markt gibt, welche diese Dienstleistungen ebenfalls als externe Agents anbieten: Darunter Lloyd's Managing Agents, La Réunion Aérienne, USAU, CV Starr, Inter-aero, SATEC, Japanese Aviation Insurance Pool und die Britt Paulk (AXA allg. Luftverkehr).

53. Weiter ist davon auszugehen, dass integrierte (Rück-)Versicherer, welche Underwriting und Management Services in-house anbieten (Eigenvertrieb, Captive Business), diese internen Dienstleistungen relativ einfach und schnell auch als externe Agents auf dem Outsourcing Markt anbieten können (Fremdvertrieb). Insofern stellen diese (Rück-)Versicherer eine nicht unerhebliche potenzielle Konkurrenz für externe Agents wie GAUM dar, welche disziplinierend wirkt. Als Beispiele können die Lufthansa (Tochtergesellschaft Delvag), British Air-

ways (Speedbird), Boeing (Astro) oder die American Airlines (Avion) genannt werden.

54. Schliesslich führt die Transaktion kaum zu Veränderungen der Marktstruktur. Berkshire Hathaway verfügt bereits heute, vor der geplanten Transaktion, über eine massgebliche Kontroll-Beteiligung von 45 % an GAUM, so dass fraglich ist, ob das Zusammenschlussvorhaben überhaupt zu Marktanteilsadditionen führt (wobei diese sowieso auf dem europäischen bzw. weltweiten Markt stattfinden würden). Die zusätzlichen Marktanteile die aufgrund der Beteiligung der Munich Re zu berücksichtigen sind, bewegen sich auf allen räumlichen Märkten auf einem tiefen Niveau (besonders tief in der Schweiz, wobei wie bereits erwähnt, auch nur bei Berücksichtigung des Eigenvertriebs).

55. Aufgrund des obigen Ausführungen lässt sich schliessen, dass der Vollzug des Zusammenschlusses die Marktstruktur im Bereich Underwriting und Management Services für Erst- und Rückversicherungen in der Schweiz (sowie im EWR und weltweit) nicht spürbar ändern wird, und zwar weder allgemein noch in irgendeinem der erwähnten Sub-Segmenten.<sup>32</sup>

#### B.4.2.2 Erstversicherung

56. Tabelle 2 gibt die Marktanteile der Parteien zur Veranschaulichung für die möglichen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen im Bereich Erstversicherung für das Jahr 2006 wieder:

<sup>30</sup> Die Zahlen beruhen auf Schätzung nach bestem Wissen und Gewissen durch das GAUM-Management basierend auf den Zahlen der internen Systeme von GAUM.

<sup>31</sup> Die genauen Marktanteile für den EWR-weiten und den globalen Markt wurden nicht erhoben, da die EU-Kommission diese Angaben nicht verlangt hat, sondern die Marktanteile nur auf den engeren sachlich relevanten Märkten untersucht hat.

<sup>32</sup> Zum gleichen Ergebnis gelangte auch die EU-Kommission, vgl. Case No COMP/M.5010, Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM, Rz. 46.

**Tabelle 2: Marktanteile bei Erstversicherungen für die Schweiz und weltweit (2006)**

Segment	Marktanteile für CH/EWR/Welt (2006)			
	Räuml. Markt	Berkshire Hathaway	Munich Re	"Total"
Nichtlebensversicherung	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	EWR	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	W	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Nichtlebensversicherung im Bereich Luft- und Raumfahrt	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	EWR	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
	W	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
Nichtlebensversicherung von kleinen Risiken im Bereich Luft- und Raumfahrt	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Quelle: Meldung Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

57. Die Marktanteile im Erstversicherungsbereich der Berkshire Hathaway- sowie der Munich Re-Gruppe belaufen sich nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen bei den Nicht-Lebensversicherungen für die Schweiz jeweils auf unter 10 % und sind damit verschwindend klein.<sup>33</sup> Europa- sowie weltweit liegen die Marktanteile der beteiligten Unternehmen bei [0-10] % im Erstversicherungsmarkt.

58. Im Bereich der Luft- und Raumfahrtstrisiken beruhen die Angaben der Prämienvolumen auf groben Schätzungen. Die Marktanteile der betroffenen Unternehmen für die Schweiz liegen jeweils unter 10 % und sind somit ebenfalls sehr klein.

59. Für die Schweiz wurden zusätzlich die Marktanteile für die Versicherung von kleinen Risiken im Bereich Luft- und Raumfahrt geschätzt. Mit dem Resultat, dass auch diese Marktanteile verschwindend klein sind.<sup>34</sup> Die Schwellenwerte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden für die Schweiz selbst bei dieser engen Marktabgrenzung nicht erreicht, und es erübrigt sich deshalb eine nähere Prüfung des Erstversicherungsbereichs.<sup>35</sup>

60. Aufgrund der Kontrollübernahme von GAUM kommt es grundsätzlich zu keinen horizontalen Überschneidungen im Bereich der Erstversicherungen zwischen Berkshire Hathaway, Munich Re und GAUM. In Tabelle 2 werden zur Veranschaulichung trotzdem hypothetisch die gemeinsamen Marktanteile der beiden kontrollierenden Unternehmen berechnet ("Total"). Wobei ersichtlich wird, dass diese "gemeinsamen" Marktanteile für die Schweiz deutlich unter 10 % zu liegen kommen und sich europa- und weltweit ebenfalls in dieser Grössenordnung bewegen.

61. Weiter kann angemerkt werden, dass es eine Vielzahl von grossen international tätigen Versicherungsgesellschaften im Markt gibt, die ebenfalls Erstversicherungsprodukte im Bereich Luft- und Raumfahrt anbieten (z.B die AXA, AIG Aviation, Allianz, Swiss Re, Lloyd's).

62. Obige Ausführungen zeigen auf, dass der Vollzug des Zusammenschlusses die Marktstruktur im Bereich

der Erstversicherungen in der Schweiz (sowie im EWR und weltweit) nicht spürbar ändern wird, und zwar weder allgemein noch in irgendeinem der erwähnten Sub-Segmenten.

#### B.4.2.3 Rückversicherungsmarkt

63. Tabelle 3 zeigt die Marktanteile der Parteien in den zur Veranschaulichung eng vorgenommen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzungen im Bereich Rückversicherung für das Jahr 2006 auf:

<sup>33</sup> Die Schätzungen der Marktanteile in der Schweiz basieren auf den Zahlen des von Swiss Re herausgegebenen sigma-Report No. 4/2007 ([www.swissre.com/resources/30ab708046608994ba95ff276a9800c6-EJAI-75L9J9\\_World%202006.pdf](http://www.swissre.com/resources/30ab708046608994ba95ff276a9800c6-EJAI-75L9J9_World%202006.pdf), [29.07.08]).

<sup>34</sup> Das Schweizer Prämienvolumen für kleine Risiken im Bereich der Luft- und Raumfahrt wurde von den Parteien auf CHF 16.2 Mio. geschätzt. Munich Re verfügt über kein Prämienvolumen in diesem Segment. Bei Berkshire Hathaway wurde zur Berechnung des Marktanteils das gesamte im Bereich Luft- und Raumfahrt erzielte Prämienvolumen, welches nicht über GAUM vertrieben wurde, von rund [...] USD berücksichtigt.

<sup>35</sup> Aufgrund verschiedener Quellen (International Union of Aviation Insurers, 2002/2005; Schweizer Pool für Luftfahrtversicherungen, 2007; Axco Insurance Market Report, 2008) sowie eigener Erfahrungen wurde das Schweizer Prämienvolumen im Erstversicherungsbereich für Luft- und Raumfahrt auf CHF 64.5 Mio. geschätzt. Munich Re erzielte im Jahr 2006 ein Prämienvolumen von rund [...] USD und Berkshire Hathaway von rund [...] USD (inkl. Prämien von Policen, die über GAUM gezeichnet wurden).

Segment	Marktanteile für CH/Welt (2006)			
	Räuml. Markt	Berkshire Hathaway	Munich Re	"Total"
Rückversicherung	CH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
	W	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %
Rückversicherung im Bereich Luft- und Raumfahrt	CH	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] % <sup>36</sup>
	W	[0-10] %	[10-20] %	[10-20] %

Quelle: Angaben Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM

64. Wie aus Tabelle 3 ersichtlich wird, belaufen sich die Marktanteile der Berkshire Hathaway- und der Munich Re-Gruppe nach Schätzungen der beteiligten Unternehmen für die Schweiz auf unter 10 % im Rückversicherungsmarkt. Auch im Bereich der Luft- und Raumfahrtrisiken liegen die geschätzten Marktanteile in der Schweiz unter 20 %. Die Schwellenwerte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden für die Schweiz auch bei einer engst möglichen Marktabgrenzung nicht erreicht und es erübrigt sich insofern eine nähere Prüfung des Rückversicherungsbereichs.<sup>37</sup>

65. Obwohl es durch die Transaktion zu keinerlei Marktanteilsadditionen im Rückversicherungsbereich kommt, wurden auch in Tabelle 3 erneut die hypothetisch aufaddierten Marktanteile der kontrollierenden Parteien berechnet ("Total"). Wobei ersichtlich wird, dass auch die "gemeinsamen" Marktanteile für die Schweiz (als auch weltweit) auch bei der engst möglichen Marktabgrenzung unter 20 % zu liegen kommen.

66. Zudem kann erneut angefügt werden, dass es eine Vielzahl von grossen, international tätigen Rückversicherungsgesellschaften im Markt gibt, die ebenfalls Rückversicherungsprodukte im Bereich Luft – und Raumfahrt anbieten (z.B die AXA, AIG Aviation, Allianz, Swiss Re, Lloyd's).

#### B.4.3 Vertikalverhältnis

67. Erst- und Rückversicherer stehen in der Produktionskette in einem dem Underwriting und Management Services für (Rück-)Versicherer vorgelagerten Markt. Das Vertikalverhältnis ergibt sich daraus, dass die beiden Upstream-Parteien Berkshire Hathaway und Munich Re ihre Versicherungsprodukte als Erst- und Rückversicherer nicht nur selber (über ihren Eigenvertrieb) sondern auch über die Underwriting und Management Services von GAUM vertreiben. Es ergibt sich eine vertikale Beziehung zwischen den kontrollierenden Parteien und GAUM über deren Beteiligung im Global Pool. Betreffend der vertikalen Beziehung gilt es mögliche Kooperations- und Foreclosure-Effekte zu untersuchen.<sup>38</sup>

68. Wettbewerbsverzerrende Effekte von vertikalen Zusammenschlüssen sind grundsätzlich nur dann zu erwarten, wenn mindestens eines der beteiligten Unternehmen auf einem relevanten Markt über signifikante Marktmacht verfügt. Bei Marktanteilen von unter 20–30 % sind die Voraussetzungen für Foreclosure kaum gegeben.<sup>39</sup>

69. Die einzelnen Schweizer Marktanteile der beiden im Bereich der Erst- und Rückversicherungen (Upstream-Markt) tätigen Unternehmen Munich Re und Berkshire Hathaway liegen unter 10 %. Sogar bei einer engen Marktabgrenzung für die (Rück-)Versicherung von Luft- und Raumfahrtrisiken halten diese beiden Upstream-Parteien in der Schweiz nur einen „gemeinsamen“ Marktanteil von rund [0-10] % für Erstversicherungen und [10-20] % für Rückversicherungen.

70. Der gemeinsame Marktanteil aller Parteien im Bereich der Underwriting und Management Services für Luft- und Raumfahrtrisiko (Rück-)Versicherungen liegt in der Schweiz ebenfalls unter 10 %.

71. Obige Ausführungen zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den relevanten Märkten (vgl. Rz. 45 ff.) haben gezeigt, dass sowohl im Bereich der Underwriting und Management Services für Luft- und Raumfahrtrisiko für (Rück-)Versicherungen als auch in den Märkten für Erst- und Rückversicherungen genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenz besteht, welche einen disziplinierenden Effekt auf die kontrollierenden Parteien und GAUM ausübt, und es ihnen somit verunmöglicht, durch wettbewerbsschädliches Verhalten allfällige Vorteile aus dem Vertikalverhältnis zu ziehen (Foreclosure), da die Wettbewerber über genügend Ausweichmöglichkeiten verfügen.

<sup>36</sup> Wobei insgesamt [10-20] % der Prämien auf Policen entfallen, die über GAUM gezeichnet wurden.

<sup>37</sup> Der Rückversicherungsmarkt für das Schweizer Segment Luft- und Raumfahrt wurde von den Parteien auf CHF 9,675 Mio. geschätzt (vgl. zur Schätzung die FN 33 und 35). Das Prämienvolumen der Berkshire Hathaway beträgt rund [...] USD dasjenige der Munich Re rund [...] USD (inkl. Prämien von Policen die über GAUM gezeichnet wurden).

<sup>38</sup> Vgl. ausführlich zu den Grundlagen der nicht-horizontalen Fusionsanalyse RPW 2007/4, 566 ff., Rz. 47 ff. (SWX/SIS/Telekurs). Unter Foreclosure werden Verhaltensweisen marktmächtiger Zusammenschlussparteien verstanden, die ihre Marktmacht auf dem Markt zur Einflussnahme auf den Wettbewerb in einem anderen (oft verwandten/nachgelagerten) Markt missbrauchen, indem sie Wettbewerber vom Markt ausschliessen (Marktabstottung) oder diskriminieren (vgl. Rz. 55 f. des erwähnten Entscheides).

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2007/4, 566 ff., Rz. 58 f. (SWX/SIS/Telekurs).

72. Zur Zeit stammen ca. [70-90] % aller via GAUM extern vertriebener (Rück-)Versicherungen für Luft- und Raumfahrtrisiken von den Berkshire Hathaway und Munich Re selber, während nur gerade [10-30] % des Underwritings und Management von GAUM auf Pool Mitglieder entfällt, welche nicht an GAUM beteiligt sind (dies sind Tokio Marine & Nichido Fire sowie Mitsui Sumitomo).<sup>40</sup> Würde sich GAUM nun dazu entschliessen in Zukunft nur noch exklusiv für ihre Beteiligungsgesellschaften (Berkshire Hathaway und Munich Re) (Rück-)Versicherungen zu vertreiben, so hätten die ausgeschlossenen Unternehmen immer noch die Möglichkeit ihr Underwriting und Management in-house oder durch einen Konkurrenten von GAUM extern abzuwickeln. Es besteht insofern keine einseitige Abgängigkeit dieser Marktteilnehmer von GAUM.

73. Die Parteien geben zudem an, dass die gemeinsame Kontrolle von GAUM sowie deren Geschäft keinen Austausch von marktsensiblen Informationen mit sich bringt. Die beabsichtigte Transaktion birgt insofern keine wirkliche Gefahr, dass die an der Transaktion beteiligten Unternehmen ihre Möglichkeiten zur Koordination und / oder zum Ausschluss von Wettbewerbern ausnutzen könnten.

#### **B.4.4 Schlussfolgerungen und Ergebnis**

74. Bei der geplanten Transaktion handelt es sich um eine gemeinsame Kontrollübernahme von existierenden Unternehmen, welche auch weiterhin im Markt aktiv sein werden. Es wird somit nicht, wie bei einem Zusammenschluss von zwei oder mehreren Unternehmen, ein Unternehmen vom Markt verschwinden.

75. Ausgehend von den engst möglichen Marktabgrenzungen in den Bereichen Underwriting und Management Services, Erst- und Rückversicherungen hat keine der Parteien einzeln und auch nicht alle Parteien zusammen einen Marktanteil von über 20 % auf irgend einem relevanten Markt in der Schweiz. Die Schwellenwerte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden für die Schweiz auch bei engst möglichen Marktabgrenzungen deutlich unterschritten. Zudem sind auf allen untersuchten Märkten genügend aktuelle Wettbewerber tätig.

76. Das zwischen den kontrollierenden Parteien und GAUM existierende Vertikalverhältnis birgt grundsätzlich die Möglichkeit für Koordination und Foreclosure der beteiligten Unternehmen. Die Parteien verfügen jedoch über zu geringe Marktanteile und sind einer zu grossen aktuellen und potenziellen Konkurrenz ausgesetzt, als dass sie diese Möglichkeiten zu ihren Gunsten ausnutzen könnten.

77. 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.

---

<sup>40</sup> Dem ist beizufügen, dass sich diese Prozentzahlen laufend ändern können, denn es gibt keinen zwingenden Konnex zwischen den Aktienanteilen der Parteien und der Zeichnung von Risiken durch die Pool Mitglieder.

*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 26. November 2007*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. November 2007*

## **A SACHVERHALT**

### **A.1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 26. Juni 2007 erhielt das Sekretariat der Weko (nachfolgend: Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Demgemäss beabsichtigt die Genossenschaft Coop (nachfolgend: Coop) die vollständige Übernahme der Dipl. Ing. Fust AG (nachfolgend: Fust), welche zu 100 % im Besitz der Jelmoli Holding AG (nachfolgend: Jelmoli) ist, sowie sämtlicher von Jelmoli gehaltenen Aktien der netto24 AG (nachfolgend: netto24), eine zu 80 % von Jelmoli kontrollierte Gesellschaft.

2. Coop, mit Sitz in Basel, ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher eine Vielzahl von Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Kerngeschäft der Coop-Gruppe sind die Verbraucher- und Supermärkte. Coop ist eine der führenden Detailhändlerinnen für Food-Produkte in der Schweiz. Non-Food-Produkte vertreibt Coop hauptsächlich über ihre Warenhäuser und ihr zugehörige spezialisierte Detailhandelsketten. Über ihre Tochtergesellschaft Interdiscount AG (nachfolgend: Interdiscount), welche über 184 Verkaufsstellen verfügt, vertreibt Coop Unterhaltungselektronik, Elektrohaushaltsgeräte, Computer inklusive Software sowie Foto-, Video- und Telekommunikationsgeräte. Zudem ist Coop in den Bereichen Gastronomie und Tankstellen tätig.

3. Fust ist eine in der Schweiz tätige Fachhandelskette für Elektrohaushaltsgeräte, Unterhaltungselektronik, Telekommunikation, Computer inklusive Service, Küche- und Bad-Renovationen, Umbauten und Generalunternehmung mit rund 150 Verkaufsstellen. Sie verfügt über 50 % der Aktien und 83 % der Stimmrechte an der Service 7000 AG, Netstal, ein Unternehmen, welches Serviceleistungen im Bereich Elektrogeräte anbietet und solche auch verkauft.

4. Netto24 tritt als Internethändlerin für Elektronik, EDV, Haushalt, Büroartikel und Reifen sowohl mit eigenem Angebot als auch auf Provisionsbasis auf.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt Coop das Ziel, ihre Aktivitäten im Bereich des Detailhandels von elektrischen und elektronischen Geräten zu stärken. Sowohl die zur Coop gehörende Interdiscount als auch Fust sind in diesem Bereich tätig. Fust ist darüber hinaus

auch im Bereich Bau und Sanierung von Badezimmern und Küchen aktiv. Durch die Verwirklichung des Zusammenschlusses sollen Synergien auf der Absatz- und Beschaffungsseite geschaffen werden. Auf der Absatzseite ergänzen sich die Produktsortimente aufgrund unterschiedlicher Kompetenzschwerpunkte gegenseitig, und die Tätigkeit von Fust im Badezimmer- und Küchenbereich ermöglicht Coop die Erweiterung ihres Geschäftsfeldes. Auf der durch grosse internationale Anbieter geprägten Beschaffungsseite soll die Koordinierung des im internationalen Vergleich geringen einzelnen Beschaffungsvolumens genutzt werden, um dem internationalen Wettbewerbsumfeld angepasste Konditionen zu erhalten.

6. Jelmoli ist der Überzeugung, der Verkauf der Elektrohaushalts- und Multimedia-Sparte von Fust und netto24 an eine strategische Käuferin biete die bestmöglichen Chancen zu einer entwicklungsfähigen Zukunft.

7. Fust soll nach Angaben der meldenden Partei innerhalb der Coop-Gruppe zeitlich unbeschränkt im bisherigen Format als eigenständige Marke bzw. Verkaufskanal fortgeführt werden.

8. Die Parteien machen geltend, dass der Zusammenschluss zu folgenden Effizienzsteigerungen führe:

- Verbesserung der Einkaufskonditionen durch Bündelung der Einkaufsvolumina (tiefere Beschaffungskosten)
- Möglichkeit des Direktbezugs bei internationalen Herstellern zu attraktiven Konditionen durch Bündelung der Einkaufsvolumina (tiefere Beschaffungskosten)
- Tiefere Logistikkosten durch koordinierte Belieferung der Verkaufsstellen
- Tiefere Kommunikations- und IT-Kosten durch Synergieeffekte

### **A.2 Verfahren**

9. Mit Schreiben vom 29. Juni 2007 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und stellte deren Vollständigkeit fest.

10. Im Rahmen der durch das Sekretariat durchgeführten Abklärungen in der vorläufigen Prüfung (1. Phase) wurden Fragebögen an Konkurrenten (je ein Fragebogen an 8 Konkurrenten, wovon 5 geantwortet haben), an Lieferanten (18, wovon 16 geantwortet haben) und an verschiedene Verbände (5, wovon alle geantwortet haben) sowie an Konsumentenschutzorganisationen (5, wovon 4 geantwortet haben) versandt.

11. Gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) sowie auf Antrag des Sekretariates bejahte die zuständige Kammer das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer alleinigen oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss und beschloss die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Art. 10 und

33 ff. KG. Dies wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 25. Juli 2007 mitgeteilt, am 8. August 2007 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 14. August 2007 im Bundesblatt publiziert.

12. Am 7. August 2007 liess das Sekretariat dem meldenden Unternehmen seinen ersten Bericht, welcher die Anhaltspunkte für die Einleitung des Prüfungsverfahrens enthielt, sowie das Aktenverzeichnis mit der Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 20. August 2007 zukommen. Die Frist zur Stellungnahme wurde dem meldenden Unternehmen auf Antrag bis zum 27. August 2007 erstreckt. Die entsprechende Stellungnahme des meldenden Unternehmens traf beim Sekretariat mit Schreiben vom 28. August 2007 ein.

13. Mit Schreiben vom 16. August 2007 ersuchte das meldende Unternehmen das Sekretariat, ihm zwecks Einsichtnahme Kopien einiger Akten zukommen zu lassen. Dies erfolgte mit Schreiben vom 18. August 2007.

14. Mit Schreiben vom 20. August 2007 fragte das Sekretariat nach einer allfälligen von Coop unabhängigen Vertretung von Jelmoli/Fust. Am 28. August 2007 ging beim Sekretariat die Vollmacht zur Rechtsvertretung von Jelmoli und Fust ein. Gleichentags wurden dem Rechtsvertreter die Anhaltspunkte für die Einleitung des Prüfungsverfahrens sowie das Aktenverzeichnis mit der Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 10. September 2007 zugestellt. Mit Schreiben vom 10. September 2007 verzichtete dieser auf eine separate Stellungnahme.

15. Im Rahmen der Prüfungsphase wurden wiederum Fragebögen verschickt: Am 22. August 2007 an das meldende Unternehmen, an Lieferanten (5, wovon 3 geantwortet haben), an die Konkurrenten Migros, Media Markt, Manor und die EP/Expert-Gruppe (wovon alle geantwortet haben), an Internetanbieter (8, wovon 3 geantwortet haben) sowie am 23. August 2007 an weitere Konkurrenten, namentlich 10 unabhängige und 20 der EP/Expert-Gruppe zugehörige Einzelfachgeschäfte (wovon insgesamt 20 geantwortet haben).

16. Auf Ersuchen des Vertreters des meldenden Unternehmens wurden diesem am 3. Oktober 2007 Kopien der gewünschten Akten zur Einsichtnahme zugestellt.

17. Am 1. Oktober 2007 führte die Kammer Produktemärkte Hearings mit der EP/Expert-Gruppe, Migros (m-electronics) und Manor sowie am 15. Oktober 2007 eines mit Media Markt durch. Die Parteien erhielten die Protokolle der Hearings mit Schreiben vom 19., 22. und 23. Oktober 2007.

18. Die vorläufige Beurteilung sowie das Aktenverzeichnis samt ausstehender Akten wurde den Parteien am 18. resp. 19. Oktober 2007 zugestellt. Die Parteien hatten Frist zur Stellungnahme bis zum 31. Oktober 2007. Beide Stellungnahmen gingen fristgerecht ein, wobei diejenige der meldenden Partei ein Gutachten von Michael Dietrich, RBB Economics, zur vorläufigen Beurteilung enthielt.

19. Eine Anhörung der Parteien mit der Kammer Produktemärkte fand am 5. November 2007 statt, anlässlich derer Coop mündlich erstmals unverbindlich Vorschläge für mögliche Auflagen und Bedingungen skizzierte.

20. Im Rahmen der Anhörung wurde den Mitgliedern der Kammer Produktemärkte und Mitarbeitern des Sekretariates ein Gutachten von Götz Drauz, Howrey LLP, Brüssel (nachfolgend: Drauz), zur vorläufigen Beurteilung übergeben.

21. Mit Schreiben vom 8. November 2007 reichte Coop schriftlich Zusagen betreffend Auflagen und Bedingungen ein. Das Sekretariat antwortete Coop gleichentags mit Anmerkungen zu den Zusagen und leitete die Zusagen der Kammer Produktemärkte weiter. Per 13. November 2007 reichte Coop eine Stellungnahme zu ihren Zusagen und zu den Bedenken der Weko betreffend die sogenannten problematischen MS-Regionen ein und per 15. November 2007 zudem eine modifizierte Version der Zusagen. Mit Eingabe vom 20. November 2007 wurden die Zusagen nochmals modifiziert.

22. Da die Parteien in ihren Stellungnahmen zur vorläufigen Beurteilung verfahrensrechtliche Mängel im Zusammenhang mit den mündlichen Befragungen der Konkurrenten geltend machten, forderte das Sekretariat die Parteien am 9. November 2007 auf, dazu Stellung zu beziehen, ob eine Wiederholung der Befragungen beantragt werde. Die am 15. November 2007 beantragten Fristerstreckungsgesuche der Parteien für ihre Stellungnahmen in dieser Sache bis am 20. November 2007 wurden gleichentags genehmigt. Mit Zustellung der vorliegenden Verfügung sind die fraglichen Anträge gegenstandslos geworden.

23. Am 21. November 2007 entschied die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben unter Auflagen zu bewilligen.

### **A.3 Stellungnahmen der Parteien zur vorläufigen Beurteilung**

24. Zur vorläufigen Beurteilung der Weko vom 15. Oktober 2007 reichten die Parteien Stellungnahmen durch ihre Rechtsvertreter ein. Im Folgenden werden die Vorbringen der Parteien jeweils summarisch aufgeführt.

#### **Stellungnahme Coop**

##### *Zum Verfahren*

25. Coop weist einleitend auf eine summarische und selektive Wiedergabe einiger Sachverhaltselemente hin. Hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung durch Befragungen wird ein einseitiges Abstellen auf Sachverhaltselemente ohne Berücksichtigung möglicher strategischer Antworten bzw. der breiten Streuung der Antworten vorgebracht. Coop weist zudem aufgrund der wenigen als schützenswert deklarierten Informationen der in mündlicher Form befragten Wettbewerber auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Parteien hin. Schliesslich wird eine widerrechtliche Praxisänderung durch den gewählten Ansatz zur sachlichen Marktabgrenzung angemerkt.

##### *Marktabgrenzung*

26. Gegen die absatzseitige Abgrenzung von Kleinhaushaltsgeräten als sachlich relevanten Markt bringt Coop vor, es handle sich um eine künstliche Abgrenzung. Sie stützt sich dabei primär darauf, dass dieses Produktsortiment so nicht einzeln angeboten wird und zudem eine genaue Definition des Sortiments der Kleinhaushaltsge-

räte durch die Weko fehlt. Betreffend die geografische Abgrenzung stellt Coop fest, dass die Weko sowohl eine lokale als auch eine nationale Dimension des Absatzmarkts Kleinhaushaltsgeräte identifiziert hat, was parallel nicht möglich sei. Gegen eine lokale Dimension bringt Coop vor, dass die MS-Regionen nicht das tatsächliche Einkaufsverhalten widerspiegeln würden. Verschiedene, grosse Wettbewerber hätten nämlich eine nationale Preispolitik, und in der Schweiz bestünde eine hohe Preistransparenz.

#### *Marktanalyse*

27. Die Ausführungen der meldenden Partei zur Marktanalyse der Weko beschränken sich auf den problematisierten Bereich der Kleinhaushaltsgeräte. Betreffend unilateraler Effekte äussert sich Coop zur mangelnden Rechtsgrundlage für eine isolierte Berücksichtigung der unilateralen Effekte in der Schweizer Fusionskontrolle und weist diesbezüglich auf einen fehlenden Hinweis auf eine allfällige Schweizer Praxis hin. Hinsichtlich der analysierten Einzelmarktbeherrschung bringt Coop vor, dass sich eine solche bei gleichzeitiger Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung aufgrund mehrerer Elemente ausschliesse.

28. Gestützt auf das Gutachten von RBB Economics geht Coop detailliert auf die grundlegenden Bedingungen einer kollektiven Marktbeherrschung und deren Analyse durch die Weko ein. Einleitend merkt Coop an, zentrale Bedingungen seien nur teilweise in die materielle Analyse eingegangen, Produktart und Bestrafungsmechanismus seien gänzlich ausser Acht gelassen worden.

29. Gemäss Coop wären an einer allfälligen, kollektiven Marktbeherrschung nicht nur zwei Unternehmen beteiligt (Coop/Fust und Migros), sondern deren fünf (Coop, Fust, Interdiscount, Migros und m-electronics) mit unterschiedlichsten Sortimenten, Markenschwerpunkten und Strategien.

30. Coop weist auf die Komplexität und Heterogenität des Produktsortiments hin, das zudem herstellerbedingten Änderungen unterliege. Es wird vorgebracht, eine kollektive Marktbeherrschung sei zwar möglich, aber in der Praxis bis anhin nicht vorgekommen.

31. Zu einer allfälligen Symmetrie zwischen Coop und Migros bringt Coop für den Bereich Kleinhaushaltsgeräte insbesondere vor, dass eine solche nicht vorliege, da Migros Kleinhaushaltsgeräte in gewisser Nähe zu ihren Supermärkten anbiete, bei Coop hingegen sei Interdiscount der Hauptabsatzkanal. Diese Asymmetrie würde sich durch den weiteren Verkaufskanal Fust noch verstärken. Zudem sei Fust ein serviceorientierter Verkaufskanal im höherpreisigen Segment und differenziere sich entsprechend von Interdiscount als Discountkanal.

32. Coop geht von einer eingeschränkten Markttransparenz aus. Daraus resultierende Interaktionen hält Coop insbesondere aufgrund des breiten und komplexen Sortiments für ausgeschlossen. Coop führt zudem an, dass Ausführungen zu den für ein kollusives Verhalten notwendigen Bestrafungsmechanismen in der Analyse der Weko fehlen und sieht ein allfälliges Vorliegen eines solchen durch die von den Marktteilnehmern angenommenen, intensiven Wettbewerbsverhältnisse deshalb als widerlegt. Schliesslich müsse Coop zufolge das Zu-

sammenschlussvorhaben in einem kausalen Zusammenhang zum Bestrafungsmechanismus stehen.

33. Im Gegensatz zum Ergebnis der Weko-Analyse hält Coop den Markt für Kleinhaushaltsgeräte für dynamisch und intensiv sowie aufgrund der Wachstumsraten von bis zu 6 % als nicht gesättigt. Dafür sprächen auch die Absichten einiger Marktteilnehmer, verstärkt im besagten Markt zu investieren und die laufend sinkenden Preise (auch im Vergleich zum Ausland).

34. Gemäss der meldenden Partei seien Marktzutritte in der Schweiz jederzeit möglich und in den vergangenen Jahren auch praktiziert worden, etwa durch Manor und Media Markt. Bei einer allfälligen Abgrenzung nach MS-Regionen, was von Coop für nicht korrekt betrachtet wird, müsse Media Markt im engeren Umkreis um seine Standorte ein Monopol im Kleinhaushaltsgerätebereich zugesprochen werden.

35. Zusammenfassend seien nach Ansicht von Coop die notwendigen Bedingungen für die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung nicht erfüllt.

36. Zudem bringt Coop, gestützt auf bundesgerichtliche Praxis, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs als notwendiges Kriterium für eine Intervention vor. Abschliessend machen die Parteien geltend, dass keine Gesamtmarktanalyse vorgenommen wurde und entsprechend die Effizienzgründe nicht gewürdigt worden seien.

#### **Stellungnahme Jelmoli et al.**

37. Aus verfahrensrechtlicher Sicht wurde seitens Jelmoli die Vorgehensweise bei den mündlichen Befragungen der Konkurrenten beanstandet.

#### *Marktabgrenzung*

38. Jelmoli bringt vor, dass es nur einen nationalen Absatzmarkt für Kleinhaushaltsgeräte geben könne. Die Weko stelle dazu selbst fest, dass die Wettbewerbsbedingungen in der gesamten Schweiz weitgehend homogen seien, die vier grössten Anbieter gesamtschweizerisch tätig seien und mit Ausnahme von Media Markt eine national einheitliche Aktions- und Preispolitik betrieben werde.

39. Es sei nicht nachvollziehbar, wie es daneben noch gleichzeitig einen lokalen Absatzmarkt geben solle. Wie die Weko nämlich zutreffend anmerke, würden die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide wie Preis- und Aktionspolitik von den wichtigsten Detailhändlern zentral gefasst, koordiniert und national beworben, so dass sich nationaler Wettbewerb auch auf allen lokalen Ebenen auswirke. Selbst wenn es daher einzelne Regionen geben sollte, wo der Wettbewerbsdruck wegen der fehlenden Präsenz von Verkaufsstellen der Wettbewerber geringer sein sollte, könnte dieser Spielraum überhaupt nicht ausgenutzt werden. Hinzu komme, dass in sämtlichen Regionen ein signifikanter Wettbewerbsdruck durch das Internet ausgeübt werde, wodurch einfache Preisvergleiche und Bestellmöglichkeiten jedem Versuch eines lokalen Anbieters, die Preise über das Wettbewerbsniveau anheben zu wollen, sofort begegnet werden könnte. Die Annahme lokaler Märkte erweise sich daher als inhaltsleere, theoretische Annahme, die in der realen Wirtschaftstätigkeit keinerlei Stütze finde.

### Marktvolumen

40. Nach Ansicht von Jelmoli sei es methodisch unzulässig und im Ergebnis nicht korrekt, die von der IHA-GfK AG (nachfolgend: IHA-GfK) publizierten Zahlen unbesehen für das relevante Gesamtvolumen zu übernehmen. Es handle sich wegen der Auswahl von Produktgruppen auf jeden Fall um ein beschränktes Marktvolumen, das nicht mit dem gesamten Marktvolumen von Elektrokleingeräten verwechselt werden dürfe. Insbesondere dürfe es nicht als Grundlage für eine Marktanteilsberechnung von Fust dienen, bei welcher der Fust-Gesamtumsatz mit Elektrokleingeräten verwendet werde. Im Übrigen würden die IHA-GfK-Zahlen von den Marktteilnehmern mit der nötigen Vorsicht zur Kenntnis genommen und dienten in erster Linie dazu, bestimmte Tendenzen daraus ablesen zu können.

41. Um zu einer realistischen Schätzung des Gesamtvolumens bei Kleinhaushaltsgeräten zu kommen, bedürften die Zahlen des IHA-GfK-Panels der Ergänzung. Rund 700 sogenannte Elektrogeräte-Spezialisten würden ihre Zahlen nicht melden. Daneben fehle der gesamte Verbund der Einkaufsorganisation Schweizerische Elektro-Einkaufs-Vereinigung (nachfolgend: eev) mit 1'800 Mitgliedern. Fust schätze den Umsatz, den diese Elektrofachgeschäfte mit Kleingeräten erzielen, auf mindestens CHF 50 Mio.

42. Weiter fehle eine zuverlässige Schätzung für den Direktversand sowie den nationalen und internationalen Internethandel. Den Umsatz mit Kleinhaushaltsgeräten in diesen Absatzkanälen schätzen die Parteien auf CHF 50 Mio. Wesentlich schwerwiegender sei jedoch, dass im IHA-GfK-Panels auch die Produkte für Gesundheitspflege und Schönheit enthalten seien, dabei aber wichtige Absatzkanäle gar nicht erfasst würden (sämtliche Apotheken, Drogerien, Parfümerien und der Versandhandel). Zuletzt sei noch das Marktvolumen von Elektrokleingeräten zu schätzen, die nicht im IHA-GfK-Panels enthalten seien (Klimageräte, Ventilatoren, Luftbefeuchter und Grills). Nach Ansicht von Fust sei das mindestens CHF 72 Mio., wenn Fust von einem grosszügig gerechneten, eigenen Marktanteil von [10–20] % ausgehe. Jelmoli gehe daher von einem Gesamtvolumen von mindestens CHF 820 Mio. aus.

43. Die Abweichung dieser Schätzung des Gesamtvolumens von ca. CHF 820 Mio. gegenüber den in der Meldung geschätzten CHF 680 Mio. erkläre sich daraus, dass die beteiligten Unternehmen bei ihrer Eingabe bestrebt gewesen seien, keine überhöhte Schätzung abzugeben und nur die von der IHA-GfK definierten Produktgruppen berücksichtigt hätten.

### Kollektive Marktbeherrschung

44. Jelmoli kritisiert in erster Linie, dass nicht unversehens von der Prüfung einer allfälligen Einzelmarktbeherrschung zu einer Prüfung einer möglichen kollektiven Marktbeherrschung übergegangen werden könne, da das eine das andere ausschliesse.

45. Weiter sei die Berechnung des Deltas des Herfindahl-Hirschman-Index (nachfolgend: HHI) bei einer Zusammenrechnung der Marktanteile von Coop/Fust und Migros in einigen MS-Regionen verfehlt. Bei der Prüfung einer vielleicht drohenden kollektiven Marktbeherr-

schung gehe es nicht darum, hypothetisch einen "Superzusammenschluss" von Coop, Fust und Migros und dessen Auswirkungen auf die Marktstruktur zu untersuchen, sondern es müsste belegt werden, dass nach dem Zusammenschluss erhebliche Anreize zur Kollusion bestehen würden und die Marktsituation eine Abstimmung erlaube bzw. fördere.

46. Jelmoli kritisiert insbesondere, dass eine konkrete Bezugnahme der für die Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung entwickelten Kriterien auf den in Rede stehenden Detailhandelsmarkt für Kleinhaushaltsgeräte so gut wie vollständig fehle und durch pauschale Behauptungen ersetzt werde. Es lägen indessen über weite Strecken rein theoretische Erwägungen vor, für die jeder konkrete Nachweis fehle. Die Untersuchungsergebnisse ergäben jedenfalls keinen Anhaltspunkt für die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung und mögliche steigende Preise. Fast alle befragten Marktteilnehmer befürchteten eine weitere Zunahme des intensiven und harten Wettbewerbs durch eine Senkung der Preise. Die Marktteilnehmer gingen auch davon aus, dass verbesserte Einkaufskonditionen durch die Bündelung von Coop und Fust zu tieferen Verkaufspreisen führen würden. Von steigenden Preisen spräche hingegen so gut wie niemand.

47. Ferner führe das grosse Marktwachstum zu einem sehr preisaggressiven Verhalten der Anbieter, die möglichst viel vom zusätzlichen Geschäft für sich gewinnen wollten. Und im Hinblick auf die gesamten Innovationen bei Kleinhaushaltsgeräten gelte, dass deren Vielzahl eine kollektive Marktbeherrschung sehr schwer, wenn nicht sogar unmöglich, mache.

### A.4 Parteigutachten

48. Die Parteien reichten zwei Parteigutachten zur vorläufigen Beurteilung der Weko vom 15. Oktober 2007 ein. Es handelt sich dabei einerseits um ein Kurzgutachten von RBB Economics, Brüssel, erstellt von Michael Dietrich (Senior Partner), sowie um eine kurzgutachterliche Stellungnahme von Götz Drauz (Howrey) zu den Voraussetzungen für das Entstehen einer kollektiven Marktbeherrschung. Nachfolgend werden die Schlussfolgerungen der Gutachten summarisch wiedergegeben, auf die einzelnen Kritikpunkte der Gutachten wird an den entsprechenden Textstellen im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens (siehe unten, B) näher eingegangen.

#### Gutachten RBB Economics

49. RBB Economics beurteilt in seinem Kurzgutachten im Wesentlichen die Analyse der Weko zur geografischen Marktabgrenzung, zur kollektiven Marktbeherrschung bezogen auf Kleinhaushaltsgeräte sowie zur Produktmarktabgrenzung. RBB Economics kommt in seinem Gutachten dabei zu folgenden Ergebnissen:

50. RBB Economics hält zunächst fest, dass die Argumentation der Weko zumindest im Bereich der geografischen Marktabgrenzung sowie der Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Bereich Kleinhaushaltsgeräte nach dem geplanten Zusammenschluss zurückzuweisen sei. Daneben hat RBB Economics auch erhebliche Zweifel an der Methodologie der



Weko zur Abgrenzung des relevanten Produktmarkts Kleinhaushaltsgeräte.

51. RBB Economics kritisiert, dass die Weko in ihrer Methodologie zur geografischen Marktabgrenzung kein in sich schlüssiges Prinzip angewandt habe. Anstatt den allgemein anerkannten SSNIP-Test zu verwenden, berufe sich die Weko auf die Aussagen von Wettbewerbern zu den Einzugsgebieten um einzelne Standorte. Besonders schwer wiege dabei, dass diese oberflächliche Analyse der Einzugsgebiete sich anfänglich nur auf Elektrogeräte im Allgemeinen beziehe und nicht auf Kleinhaushaltsgeräte. Für Kleinhaushaltsgeräte werde dann das Einzugsgebiet im Vergleich zu den anderen Elektrogeräten mit nicht sehr überzeugenden Argumenten von 40 auf 20 Minuten Fahrzeit verringert, welches einer Reduktion der Fläche des Einzugsgebiets um den Faktor 4 entspreche. Dies sei so nicht nachvollziehbar. Es werde von der Weko nicht ausreichend begründet, dass diese kleineren Einzugsgebiete auch tatsächlich der Realität entsprächen.

52. Weiter erstaune, dass die Überlappung von lokalen Märkten von der Weko fast vollständig ignoriert werde. Die Weko erkenne eine solche Überlappung zwar an, analysiere die Märkte dann allerdings ad hoc auf der Basis von MS-Regionen, um keine aufwändigere Prüfung der lokalen Märkte vornehmen zu müssen. Dass die Überlappung lokaler Märkte mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu Substitutionskette-Effekten führe, werde von der Weko vernachlässigt. Diese würden zumindest in vielen Teilen der Schweiz zu deutlich weiter gefassten geografisch relevanten Märkten führen.

53. Hinsichtlich der Produktmarktabgrenzung der Weko stellt RBB Economics fest, dass keine ökonomisch sinnvolle Methode gewählt worden sei. Stattdessen sei auf Produktcharakteristiken eingegangen worden, die aber selbst nicht ausreichend belegt würden. Aus den Informationen in der vorläufigen Beurteilung lasse sich daher nicht schliessen, dass Kleinhaushaltsgeräte einen eigenständigen relevanten Produktmarkt darstellen.

54. Zur Methodik der Weko hinsichtlich der Begründung einer nach dem Zusammenschluss möglichen, kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros und Coop/Fust im Kleinhaushaltsgerätedetailhandel sei festzustellen, dass die Weko die ökonomisch relevanten Fragen zur stillschweigenden Kollusion teilweise nicht einmal ansatzweise behandle. So gehe die Weko nicht auf die für eine stillschweigende Vereinbarung nötigen Produktcharakteristiken ein, obwohl gerade dieser Bereich im vorliegenden Fall entscheidend sei. Zudem stellt RBB Economics fest, dass in einem so heterogenen Produktmarkt wie dem Detailhandel für Kleinhaushaltsgeräte es weder möglich sei, Regeln für eine stillschweigende Vereinbarung zu finden, noch eine solche Vereinbarung aufrechtzuerhalten.

55. RBB Economics ist ferner der Ansicht, dass die Weko ohne ausreichende Begründung behaupte, dass Wettbewerber nicht in der Lage wären, gegenüber Migros und Coop/Fust im Bereich Kleinhaushaltsgeräte einen disziplinierenden Effekt ausüben zu können. International agierende Wettbewerber wie Media Markt, EP:Expert Gruppe, Fnac oder Darty würden schon heute sehr effektiv mit den nationalen Anbietern konkurrieren

und es sei wahrscheinlich, dass sich dies durch einen Zusammenschluss von Coop und Fust nicht ändern sondern eher noch verstärken würde.

56. Schliesslich stellt RBB Economics fest, dass die Weko die potenzielle Konkurrenz von Händlern wie Saturn oder Dixons, aber auch Aldi, Lidl oder Internetanbietern, unterschätze. Diese potenzielle Konkurrenz würde eine mögliche stillschweigende Kollusion destabilisieren und unmöglich machen.

#### *Gutachten Drauz*

57. Drauz kommt in seinem Gutachten zum Ergebnis, dass die vorläufige Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Coop/Fust nicht die Voraussetzungen erfülle, die internationale Standards, insbesondere die des EG-Rechts, an die Feststellung der Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung richten. Das gelte bereits für die Tatsachengrundlage, auf die sich die Weko stütze. Die Weko führe insoweit einige wenige Äusserungen einer Reihe von Wettbewerbern an, um die angeordnete Untersagung zu rechtfertigen.

58. Darüber hinaus beschränke sich die Weko in der Sache auf eine unvollständige Prüfung einer Reihe von Indizien. So würden Elemente wie die Marktkonzentration, die Markttransparenz oder angebliche Symmetrien zwischen den Beteiligten zwar angesprochen, in ihrer wirtschaftlichen Relevanz für den konkreten Fall aber nicht wirklich untersucht. Andere Faktoren, wie zum Beispiel die unterschiedlichen Vertriebsstrukturen der Zusammenschlussbeteiligten (Supermarkt/Discounter/Fachgeschäft) oder die Bedeutung der Eigenmarken für das Wettbewerbsgeschehen, seien ebenfalls nicht untersucht worden.

59. Ebenso würden wesentliche Voraussetzungen der gemeinsamen Marktbeherrschung überhaupt nicht geprüft. Das gelte insbesondere für die Frage nach dem Bestehen effektiver Sanktionsmechanismen für abweichendes Verhalten. Solche Mechanismen würden schon gar nicht dargestellt und demgemäss auch nicht auf ihre Wirkung auf das Verhalten der betroffenen Unternehmen hin analysiert.

60. Die Kausalität der Transaktion für deren unterstellte Auswirkungen – das Entstehen kollektiver Marktbeherrschung – werde nicht näher geprüft. Insgesamt fehle eine umfassende Analyse des ökonomischen Kontextes und der wirtschaftlichen Verhaltensanreize für die beteiligten Unternehmen, wie vom Gericht erster Instanz in seiner Impala-Entscheidung gefordert, völlig. Unter diesen Umständen ermögliche die vorläufige Beurteilung EG-rechtlich nicht die Feststellung, dass die angemeldete Transaktion zum Entstehen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung durch Coop/Fust und Migros führen werde.

## **B BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS**

### **B.1 Erwägungen**

#### **B.1.1 Geltungsbereich**

61. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b 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.

62. Nach Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) erlangt ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben.

### B.1.2 Unternehmen

63. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich namentlich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### B.1.3 Unternehmenszusammenschluss

64. Das Zusammenschlussvorhaben sieht vor, dass Coop von Jelmoli 100 % der Aktien von Fust sowie 80 % der Aktien der netto24 erwirbt und damit die vollständige Kontrolle über beide Unternehmen übernimmt. Die Übernahme von Fust und netto24 durch Coop ist im

Aktienkaufvertrag vom 28. Mai 2007 zwischen Coop und Jelmoli festgehalten.

65. Die vorliegende Akquisition stellt demnach einen Kontrollerwerb gemäss Art. 1 VKU in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 KG dar.

66. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 1 VKU erfüllt und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG zu qualifizieren.

### B.1.4 Meldepflicht

67. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr 2006 weltweit einen gemeinsamen Umsatz von über CHF 15 Mia. (Tabelle 1) und einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt über CHF 500 Mio. (Tabelle 2). Damit sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG überschritten. In der Schweiz erzielten die beiden beteiligten Unternehmen je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. (Tabelle 2). Auch der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG ist somit überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Gemeinsame Umsätze im Geschäftsjahr 2006 weltweit in CHF

Coop	14'699 Mio.
Fust (inkl. netto24)	853 Mio.
kumuliert weltweit	15'552 Mio.

Tabelle 2: Umsätze im Geschäftsjahr 2006 von jedem beteiligten Unternehmen in der Schweiz in CHF

Coop	14'699 Mio.
Fust (inkl. netto24)	853 Mio.

### B.1.5 Vorbehaltene Vorschriften

68. 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.2 Relevante Märkte

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

### B.2.1 Sachlich relevante Märkte

70. 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).

71. Beim sachlich relevanten Markt gilt es im Detailhandel zu unterscheiden zwischen<sup>1</sup>

- den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüberstehen, und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

Nachfolgend werden zuerst die Absatzmärkte und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

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

### B.2.1.1 Absatzmärkte

72. Gemäss dem Zusammenschluss Dipl. Ing. Fust/Electro plus AG/Electro plus Moncor SA (RPW 2001/2, S. 342 ff.) (nachfolgend: Fust/Electro plus) kann der Markt für Elektrogeräte in vier Teilmärkte unterteilt werden:

- Weisswaren (Gross- und Kleinhaushaltsgeräte)
- Braunwaren (Audio, Vision und Foto)
- Grauwaren (PC-Software/-Hardware, Spiele und Kommunikation)
- CDs/DVDs

73. In jenem Zusammenschluss wurden die Marktanteile sowohl für den Markt für Elektrogeräte insgesamt als auch für die vier oben erwähnten Teilmärkte ausgewiesen (vgl. RPW 2001/2, S. 343, Rz. 9). Aufgrund dieses Umstandes als auch aufgrund der im Rahmen der vorläufigen Prüfung ersichtlichen Unbedenklichkeit sowohl für den Gesamtmarkt für Elektrogeräte als auch für die vier Teilbereiche wurde bisher auf eine genaue Markt- abgrenzung verzichtet.<sup>2</sup>

74. In der vorliegenden vertieften Prüfung ist die Markt- abgrenzung zu präzisieren. Die Weko ist von nachfol- genden Produktgruppen als relevante Märkte ausge- gangen<sup>3</sup>:

- Grosshaushaltsgeräte
- Kleinhaushaltsgeräte
- Audio
- Vision
- Foto
- PC Hardware
- PC Software
- Spiele (Software)
- Kommunikation

75. Gegen diese Markt- abgrenzung brachte Coop den Einwand vor, dies würde eine Praxisänderung gegen- über den bisherigen Entscheiden der Weko in Sachen Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 368, Rz. 20), Coop/EPA (RPW 2002/3, S. 565, Rz. 30) sowie Fust/Electro plus (RPW 2001/2, S. 342 ff.) bedeuten. Eine beabsichtigte Praxisänderung verlange aus verwaltungsrechtlicher Sicht gründliche und ernsthafte Überlegungen, welche die Überzeugung aufdrängen, dass die bisherige Sinn- deutung eines Rechtssatzes falsch war bzw. sei nur zulässig, wenn sie auf der Überzeugung basiere, dass die ursprüngliche Rechtspraxis falsch gewesen sei.

76. Die Weko ist der Ansicht, dass es sich vorliegend um keine Praxisänderung handelt, sondern lediglich um eine Präzisierung der sachlichen Markt- abgrenzung im Be- reich Elektrogeräte. Sie bringt dennoch gleichzeitig Krite- rien vor (vgl. Rz. 81 ff.), die bei allfälliger Annahme einer Praxisänderung eine solche hinreichend begründen würden, da eine solche auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruht und die ursprüngliche ‚Abgrenzung‘ nicht präzise genug und damit im Hinblick auf eine kon- forme Rechtsanwendung falsch ist.

77. Zunächst wurde die Erwähnung der möglichen Markt- abgrenzung im Lebensmittel- Detailhandel im Fall Fust/Electro plus herangezogen, um zu veranschauli- chen, dass "bei einer grossen Vielzahl einzelner Güter der sachlich relevante Markt nicht auf ein einzelnes Gut (in casu: ein bestimmtes Elektrogerät) eingegrenzt wird, sondern von einer Nachfrage nach umfassenderen Gü- terbündeln ausgegangen wird" (RPW 2001/2, S. 342 ff., Rz. 7). Von dieser Aussage wird im vorliegenden Fall nicht abgewichen, da die Märkte nicht jeweils auf ein einzelnes Produkt, d.h. in diesem Fall auf einen einzigen Gerätetyp (z.B. Toaster), eingegrenzt werden. Zudem wurde im oben erwähnten Fall nicht ausgeführt, dass die Markt- abgrenzung des Lebensmittel- Detailhandels auf den Markt für Elektrogeräte per Analogie angewendet wer- den sollte. Daher handelt es sich nicht um eine Praxis- änderung gegenüber dem Zusammenschlussverfahren Migros/Globus bzw. Coop/EPA.

78. Betreffend das Zusammenschlussverfahren Fust/Electro plus kann ebenfalls nicht von einer Praxis- änderung im Bereich Elektrogeräte gesprochen werden. Bei der Aufteilung der vier Teilmärkte in weitere Pro- duktsegmente handelt es sich vielmehr um eine Präzi- sierung der Markt- abgrenzung. In dem von den Parteien zitierten Fall ist im Gegensatz zum vorliegenden Fall keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt worden. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung durch die Unterteilung in weitere Segmente geändert worden wä- re. Auf eine detailliertere Analyse wurde aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips verzichtet, ohne damit eine Praxis festigen zu wollen.

79. Vom Lebensmittel- Detailhandel erwarten die Kon- sumenten ein umfassendes Angebot an Gütern des täglichen Bedarfs. Sie können durch die Bündelung ihrer Einkäufe Transaktionskosten minimieren. Vor diesem Hintergrund wurde im Rahmen der Prüfung Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 559 ff.) festgehalten, dass der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment besteht (Sorti- mentskonzept), welches aus einer Vielzahl von Produkt- gruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken (Konzept des One- Stop-Shoppings). Fraglich ist, ob eine Markt- abgrenzung im Sinne des One- Stop-Shoppings analog zum Le- bensmittel- Detailhandel ohne Weiteres auf den Bereich des Elektrogeräte- Detailhandels anwendbar ist.

<sup>2</sup> Auch in der Praxis der EU-Kommission wurde eine endgültige Markt- abgrenzung bislang stets offen gelassen (vgl. Fussnote 3).

<sup>3</sup> Diese Einteilung entspricht der Praxis der Europäischen Kommission. Nebst einer ersten Unterteilung des Elektrogeräte- Detailhandels in braune Güter, Grosshaushaltsgeräte, Kleinhaushaltsgeräte und Com- puter und Kommunikation wurden insbesondere Untergruppen für braune Güter und für Computer und Kommunikation in Betracht gezo- gen. Die genaue Markt- abgrenzung wurde schliesslich mangels Erfor- dernis offen gelassen (vgl. EU COMP/M.4226 DSGI / FOTOVISTA vom 29.06.2006 und EU COMP/M.4392 DSGI / FR-INVEST / F- GROUP JV vom 30.11.2006).

80. Den Entscheiden Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 366, Rz. 12) und Coop/EPA (RPW 2002/3, S. 565, Rz. 30) ist zu entnehmen, dass im Detailhandel – wie oben bereits erläutert – nicht nur einzelne Produktarten miteinander im Wettbewerb stehen, sondern ganze Produktsortimente bzw. Produktbündel (sog. Sortimentskonzept).

81. Die Marktabgrenzung im Sinne des One-Stop-Shoppings analog zum Lebensmittel-Detailhandel ist nicht ohne Weiteres auf den Bereich des Elektrogeräte-Detailhandels anwendbar. Zum einen sind Elektrohaushaltsgeräte und Elektronikgeräte keine Güter des täglichen Bedarfs. Sie haben oftmals eine lange Lebensdauer, so dass ein Ersatzkauf grösstenteils erst nach mehreren Jahren anfällt. Der Erwerb entsprechender Geräte findet zumeist in unregelmässigen Abständen statt. Zudem werden verschiedene Elektrogeräte in der Regel nicht gleichzeitig eingekauft. Daher sind im Bereich Elektrogeräte die Vorteile des One-Stop-Shoppings wie beim Lebensmitteleinkauf nicht anzutreffen.

82. Zum anderen kann der Anschaffungswert eines Elektrogerätes sehr hoch sein. Aus diesem Grund kann es sich für einen Kunden lohnen, einen Preis- und Markenvergleich durchzuführen und dementsprechend die einzelnen gewünschten Elektro- und Elektronikprodukte bei unterschiedlichen Anbietern zu kaufen. Ein Kunde zieht somit in der Regel in Betracht, den Kauf der einzelnen Elektrogeräte bei verschiedenen Detailhändlern zu tätigen.

83. Ein Indiz für eine engere Abgrenzung des Marktes als die im Fall Fust/Electro plus vorgenommene Aufgliederung in vier Teilmärkte (vgl. Rz. 72) stellen auch die Markterhebungen der Marktforschungsinstitute dar, welche die genannten Segmente ebenfalls weiter unterteilen. So liefert eine Studie der IHA-GfK unter anderem Daten zu Gross- und Kleinhaushaltsgeräten, Telekommunikation und Foto.<sup>4</sup>

#### **B.2.1.1.1 Abgrenzung nach Produktgruppen**

##### *Kleinhaushaltsgeräte/Grosshaushaltsgeräte*

84. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass es sich bei Klein- sowie Grosshaushaltsgeräten aus Gründen wie Käuferverhalten und Verwendungszweck um zwei unterschiedliche Märkte handelt.

85. Klein- und Grosshaushaltsgeräte unterscheiden sich zunächst hinsichtlich ihrer Anschaffungswerte. Mit einzelnen Ausnahmen, wie beispielsweise vollautomatische Kaffeemaschinen, hochwertige Staubsaugersysteme oder Bügelautomaten, handelt es sich bei den Kleinhaushaltsgeräten hauptsächlich um Produkte der Preisklasse bis maximal CHF 200–300. Die Einstiegspreise für Grosshaushaltsgeräte wie Waschmaschinen, Trockner, Spülmaschinen und Backöfen liegen hingegen in der Regel bei nicht unter CHF 600.

86. Aufgrund der unterschiedlichen Preisklassifizierung von Klein- und Grosshaushaltsgeräten ergeben sich ausgeprägte Differenzen hinsichtlich des Einkaufsverhaltens. Kleinartikel ohne grösseren Wert werden von den Konsumenten als Verbrauchsartikel angesehen. Sie bedürfen weder grossartiger technischer Kompetenz noch intensiver Beratung und auch hinsichtlich Service-,

Installations- und Reparaturdienstleistungen werden seitens der Kunden keine allzu hohen Ansprüche gestellt. Im Falle niedriger Anschaffungskosten ist der Kunde zumeist nicht bereit, Zeit in einen Preisvergleich zu investieren. Die Preissensibilität ist bei Kleinhaushaltsgeräten daher eher weniger stark ausgeprägt. Zudem fallen die absoluten Preisunterschiede bei Kleinhaushaltsgeräten in der Regel geringer aus als bei Grosshaushaltsgeräten, weshalb ein intensiver Preisvergleich bei ersteren weniger lohnt.

87. Unterschiede aufgrund abweichender Preisklassen ergeben sich auch bezüglich der Absatzkanäle. Bis auf bereits genannte Ausnahmen wie hochwertige Kaffeemaschinen, Staubsauger- und Bügelsysteme, bei denen die Preissensibilität stärker ausgeprägt ist und welche höhere Anforderungen hinsichtlich Beratung und Qualität erwarten lassen, werden Kleinhaushaltsgeräte nur in geringem Ausmass über den Spezialhandel abgesetzt. Der Hauptanteil wird über Supermärkte und Warenhäuser verkauft, gemäss einer IHA-GfK-Studie<sup>5</sup> beispielsweise 49,5 % im Jahr 2006. Das Vorhandensein einer Lokalität mit erhöhter Kundenfrequenz ist nach Aussage von Konkurrenten von grösserer Bedeutung als die Verkaufsflächen- oder Sortimentsgrösse.

88. Darüber hinaus ist festzustellen, dass Kleinhaushaltsgeräte von allen Konsumenten gekauft werden, während Grossgeräte in Mietwohnungen in der Regel von den Eigentümern zur Verfügung gestellt und angeschafft werden. Zielpublikum von Grosshaushaltsgeräten sind dementsprechend vor allem Wohneigentümer. Insofern gibt es auch hinsichtlich des Zielpublikums bedeutende Unterschiede zwischen beiden Produktgruppen.<sup>6</sup>

89. Es besteht die Möglichkeit, den Bereich Kleinhaushaltsgeräte in weitere Segmente zu unterteilen, die sich aufgrund des Verwendungszwecks und allenfalls des Käuferverhaltens unterscheiden. So werden in Marktstudien häufig Bereiche wie Personal Care (Mundpflegegeräte, Rasierer, Haartrockner etc.), Küchengeräte (Toaster, Mixer, Mikrowellen, Wasserkocher etc.) und andere Haushaltsgeräte (Bügeleisen, Staubsauger etc.) genannt.<sup>7</sup> Andere Anbieter unterteilen weiter bspw. in Reinigen, Bügeln, Nähen, Küche, Kaffeemaschinen, Hygiene, Wellness, Zubehör, Saison/Klima. Grundsätzlich sind diese Bereiche – und innerhalb der Produktgruppen auch einzelne Produkte – aus Sicht der Konsumenten nicht austauschbar. Dennoch können diese Unterbereiche aufgrund ähnlicher Wettbewerbsverhältnisse gemeinsam analysiert werden. Es bleibt jedoch festzuhalten, dass die Einteilung in Produktgruppen gemäss Praxis der Weko jederzeit weiter unterteilt und die Produktzuteilung zu den Gruppen anders vorgenommen werden kann.

90. Die Parteien machen geltend, die Ausscheidung eines Marktes für Kleinhaushaltsgeräte sei eine künstliche Abgrenzung, welche in dieser Form keinen relevan-

<sup>4</sup> IHA-GfK, Management Report Home Electronics 12/2006, Hergiswil.

<sup>5</sup> IHA-GfK, Management Report Home Electronics 12/2006, Hergiswil.

<sup>6</sup> Vgl. Denner/PickPay RPW 2006/1, S. 13 ff., vgl. im Gegensatz dazu im Lebensmittelbereich: In der Schweiz geht man nicht von unterschiedlichen Märkten für Supermärkte und Discounter aus, da es keinen typischen Discounter- bzw. typischen Supermarktkunden gibt.

<sup>7</sup> IHA-GfK, Management Report Home Electronics 12/2006, Hergiswil.

ten Markt bilde. Die Definition eines Marktes setze voraus, dass dieses Produkt oder Produktsortiment in einem sachlich abgegrenzten Umfang angeboten würde. Dies sei bei Angebot eines Sortiments in unterschiedlichen Formen und Formaten nicht der Fall. Vielmehr sei dies ein Indiz, das Sortiment als Teil eines grösseren Ganzen zu betrachten.

91. Kleinhaushaltsgeräte werden tatsächlich mit sehr vielen verschiedenen Produktsegmenten kombiniert. Zum einen gehören sie zum Angebot der auf Grossgeräte spezialisierten Geschäfte, zum anderen bilden sie einen unverzichtbaren Teil des Gesamtsortiments von Supermärkten und Warenhäusern, was die Parteien in der Anhörung bestätigen. Da aber Kleinhaushaltsgeräte in vielen Fällen nicht mit anderen Gütern zusammen gekauft werden, spielt der Umstand, dass Kleinhaushaltsgeräte nicht einzeln als Sortiment angeboten werden, lediglich eine untergeordnete Rolle.

92. Des Weiteren bringt Coop vor, die Weko hätte das Sortiment der Kleinhaushaltsgeräte nicht genau definiert und diesbezüglich Zahlenmaterial übernommen, ohne zu hinterfragen, welche Produkte den Hintergrund für das Zahlenmaterial bilden bzw. welche Methoden bei der Erhebung dafür angewendet wurden.

93. Betreffend verwendetes Zahlenmaterial kann auf die Ausführungen unten (Rz. 159) verwiesen werden. Die Weko schätzt die Marktanteile einerseits basierend auf eine Gesamtmarktschätzung durch die Parteien, die sich auf Daten von IHA-GfK und des Fachverbands Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (FEA) stützt, andererseits basierend auf eine Gesamtmarktschätzung gemäss IHA-GfK und berücksichtigt damit zwei Zahlenmaterialien. Die beanstandete Bandbreite stellt die möglichen Abweichungen dar, die durch die unterschiedlich zugrundegelegten Schätzungen zustande kommen.

94. Das Gutachten von RBB Economics geht in Kapitel 3 auf die Produktmarkt-Abgrenzung aus einem ökonomischen Blickwinkel ein. Eine Produktmarkt-Abgrenzung, die lediglich anhand von Produktcharakteristiken durchgeführt werde, sei arbiträr und würde einer ökonomisch substantiellen Methodologie nicht genügen. In der Folge geht RBB Economics auf die einzelnen geprüften Charakteristiken ein, die nicht ausreichend belegt seien. RBB Economics zufolge sollte bei der Produktmarkt-Abgrenzung auf einen SSNIP-Test zurückgegriffen werden.

95. Soweit die Produkt-Abgrenzung in Frage steht, kann auf Rz. 84 ff. verwiesen werden. Die Weko stützt sich auf ein Gesamtbild an Charakteristika, das die Markt-Abgrenzung in Klein- und in Grosshaushaltsgeräte rechtfertigt. Aus diesem Grund wurde ein SSNIP-Test in diesem Verfahren als nicht notwendig erachtet, da auch ohne SSNIP-Test genügend Hinweise betreffend richtiger Abgrenzung der Produktmärkte vorlagen.

#### *Audio, Vision und Foto*

96. Grundsätzlich besteht ein Markt für Heim- und Unterhaltungselektronik (Braunwaren), in den mehrere Produktgruppen einbezogen sind, namentlich Audio, Vision und Foto. Diese generelle Marktaufteilung kann im Einzelnen noch präzisiert werden. Aus Nachfragesicht könnten im Bereich Heim- bzw. Unterhaltungselekt-

ronik so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen werden, wie es Produkte bzw. Produktsegmente gibt, da sich Eigenschaften, Anschaffungskosten und Verwendungsmöglichkeiten der einzelnen Produkte bzw. Produktsegmente unterscheiden.

97. Es zeichnet sich ab, dass bezogen auf die diversen Produktgruppen die Absatzkanäle unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Erhebliche Abweichungen gibt es im Hinblick auf die Marktanteile der verschiedenen Absatzkanäle. Beispielsweise haben im Bereich Fotogeräte die Fotofachgeschäfte eine einflussreiche Stellung. Nahezu 50 % der Umsätze werden in diesem Bereich durch den spezialisierten Fachhandel erwirtschaftet. Dies ist insbesondere auf die Beratungsintensität der Produkte dieses Segmentes zurückzuführen. Die Marktanteile steigen, je teurer und beratungsintensiver die Produkte sind. Die Vollsortimenter verzeichnen höhere Anteile bei Produkten im unteren Preissegment (Preiseinstiegsprodukte). Die je nach Produktsegment abweichenden Anteile des spezialisierten Fachhandels deuten auf ein unterschiedliches Einkaufsverhalten der Kunden je nach Produktart hin.

98. Es gibt gute Gründe dafür, dass das Produktsegment Foto einen eigenen Markt darstellt. Weiter wäre eine Unterteilung in die Bereiche Audio und Vision möglich, allerdings sind hier die Unterschiede hinsichtlich Käuferverhalten etc. nicht sehr ausgeprägt. Zwar führen die kombinierten Marktanteile der sich zusammenschliessenden Unternehmen bezogen auf den Gesamtmarkt Audio/Vision als auch bezogen auf die beiden einzelnen Teilmärkte durchaus zu betroffenen Märkten. Da allerdings in diesen Produktsegmenten keine Anhaltspunkte für eine allfällige Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ersichtlich sind (vgl. Rz. 180 ff.), kann die Frage der genauen Abgrenzung im Bereich Audio, Vision und Foto letztendlich offen gelassen werden.

#### *PC Hardware/PC Software/Kommunikation/Spiele*

99. Der Bereich Grauwaren beinhaltet die Produktgruppen PC Hardware, PC Software, Kommunikation und Spiele. Grundsätzlich sind die Segmente Computer und Kommunikation aufgrund insbesondere unterschiedlicher Preisklassen, Absatzkanäle und abweichendem Käuferverhalten in einzelne Teilmärkte zu unterteilen. Ob eine weitere Aufgliederung in die Segmente PC Hardware und PC Software erforderlich ist, kann letztlich offen gelassen werden, da das vorliegende Zusammenschlussverfahren zwar im Bereich Spiele zu betroffenen Märkten führt, Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung jedoch nicht ersichtlich sind. Mit Media Markt und m-electronics sind namentlich zwei Anbieter mit nicht unerheblichen Marktanteilen in diesem Segment vorhanden.

#### *CD/DVD*

100. Die Weko geht von einem eigenständigen Markt für CDs und DVDs aus. Eine weitere Aufteilung des Marktes kann offen gelassen werden, da die kumulierten Marktanteile unbedenklich und die Marktanteiladditionen marginal sind.

### B.2.1.1.2 Abgrenzung nach Absatzkanälen

#### Allgemeines

101. Es gibt zwar eine grosse Anzahl Elektrogeräte-Detailhändler mit einem breiten Produktsortiment, aber es gibt auch viele spezialisierte Anbieter mit einem Teilsortiment (z.B. Mobiltelefonanbieter, Computerläden, Fotofachgeschäfte). Diese spezialisierten Anbieter sind je nach Produkt sehr stark im Markt vertreten, d.h. verfügen über hohe Marktanteile. Beispielsweise werden im Foto- und Telekommunikationssegment mehr als die Hälfte der Produkte durch spezialisierte Anbieter abgesetzt (z.B. Swisscom Shops, Phone House, Fotofachgeschäfte). Dies deutet darauf hin, dass es für den Kunden zumindest für diese Produkte nicht entscheidend ist, dass der Anbieter ein Vollsortiment an Elektrogeräten führt, wie beispielsweise Interdiscount, m-electronics und Media Markt. Folglich bleibt zu untersuchen, ob die Spezialgeschäfte zum relevanten Absatzmarkt gehören. Eine zunehmende Rolle spielt der Internethandel, der in den letzten Jahren – produktabhängig – ein rasches Umsatzwachstum im Elektrogerätebereich zu verzeichnen hatte. Hier stellt sich die Frage, ob der Internethandel ebenfalls zum relevanten Markt gehört.

#### Spezialgeschäfte und Fachhandel

102. Unter den Begriff Spezialgeschäfte fallen die unabhängigen Fachhändler, die auf ein bestimmtes Teilsortiment (Foto-, Computergeschäft etc.) spezialisiert sind, und die unabhängigen Fachhändler, welche ein breitgefächertes Sortiment an elektrischen und elektronischen Geräten führen. Durch die Beschränkung auf ein Teilsortiment stehen erstere im Hinblick auf Sortimentskonzept, Verkaufsflächen und das durchschnittliche Preisniveau vordergründig nicht in direktem Wettbewerb mit den Vollsortimentern. Es stellt sich somit die Frage nach der Substituierbarkeit zwischen Vollsortimentern und den Spezialgeschäften.

103. Grundsätzlich unterscheiden sich die Vollsortimenter und Spezialgeschäfte im Hinblick auf Beratung, Preisklasse etc. Nach Schätzungen der Konkurrenten beläuft sich beispielsweise der Preisunterschied auf ca. 5–10 %. Die Antworten der Konkurrenten (Vollsortimenter) lassen erkennen, dass die tendenziell teureren Spezialgeschäfte grundsätzlich die eigene Preispolitik nicht beeinflussen. Umgekehrt spüren die spezialisierten Fachgeschäfte den Einfluss der Vollsortimenter, allerdings platzieren sich erstere wiederum über die Beratung, Kompetenz und Servicedienstleistungen.

104. Bei einzelnen Produktkategorien gibt es teilweise erhebliche Abweichungen. Im Kleinhaushaltsgerätesegment wird verhältnismässig wenig über den spezialisierten Fachhandel abgesetzt, dafür neben den Vollsortimentern mehr über die Supermärkte und Warenhäuser.

105. Gemäss Aussagen der EP/Expert-Gruppe spielt der Wettbewerb insbesondere bei hochwertigen Produkten und weniger bei Produkten im preislichen Einstiegssegment, d.h. je teurer das Gerät, desto mehr Wettbewerbschancen ergeben sich für den beratungskompetenten Spezialfachhandel (etwa bei Kaffeemaschinen). Im Bereich günstiger Filterkaffeemaschinen haben die Supermärkte hohe Marktanteile. Hingegen ist der Absatz

hochwertiger Espressoautomaten in Supermärkten schwieriger.

106. Von einem separaten Markt der Vollsortimenter wie im Lebensmittel-Detailhandel kann im Bereich Elektrogeräte nicht ausgegangen werden. Im Elektrogeräte-Detailhandel spielt das One-Stop-Shopping keine entscheidende Rolle (vgl. Rz. 81 ff.). Das Vorhandensein eines möglichst breiten und tiefen Sortiments im Sinne des One-Stop-Shoppings ist hier nicht zwingend. Andere Parameter wie Beratung, Qualität und sonstige Dienstleistungen können Defizite in der Sortimentsbreite und -tiefe ausgleichen. Die spezialisierten Fachhändler richten sich zwar mit einem auf einzelne Kategorien spezialisierten Angebot (grössere Sortimentstiefe), einem umfangreichen Service-Angebot (Qualitätsanforderungen) und einem höheren Preisniveau vordergründig an ein differenziertes Zielpublikum, dennoch weisen die Sortimente in den verschiedenen Absatzkanälen nicht unerhebliche Überschneidungen auf. Aus diesem Grund stellt der spezialisierte Fachhandel eine direkte Konkurrenz zu den klassischen Anbietern mit Vollsortiment wie Media Markt, m-electronics, Fust und Interdiscount dar.

107. Die Teilsortimenter und spezialisierten Fachhändler sind daher in die relevanten Märkte mit einzubeziehen.

#### Internethandel

108. Grundsätzlich setzt sich der Internethandel mangels umfangreicher Beratungs- und sonstigen Servicedienstleistungen und physischer Präsenz von den klassischen Vertriebskanälen ab. Fraglich ist daher, inwiefern der Einkauf von Elektrogeräten über das Internet eine Alternative zum Einkauf in einem Geschäft ist und ob der Internethandel deshalb mit dem klassischen Detailhandel konkurriert und zum relevanten sachlichen Markt gehört.

109. Der Vertrieb von Elektrogeräten über das Internet verzeichnete in den letzten Jahren hohe Wachstumsraten. So hat sich der Umsatz einzelner Internetanbieter zwischen 2004 und 2006 verdoppelt oder gar verdreifacht.<sup>8</sup> Zudem sind eine Vielzahl neuer Internetanbieter auf den Markt getreten. Grundsätzlich erachten die befragten Konkurrenten die Relevanz des Internethandels im Bereich der Elektrogeräte als steigend. Die Entwicklungen der vergangenen Jahre lassen sich auf die Zukunft übertragen: Nach Aussagen der Befragten sind steigende über das Internet erwirtschaftete Umsätze zu erwarten, die insgesamt zwischen 10–25 % des Gesamtumsatzes im Elektro-/Elektronikbereich erreichen könnten. Der genaue Anteil des Internethandels an den Gesamtvolumina im Bereich Elektrogeräte lässt sich nur schwer eruieren. Insgesamt werden jedoch schwerpunktmässig Multimedia-Artikel über das Internet vertrieben. So betrug gemäss IHA-GfK<sup>9</sup> der Anteil der Multimedia-Produkte (Hard- und Software) 42 % am Internetgesamtvolumen.

<sup>8</sup> IHA-GfK, Detailhandel Schweiz 2007, Hergiswil.

<sup>9</sup> IHA-GfK, Studie Online-Handel Schweiz 2006, Hergiswil.

110. Der Internethandel zeichnet sich aus durch hohe Transparenz (Vergleichbarkeit) und Attraktivität der Preise sowie die vereinfachte Einkaufsmöglichkeit (Heimlieferung). Bislang muss der Kunde jedoch auf umfassenden Service und fachliche Beratung verzichten. Zielpublikum ist das Gleiche wie im stationären Handel. Jeder potenzielle Käufer kann grundsätzlich Kunde im Internet sein, Beratungsleistungen sind mittlerweile zusehends über Telefon möglich. Die Internetpreise, die mangels umfangreicher Servicedienstleistungen und Verwaltungskosten deutlich tiefer sind, werden von den Konkurrenten häufig in ihre Preiskonzepte einbezogen. Von einigen Anbietern wird das Trittbrettfahrerverhalten beklagt, d.h. Konsumenten lassen sich vom Fachhandel beraten, begutachten das Gerät vor Ort, tätigen den Kauf dann jedoch aufgrund der niedrigeren Preise im Internet.

111. Eine sachlich relevante Abgrenzung nach Verkaufsmformaten zwischen dem stationären Detailhandel und dem Direktvertrieb über Internet erachtet die Weko im Bereich Elektrogeräte grundsätzlich als nicht gegeben. Ob der Internetmarkt in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen ist, kann aber letztendlich offen gelassen werden, da dies keinen Einfluss auf die materielle Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens hat.

#### *Fazit*

112. Die sachlich relevanten Märkte, aufgeteilt nach den entsprechenden Produktsegmenten (Rz. 74), umfassen jeweils den gesamten Elektrogeräte-Detailhandelsmarkt (Vollsortimenter, Spezialgeschäfte und unabhängiger Fachhandel) sowie den Internethandel.

#### **B.2.1.2 Beschaffungsmärkte**

##### *Abgrenzung nach Produktgruppen*

113. Bei der Marktabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten und deren Absatzalternativen massgeblich. Vorliegend bilden auf dem Beschaffungsmarkt die Hersteller und Lieferanten von Elektrogeräten die Marktgegenseite des Elektrogeräte-Detailhandels. Diese produzieren und liefern in der Regel nur einzelne Produkte oder einzelne Produktgruppen (z.B. nur Video und Audio, aber keine Haushaltsgeräte) und sind nicht in der Lage, ihre Produktion ohne Weiteres auf andere Produkte umzustellen.

114. Von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt kann nicht ausgegangen werden, da die Detailhändler des Elektrogerätebereiches ihr Sortiment nicht von einem einzelnen Lieferanten beziehen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die gleichen, sachlich relevanten Märkte wie beim Absatzmarkt ergeben (siehe Rz. 74).

##### *Abgrenzung nach Absatzkanälen*

115. Im Elektrogeräte-Bereich gibt es in der Regel mehrere Absatzkanäle, die den Herstellern von Elektro- und Elektronikprodukten zur Verfügung stehen. Elektroprodukte werden über klassische Vollsortimentanbieter, Warenhäuser, Supermärkte, spezialisierte Fachhändler (z.T. mit Teilsortiment) als auch über das Internet, den Versandhandel oder mittels Direktvertrieb (HiFi an Auto-

hersteller, PC an Grosskunden oder auch Endkunden, z.B. bei Dell) abgesetzt.

116. Die verschiedenen Absatzkanäle stehen aus Sicht der Hersteller dabei miteinander im Wettbewerb. Die Hersteller und Lieferanten sind mit ihren Vertriebskonzepten nicht auf einen bestimmten Kanal ausgerichtet. Teilweise werden allerdings innerhalb der Absatzkanäle nur wenige oder einer beliefert. Dies ist insbesondere bei Grosshaushaltsgeräten zu beobachten. So werden streckenweise Produkte der Marke [eines Herstellers von Haushaltsgeräten] in der Schweiz exklusiv über Fust verkauft. V-Zug und Electrolux zeigen ebenfalls ein auf einzelne Vertriebskanäle fokussierendes Verhalten bei der Belieferung von Elektrogeräte-Detailhändlern. Daneben produzieren einige Hersteller spezielle Anfertigungen/Versionen ihrer Produkte exklusiv für einzelne Anbieter.

117. Trotz Fokussierung gewisser Hersteller auf einen oder wenige Absatzkanäle kann davon ausgegangen werden, dass alle Absatzkanäle zu den einzelnen, nach Produktgruppen abgegrenzten sachlich relevanten Märkten gehören.

118. Die genaue, sachlich relevante Marktabgrenzung kann offen gelassen werden, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Beschaffungsmärkten vorliegen.

#### **B.2.2 Räumlich relevante Märkte**

119. 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.2.2.1 Absatzmärkte**

120. In geographischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer<sup>10</sup> und europäischer Rechtsprechung<sup>11</sup> auf zwei Ebenen ab: Einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Analyse des Detailhandelsmarktes in Betracht zu ziehen.

121. Aus Sicht der Nachfrager sind die einzelnen sachlich relevanten Märkte im Bereich Elektrogeräte lokal, da ihre durch den Anfahrtsweg entstehenden Transaktionskosten in einem begrenzten Gebiet gering ausfallen und es sich folglich für sie lohnt, in diesem den Weg zu einem Verkaufspunkt auf sich zu nehmen. Je höher der Anschaffungswert eines Produkts, desto eher ist der Kunde bereit, einen längeren Anfahrtsweg zum Verkaufspunkt auf sich zu nehmen.

122. Für Kleinhaushaltsgeräte sowie für Spiele-Software kann als Arbeitshypothese von einem Einzugsgebiet mit

<sup>10</sup> Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511 ff.; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571 ff.; Denner/Pick Pay, RPW 2006/1, S. 135 ff.

<sup>11</sup> Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU COMP/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

einem Marktradius von schätzungsweise 20 Autofahrminuten ausgegangen werden, da der Anschaffungswert in den meisten Fällen eher gering ist und ein grösserer Anteil von Kleinhaushaltsgeräten in Supermärkten und Warenhäusern gekauft wird.

123. Bei allen anderen Produktgruppen kann aufgrund der höheren Anschaffungswerte das Einzugsgebiet weiter abgegrenzt werden. Von den Parteien wurden diesbezüglich 40 km (entspricht in etwa 30 Minuten Fahrzeit) veranschlagt, von Media Markt 20 km (jeweils Anfahrtsweg per Auto) und Migros geht für ihre MMM-Märkte und ihre m-electronics-Verkaufspunkte von 30 Minuten Anfahrtszeit per Auto aus. Die Weko geht für diese Produktgruppen von einem Einzugsgebiet von schätzungsweise 40 km (per Auto) aus.

124. Für diese engere Abgrenzung des Einzugsgebietes von Kleinhaushaltsgeräten im Vergleich zu derjenigen der meisten anderen Elektrogerätegruppen sprechen auch die sehr viel kleineren Marktanteile von Media Markt im Bereich Kleinhaushaltsgeräte im Verhältnis zu

seinem Marktanteil z.B. im Bereich Audio/Vision. Offensichtlich hat die grössere Entfernung der Media Markt-Standorte direkte Auswirkungen auf die Verkaufszahlen von Kleinhaushaltsgeräten.

125. RBB Economics bringt vor, dass die Einschätzung der Weko, dass sich der relevante Markt für Kleinhaushaltsgeräte auf 20 Minuten Anfahrtszeit zu den einzelnen Verkaufsstellen der Parteien beschränkt, lediglich eine Vermutung darstellt. Sie begründet ihre Kritik damit, dass nicht ersichtlich sei, ob überprüft wurde, dass Kleinhaushaltsgeräte deutlich preiswerter als z.B. Produkte aus dem Bereich Audio seien.

126. Ein Preisvergleich zeigt deutlich (vgl. nachfolgende Tabelle), dass Kleinhaushaltsgeräte durchschnittlich günstiger sind als Audio- und insbesondere Vision-Produkte. So beträgt gemäss Berechnungen des Sekretariats, welche auf Daten der IHA-GfK für das Jahr 2006 basieren, der durchschnittliche Preis von Kleinhaushaltsgeräten CHF 115, derjenige von Audiogeräten CHF 198 und derjenige von Vision-Geräten CHF 894.



Tabelle 3: Durchschnittspreise für Kleinhaushalts-, Audio- und Vision-Geräte in der Schweiz, 2006

Kategorie	Umsatz (CHF Mio.)	Anzahl (Mio.)	Preis pro Stück (CHF)
<b>Kleinhaushaltsgeräte<sup>12</sup></b>	<b>404,3</b>	<b>3,5087</b>	<b>115</b>
- personal care <sup>13</sup>	93,4	1,3657	68
- Küchengeräte	181,7	1,365	133
- Espressomaschinen	107,8	0,3186	338
- Küchengeräte ohne Espressomaschinen	73,9	1,0464	71
- Andere Haushaltsgeräte <sup>14</sup>	129,2	0,778	166
<b>Audio</b>	<b>249,9</b>	<b>1,259</b>	<b>198</b>
- MP3-Player	96,3	0,6097	158
- CD-Player Portable	7,4	0,1175	63
- Home-Audio-Systeme	131,7	0,5596	235
- Radiorecorder	17,6	0,2491	71
<b>Vision inkl. VCR/DVD</b>	<b>1034,9</b>	<b>1,1579</b>	<b>894</b>
- Camcorder	63,8	0,079	808
- TV	835,7	0,5178	1614
- Plasma-TV	161,2	0,0499	3230
- LCD-TV	608,6	0,3189	1908
- CRT-TV	65,9	0,149	442
- Rear-Projector	3,7	0,0015	2467
- VCR & DVD	131,7	0,5596	235
- VCR	4,5	0,0221	204
- DVD Player	52,4	0,4022	130
- DVD Recorder	74,8	0,1353	553

Quelle: Berechnungen des Sekretariats basierend auf Daten der IHA-GfK, Management Report Home Electronics, 12/2006, Hergiswil.

127. Im Weiteren weist RBB Economics darauf hin, dass bei der Marktabgrenzung nicht berücksichtigt wurde, ob bei einem allfälligen Preisanstieg bei Kleinhaushaltsgeräten in Supermärkten und Warenhäusern im näheren Umkreis des Verbrauchers letzterer nicht auch weitere Wege in Kauf nehmen würde. Gerade dies sei die entscheidende Fragestellung der Marktabgrenzung nach dem SSNIP-Test.

128. Dem ist zu entgegnen, dass ein SSNIP-Test in diesem Verfahren als nicht notwendig erachtet wurde, da auch ohne SSNIP-Test genügend Indizien für eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes von Kleinhaushaltsgeräten vorlagen.

129. So würde ein 5- bis 10-prozentiger Preisanstieg, wie er bei SSNIP-Tests in der Regel angenommen wird, zu einem durchschnittlichen Preisanstieg von CHF 5.75–

11.50 bei Kleinhaushaltsgeräten führen, bei Personal-Care-Produkten und Küchengeräten ohne Espressomaschinen, die zusammen anzahlmässig rund 2/3 des Marktes ausmachen, gar "nur" zu einem durchschnittlichen Preisanstieg von rund CHF 3.50–7 (basierend auf dem Preisniveau für das Jahr 2006). Bei dieser eher vernachlässigbaren absoluten Ersparnis würden kaum Konsumenten einen weiteren Weg (als 20 Minuten) und die damit zumeist unmittelbar verbundenen Kosten in Kauf nehmen wollen.

<sup>12</sup> Ohne Ersatzteile "Personal Care".

<sup>13</sup> Ohne Ersatzteile.

<sup>14</sup> Bügeleisen und Staubsauger.

130. Eine mögliche Approximation von lokalen Märkten im Detailhandelsmarkt kann durch die Verwendung der sog. MS-Regionen (MS: Mobilité Spatiale) erreicht werden, welche die Schweiz basierend auf der räumlichen Mobilität flächendeckend in 106 Regionen aufteilt. Somit können die einzelnen Verkaufsstellen einer Region zugeteilt werden, d.h. man umgeht damit das Problem sich überlappender Marktkreise (jeweilige Einzugsgebiete um einen Standort).

131. Diese Approximation wird von RBB Economics kritisiert, u.a. da die ökonomische Realität für eine Überlappung von lokalen Märkten spreche. Insbesondere wird bemängelt, dass die Weko nicht überprüft habe, ob solche Substitutionsketten in der Schweiz bestehen könnten.

132. Substitutionsketten sind zwar nicht ausgeschlossen. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Substitutionsketten an verschiedenen Stellen unterbrochen werden und somit lokale Märkte bestehen. So sind in 29 MS-Regionen weder Fust noch Interdiscount mit einer Verkaufsstelle vertreten (Fust ist in 42 MS-Regionen und Interdiscount in 33 MS-Regionen nicht präsent). Diese Regionen umfassen insbesondere Teile von Graubünden und Glarus, Teile der Zentralschweiz (MS-Regionen: oberes Emmental, Entlebuch, Sarneraatal und Nidwalden) und Teile der Kantone Waadt und Fribourg (MS-Regionen: La Vallée, Gros-de-Vaud, Glâne-Veveyse, Sense und Schwarzwasser).

133. Zudem bringt Coop vor, dass die MS-Regionen im Widerspruch zum "20-Minuten-Konzept" stehen, da Überlappungen nicht berücksichtigt werden. So sind in den 18 "betroffenen" MS-Regionen (vgl. Tabelle 13) und den beiden MS-Regionen Biel und Visp (nur Carrefour als grosser Konkurrent) nicht nur eine grosse Zahl von Mitbewerbern für Kleinhaushaltsgeräte zu finden, sondern im Umkreis von 20 Autofahrminuten (von den Verkaufsstellen von Fust) Verkaufsstellen der grossen nationalen Mitbewerber vorhanden.

134. Dem Vorbringen der Parteien ist zu entgegnen, dass eine grosse Zahl der von Coop erwähnten Mitbewerber unabhängige Fachhändler sind, welche mit einem durchschnittlichen Marktanteil von 21 % bereits berücksichtigt wurden. Die von Coop genannten grossen nationalen Mitbewerber (Media Markt, Manor, Conforama, Darty, Hornbach, Placette) im Umkreis von 20 Autofahrminuten befinden sich zumeist ausserhalb der betreffenden MS-Region. Aus den Angaben von Coop geht hervor, dass in mehreren MS-Regionen keine grossen nationalen Wettbewerber von Coop, Fust und Migros in der Region selbst oder im angrenzenden Raum vorhanden sind. So befinden sich in drei MS-Regionen (Grenchen, Oberland Ost, Glarner Unterland) weder innerhalb der jeweiligen MS-Region noch in einem Umkreis von 20 Autofahrminuten von der jeweiligen in dieser MS-Region vorhandenen Fust-Verkaufsstelle (Grenchen, Interlaken, Netstal) grosse nationale Mitbewerber. In der MS-Region Visp ist der zu Fust (in Visp) nächstgelegene grosse Wettbewerber (ausgenommen: Carrefour) die Manor-Verkaufsstelle in Sidlers in 33 km resp. 36 Autofahrminuten Entfernung. Da die MS-Region flächenmässig verhältnismässig gross ist und Visp zentral gelegen ist, ist die Distanz zu diesem nächsten Wett-

bewerber von den meisten anderen Orten dieser MS-Region noch weiter. In mehreren weiteren MS-Regionen (Martigny, Oberthurgau, Pfannenstiel) liegt der nächstgelegene Wettbewerber von Coop/Fust und Migros in rund 20 km Entfernung und damit rund 20 Minuten von der Fust-Verkaufsstelle. Somit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass sich die Anzahl kritischer MS-Regionen, in denen der Wettbewerb durch den Zusammenschluss eingeschränkt wird, gegenüber der in der vorläufigen Beurteilung angenommenen Anzahl relativiert hat.

135. Die Annahme lokaler Märkte mittels MS-Regionen wird auch von Jelmoli bemängelt. Erstens weist Jelmoli darauf hin, dass die Einschätzung der einzelnen Fachhändler der Abwanderungsquote zu Media Markt (vgl. Tabellen 4–6) nicht davon abhängt, ob sich ein Media Markt in ihrer MS-Region befindet.

136. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass diese Frage allgemein und nicht bezogen auf die MS-Region des jeweiligen befragten Fachhändlers gestellt wurden.

137. Zweitens bringt Jelmoli vor, die Streuradien der Media Markt-Prospekte seien viel weiter als 20 Minuten.

138. Da Media Markt-Prospekte nebst Kleinhaushaltsgeräten auch andere Produktkategorien wie Audio/Vision und PC-Hardware enthalten, kann die Streuung dieser Prospekte nicht zur Messung der Einzugsradien von Media Markt für Kleinhaushaltsgeräte herangezogen werden.

139. Drittens führt Jelmoli weiter an, dass die Penetrationsrate (Anzahl Kauf- oder Mietverträge im Verhältnis zur Anzahl Haushalte in einer PLZ-Region) in den angeblich als kritisch identifizierten Regionen in etwa der nationalen Penetrationsrate entspricht und sieht dies als Indiz dafür, dass eine lokale Marktabgrenzung von 20 Autofahrminuten die Lebenswirklichkeit verfehle.

140. Dem ist entgegen zu halten, dass Miet- und Kaufverträge mit Fust v.a. für teurere Produkte abgeschlossen werden, zu welcher die überwiegende Anzahl von Kleinhaushaltsgeräten nicht zählt. Deshalb kann die Penetrationsrate nicht als Widerlegung der Annahme lokaler Märkte verwendet werden.

141. Viertens legt Jelmoli die Resultate einer Befragung der Fust-Kunden durch das Institut "Transferplus" vor. Sie weist darauf hin, dass auf die Frage "Haben Sie vor dem Kauf die Preise verglichen?" 44 % der Kunden in den sogenannten kritischen Regionen, aber nur 35 % der Kunden in den anderen Regionen, mit Ja antworteten und sieht dies als Indiz dafür, dass die Kunden in den "kritischen Regionen" viel stärker darauf bedacht sind, nicht zu viel zu bezahlen.

142. Dem ist zu entgegnen, dass, gemäss der eingereichten Beilage, allerdings auch deutlich mehr Kunden in den "kritischen Regionen" als in den übrigen Regionen antworteten, dass sie die Preise nicht verglichen hätten (53 % vs. 47 %). Dies ist darauf zurückzuführen, dass in den "kritischen Regionen" nur 4 %, in den übrigen Regionen aber 18 %, keine Angaben machten. Abgesehen davon kann mittels einer Quote der Kunden, die Preise verglichen haben, kaum auf den tatsächlichen räumlich

relevanten Markt für Kleinhaushaltsgeräte geschlossen werden.

143. Fünftens macht Jelmoli geltend, dass verschiedene ausländische Wettbewerbsbehörden elektrische Kleinhaushaltsgeräte nicht lokal abgegrenzt hätten. Jelmoli zitiert dabei Entscheide von Wettbewerbsbehörden aus Frankreich, Grossbritannien, Deutschland und der EU.

144. Dem ist entgegen zu halten, dass die räumliche Marktabgrenzung in den erwähnten Entscheiden in aller Regel offen gelassen wurde. Darüber hinaus erwähnt Jelmoli, dass keine publizierten Fälle des Bundeskartellamts (Deutschland) betreffend elektrische Haushaltsgeräte ausfindig gemacht werden konnten. Wie von Jelmoli zutreffend angenommen, kann der ausländischen Rechtsprechung nur eine indizielle Bedeutung zukommen.

145. Schliesslich machen die Parteien bezüglich der räumlichen Marktabgrenzung geltend, dass wichtige Entscheide wie die Preis- und Aktionspolitik von den wichtigsten Detailhändlern zentral gefasst und koordiniert werden und diese Händler ihre Produkte national bewerben und somit – sollte es lokale Märkte mit wenig Wettbewerbern geben – ein allfälliger geringerer Wettbewerbsdruck in gewissen Regionen nicht ausgenutzt werden könnte.

146. Dem ist zu entgegnen, dass Wettbewerb auch mittels Sortimentspolitik und Platzierung der Produkte in der Verkaufsstelle stattfinden kann. So besteht die Möglichkeit, in einer Region mit wenig Wettbewerbern vergleichsweise wenig Produkte im Einstiegspreissegment anzubieten bzw. diese ungünstig zu platzieren. RBB Economics weist darauf hin, dass die Platzierung eines Produktes im Laden einen wesentlichen Einfluss auf dessen Absatz haben kann.

147. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, soll die wettbewerbsrechtliche Analyse im Elektrogeräte-Handel aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur lokalen Zusammenhang beurteilt werden:

- Einerseits sind die bisher fünf grössten Anbieter (Fust, die zur Coop-Gruppe gehörende Interdiscount, Manor, Media Markt und m-electronics) gesamtschweizerisch tätig.
- Andererseits werden die für den Wettbewerb wichtigen Entscheide wie Preis- und Aktionspolitik von allen fünf wichtigsten Detailhändlern ausser Media Markt zentral gefasst und koordiniert. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auch auf der lokalen Ebene aus.

148. Als Fazit lässt sich ziehen, dass die geografische Dimension der Absatzmärkte sowohl national als auch lokal ist. Die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen betragen schätzungsgemäss ca. 20 Autofahrminuten für Kleinhaushaltsgeräte und 40 Autofahrminuten für Grosshaushaltsgeräte und Audio/Vision.

### B.2.2.2 Beschaffungsmärkte

149. Auf der Beschaffungsseite ist mindestens von einem schweizweiten Markt als räumlich relevanten Markt

auszugehen, unter Umständen gar europäischen oder internationalen, sofern die Normierung in der Schweiz für die jeweiligen Produkte nicht abweicht bzw. die Normierung keine bedeutenden Markteintrittsschranken bewirkt. In den meisten vorliegenden Produktgruppen sind zum grossen Teil "Global Players" und andere international tätige Hersteller der entsprechenden Elektrogeräte tätig, die ihre Produkte sowohl in der Schweiz als auch im Ausland vertreiben. Elektroprodukte unterliegen zudem zumeist keinen besonderen nationalen Konsumgewohnheiten, und schweizspezifische Anbieter sind die Ausnahme. Eine Ausnahme davon bilden Kucheneinbaugeräte. Diese haben beispielsweise ein schweizspezifisches Einbaumass von 55 cm und sind deshalb mit der Euronorm (60 cm) nicht kompatibel. Auf diesem Markt sind Schweizer Anbieter sehr präsent (z.B. Electrolux und V-Zug) und verfügen über bedeutende Marktanteile.

### B.3 Analyse der betroffenen Märkte

150. 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.

151. Diese Schwellen werden, basierend auf den Angaben der Parteien, aufgrund der kumulierten Marktanteile der beiden Parteien (jeweils in Klammer angegeben) für drei Produktgruppen überschritten: Kleinhaushaltsgeräte ([20–30] %), Audio ([20–30] %) und Vision ([20–30] %). Für zwei weitere Märkte, Foto ([10–20] %) und Spiele-Software ([10–20] %), werden diese Schwellen nicht erreicht.

#### B.3.1 Absatzmärkte

##### B.3.1.1 Marktteilnehmer

152. Auf dem Schweizer Elektrogeräte-Detailhandel sind derzeit vier grosse Vollsortimentanbieter tätig, Media Markt, Interdiscount, m-electronics und Fust, welche grundsätzlich sämtliche Produktgruppen in ihrem Sortiment führen.

153. Neben den Vollsortimentanbietern gibt es in allen Produktsegmenten auf die entsprechende Produktgruppe spezialisierte Fachgeschäfte, deren Anzahl je nach Produktgruppe variiert. Diese Spezialgeschäfte mit Teilsortimenten sind in der Mehrzahl unabhängige Einzelhändler. In einigen Produktsegmenten haben sich mehrere Einzelhändler wie beispielsweise bei der EP/Expert-Gruppe zu Einkaufsgemeinschaften zusammenschlossen, in anderen existieren Fachgeschäftsnetze (bspw. PC-Spezialist).

154. Sodann werden Elektrogeräte in Warenhäusern angeboten, deren Sortimentsschwerpunkte und Abteilungsgrössen vom jeweiligen Standort abhängig sind.

Marktteilnehmer in diesem Segment sind Coop-City, Manor etc.<sup>15</sup> Einen weiteren Absatzkanal stellen die Supermärkte dar, die schwerpunktmässig bei den Kleinhaushaltsgeräten eine wichtige Rolle spielen.

155. Die zur Coop-Gruppe gehörende Interdiscount und Fust verfügen in der Schweiz über die zwei flächendeckend dichtesten Vertriebsnetze im Bereich Vollsortimenter. Zusammen sind sie an über 300, meist gut frequentierten Standorten vertreten. Zudem verkauft Coop Haushaltsgeräte auch in seinen Warenhäusern (Coop-City), Hypermärkten und Fachmärkten (Bau+Hobby).

156. Media Markt verfügt über 18 Standorte<sup>16</sup> in der Schweiz, welche in Grossagglomerationen angesiedelt sind. Die Grossagglomerationen wie Zürich, Bern, Basel und Genf verfügen jeweils über mehrere Media Märkte. In Basel und Zürich ist Media Markt zudem im Stadtzentrum präsent. Migros verfügt über ca. 50 m-electronics-Geschäfte sowie eine Vielzahl von Supermärkten, welche ein unterschiedlich grosses Sortiment an Elektrogeräten vertreiben. Ein weiterer Wettbewerber ist Manor, welcher an ca. 50 Warenhaus-Standorten auch Haushalts- und Multimediageräte verkauft.<sup>17</sup> Conforama verkauft an 13 Standorten neben Möbel auch Haushalts- und Unterhaltungselektronik.<sup>18</sup> In der Westschweiz sind zwei weitere Anbieter tätig, namentlich Fnac<sup>19</sup> und Darty<sup>20</sup>.

### B.3.1.2 Begründung oder Verstärkung einer alleinigen Marktbeherrschung

#### B.3.1.2.1 Aktueller Wettbewerb auf den Absatzmärkten auf nationaler Ebene

157. Im Folgenden wird der aktuelle Wettbewerb auf den nationalen Absatzmärkten für Kleinhaushaltsgeräte und Audio/Vision untersucht. Dazu werden die Marktanteile auf dem nationalen Absatzmarkt dargelegt und die Rolle der Marktteilnehmer analysiert. Zudem werden die Marktanteilsverteilung und die unilateralen Effekte berücksichtigt.

##### B.3.1.2.1.1 Kleinhaushaltsgeräte

###### *Marktanteile und Rolle der Marktteilnehmer*

158. Die Analyse des nationalen Marktes für Kleinhaushaltsgeräte und somit auch die in Tabelle 4 geschätzten Marktanteile basieren auf einer Gesamtmarktschätzung durch die Parteien, welche sich auf Daten von IHA-GfK und des Fachverbands Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz (FEA) abstützt, sowie auf einer Gesamtmarktschätzung gemäss IHA-GfK. Mit einem geschätzten Gesamtmarktvolumen von rund CHF 680 Mio. ist die Schätzung der Parteien höher als die Schätzung gemäss IHA-GfK in Höhe von CHF 521,36 Mio., da beim FEA mehr Läden berücksichtigt sind.

Tabelle 4: Kleinhaushaltsgeräte – Marktanteile 2006, Schweiz

Unternehmen	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung durch Parteien [ %]	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung gemäss IHA-GfK [ %]
Coop	[10–20]	[10–20]
Fust	[10–20]	[20–30]
Coop/Fust	[20–30]	[30–40]
Migros	[20–30]	[20–30]
Media Markt	[0–10]	[10–20]
Manor	[0–10]	[0–10]
Carrefour	[0–10]	[0–10]
Andere	[30–40]	[10–20]
Schätzung Gesamtmarkt	CHF 680 Mio.	CHF 521 Mio.

Quelle: Umsätze der Unternehmen gemäss Angaben dieser Unternehmen, andere gestützt auf die jeweiligen Gesamtmarktschätzungen.

<sup>15</sup> Die Warenhäuser Jelmoli, Globus und Loeb führen selbst ein äusserst beschränktes Sortiment an Elektro-Haushaltsgeräten, verfügen aber teilweise über eine Shop-in-Shop-Filiale von Fust.

<sup>16</sup> Standorte Media Markt: Basel, Pratteln, Genf, Meyrin, Chur, Conthey, Crissier, Dietikon, Dietlikon, Grancia, Granges-Paccot, Muri bei Bern, Kriens, Lyssach, Oftringen, St. Gallen, Winterthur, Zürich Sihl City.

<sup>17</sup> Manor hat insgesamt über 70 Standorte in der Schweiz, die nicht alle über eine Abteilung mit Haushaltsgeräten und Multimedia verfügen. 51 Standorte wurden berücksichtigt (gemäss Liste von Manor).

<sup>18</sup> Standorte Conforama: Meyrin, Bussigny, Villeneuve, Conthey, Granges-Paccot, Alchenflüh-Lyssach, Emmen, Pratteln, Shafisheim, Schlieren, Wallisellen, St. Gallen, Grancia.

<sup>19</sup> 4 Standorte Fnac: Genf Rive, Genf Balaxert, Lausanne, Fribourg.

<sup>20</sup> 5 Standorte Darty: Crissier, Etoy, Villeneuve, Meyrin, Fribourg.

159. Die Parteien machen geltend, dass die von der Weko herangezogenen Volumina für Kleinhaushaltsgeräte zu tief seien. Zusätzlich zu dem bereits geltend gemachten Unterschied zwischen der Schätzung von Coop und derjenigen der IHA-GfK führen sie weitere CHF 141 Mio. an zusätzliche, durch Konkurrenten erwirtschaftete Umsätze aufgrund vorgängig nicht erfasster Absatzkanäle an (Aldi, Tchibo, OBI Märkte, rund 500 Elektronunternehmen, welche grösstenteils der eev angeschlossen sind, internationaler Internethandel, Drogerien, Apotheken usw.). Der gemeinsame Marktanteil von Coop/Fust aufgrund dieser Gesamtmarktschätzung von Jelmoli würde [20–30] % betragen.

160. Dem ist entgegen zu halten, dass für die Marktanteilsbewertung beide Schätzungen, diejenige des meldenden Unternehmens als auch diejenige von IHA-GfK, gleichwertig herangezogen wurden. Die Gesamtmarktschätzung von Coop wird denn auch nicht beanstandet. Die Marktanteile der Konkurrenten wurden gemäss Gesamtmarktvolumen von Coop berechnet. Aus erhebungstechnischen Gründen wäre die Erhebung der tatsächlichen Umsätze in den von den Parteien in der Stellungnahme zusätzlich aufgeführten Absatzkanälen nur mit unverhältnismässig hohen Kosten durchzuführen gewesen (repräsentative Datenerhebung für rund 2500 Apotheken/Drogerien, rund 500 Elektronunternehmen usw.).

161. Die weniger beratungs- und vermutungsweise weniger preissensitiven Kleinhaushaltsgeräte werden hauptsächlich in Warenhäusern und Supermärkten abgesetzt. Daneben kommen den Vollsortimentern und dem Internet eine gewisse Bedeutung zu. Letzteres wird nach Aussagen der Konkurrenten und Parteien weiter an Einfluss zunehmen.

162. Durch das geplante Zusammenschlussvorhaben erlangt Coop neu mit einem Marktanteil von rund [20–40] % die Marktführerschaft im Bereich Kleinhaushaltsgeräte in der Schweiz, wobei Fust [10–30] % an diesem Marktanteil beisteuert (vgl. Tabelle 4). Migros als Hauptkonkurrent folgt mit einem geschätzten Marktanteil (Gesamtmarktvolumen gemäss Parteien) von [20–30] %. Die zwei nächstgrössten Konkurrenten Media Markt und Manor weisen einen Marktanteil von jeweils [0–10] % (Gesamtmarktvolumen gemäss Parteien) auf. Die restlichen Anbieter von Kleinhaushaltsgeräten (Fachgeschäfte, Internet und Versandhandel) vereinigen neben den fünf in Tabelle 4 namentlich erwähnten Anbietern je nach Gesamtmarktschätzung [30–40] % resp. [10–20] % der Marktanteile auf sich.

163. Allein die Tatsache, dass Coop inklusive Fust und Interdiscount zum neuen Marktleader im Bereich Kleinhaushaltsgeräte wird, ist wettbewerbsrechtlich noch nicht als problematisch einzustufen. Es bleiben trotz einer beachtlichen Konzentration im Elektronik-Detailhandel mehrere wichtige Konkurrenten tätig. Im Bereich Kleinhaushaltsgeräte verfügt Migros über einen bedeutenden Marktanteil (vgl. Rz. 162). Die Kernkompetenz von Media Markt liegt zwar nicht im Bereich Kleinhaushaltsgeräte, dennoch erzielt auch er einen Marktanteil von [0–10] %.

### **Unilaterale Effekte**

164. In der einschlägigen ökonomischen Literatur geht man davon aus, dass eine Fusion in einer oligopolistischen Industrie mit differenzierten Produkten zu höheren Preisen führt, da der Zusammenschluss den direkten Wettbewerb zwischen den Fusionsparteien eliminiert ("unilateraler Effekt").<sup>21</sup> Dieser Effekt ist sowohl in der Literatur als auch in der wettbewerbspolitischen Praxis unbestritten.<sup>22</sup>

165. Interdiscount und Fust verfügen beide über ein flächendeckendes und dichtes Filialnetz in der Schweiz – Interdiscount hat 184 Standorte, Fust deren 145<sup>23</sup> – mit zumeist kleinen bis mittelgrossen und einigen wenigen grossen Elektrogeschäften mit entsprechender Sortimentsgrösse in Zentrumsnähe.<sup>24</sup> Coop ist mit seinen fast 800 Supermärkten und Megastores und 34 Warenhäusern in Zentrumsnähe als auch in der Peripherie ebenfalls gesamtschweizerisch tätig und steht v.a. im Bereich Kleinhaushaltsgeräte somit ebenfalls im direkten Wettbewerb zu Fust.<sup>25</sup> So sind die Fust-Filialen überwiegend nicht mehr als 20 Minuten vom nächsten Interdiscount entfernt (und vice versa). Lediglich in 13 der 106 MS-Regionen gibt es nur entweder eine Fust- oder eine Interdiscount-Filiale, in allen Regionen, in welchen Fust vertreten ist, befinden sich aber mindestens kleinere bis mittelgrosse Coop-Supermärkte.

166. Der Zusammenschluss führt deshalb in den meisten Regionen der Schweiz durch den Wegfall eines Konkurrenten im Bereich des Absatzes von Elektrogeräten allgemein und von Kleinhaushaltsgeräten im Speziellen zu einer Reduktion des Wettbewerbsdrucks und damit einem möglicherweise weniger intensiven Preiswettbewerb.

167. Coop, Interdiscount als auch Fust betreiben eine nationale Preispolitik, genauso wie Migros mit m-electronics. Hingegen kennt Media Markt keine solche Preispolitik.

168. Die Wettbewerbsbehörden haben die Konkurrenten von Coop und Fust dazu befragt, wie hoch gemäss ihrer Schätzung der jeweilige Anteil der Kunden wäre, welche zu verschiedenen Konkurrenten abwandern würden resp. nicht wechseln würden, wenn sich der Preis für

<sup>21</sup> Vgl. DENECKERE, R. J. und C. DAVIDSON (1985): "Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition", Rand Journal of Economics 16, S. 473–486.

<sup>22</sup> Das ist der Grund, weshalb die 1992 DOJ und FTC Merger Guidelines ein grosses Gewicht auf die Untersuchung unilateraler Effekte legen. Eine Illustration der Praxis findet sich in WERDEN G. J. (1996): "A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products", Journal of Industrial Economics 44, S. 409–413.

<sup>23</sup> Davon verkaufen 142 Kleinhaushaltsgeräte.

<sup>24</sup> Interdiscount hat zehn sog. XXL-Fachgeschäfte, Fust drei sog. Hyper-Fust.

<sup>25</sup> Demgegenüber weisen Media Markt oder die spezialisierten Einzelhändler eine andere Strategie auf. So befinden sich die 18 Standorte von Media Markt zumeist etwas in der Peripherie von Städten und weisen allesamt grosse Verkaufsflächen und ein vielfach breiteres und tieferes Sortiment auf. Die spezialisierten Einzelhändler mit überwiegend kleinen Verkaufsflächen und einem vergleichsweise begrenzten Sortiment legen den Schwerpunkt auf Beratungskompetenz und Service und stehen vermutungsweise vor allem im oberen Preissegment mit den beteiligten Unternehmen im Wettbewerb.

Kleinhaushaltsgeräte resp. für Audio/Vision um 10 % erhöhen würde. Solche Befragungen können ein Indiz dafür liefern, welches die jeweiligen nächsten Wettbewerber sind. Problematisch könnte die Befragung von Konkurrenten sein, sollten diese strategisch antworten. Dies könnte insbesondere bei den grossen Konkurrenten der Fall sein. Deshalb wurden nebst Migros, Media Markt und Manor auch unabhängige Fachhändler befragt. Nachfolgend werden für den Bereich Kleinhaushaltsgeräte zum Einen die Durchschnittswerte aus den Antworten der unabhängigen Fachhändler sowie der grössten Wettbewerber von Coop und Fust, zum Anderen (Migros, Media Markt und Manor) die Durchschnittswerte über alle Konkurrenten aufgezeigt.

169. Die Parteien halten fest, die Weko habe unter Berufung auf BGE 2A.327/2006 auf eine Konsumentenbefragung verzichtet, obwohl das Konsumentenverhalten als entscheidend für die materielle Beurteilung angesehen wird. Darüber hinaus wird vorgebracht, die Antworten aus den Konkurrentenbefragungen könnten grösstenteils strategischer Art sein und würden dennoch ungefiltert Einlass in die Entscheidungsbegründung finden.

170. Die Weko hat auf eine Konsumentenbefragung verzichtet, da eine solche im vorliegenden Fall als unverhältnismässig zu betrachten wäre. Aufgrund der kurzen Fristen haben die meisten anderen europäischen Wettbewerbsbehörden bisher ebenfalls auf Konsumentenbefragungen verzichtet.

171. Wie die Parteien feststellen, hat die Weko in ihrer Beurteilung festgehalten, dass die grossen Konkurrenten strategisch antworten könnten, eine Vielzahl von Kon-

kurrenten nicht geantwortet haben und die Antworten eine breite Streuung zeigen. Die Wettbewerbsbehörden haben denn auch die allenfalls strategischen Antworten aus Fragebögen von kleinen Konkurrenten (unabhängige Fachhändler) nicht zu Ungunsten der Parteien bewertet.

172. Betreffend unilaterale Effekte äussern sich die Parteien zur mangelnden Rechtsgrundlage für eine isolierte Berücksichtigung der unilateralen Effekte in der Schweizer Fusionskontrolle und weisen diesbezüglich auf einen fehlenden Hinweis auf eine allfällige Schweizer Praxis und Literatur hin. Eine Intervention aufgrund unilateraler Effekte ohne den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung sei unzulässig.

173. Wie die nachfolgenden drei Tabellen aufzeigen, würden gemäss Schätzungen der unabhängigen Fachhändler bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Kleinhaushaltsgeräten durch Interdiscount, Fust oder Coop City zwischen rund 22 % und 24 % der Kunden nicht wechseln, gemäss Schätzungen von Migros, Media Markt und Manor, welche die Kundenbindung deutlich höher einschätzen, rund 58 % bis 70 %. Anzumerken ist, dass sich die entsprechenden Durchschnitte teilweise nicht zu 100 % aufsummieren, insbesondere da bei vielen Antworten die Summe der Abwanderung und des Prozentsatzes für "kein Wechsel" nicht 100 % ergab.<sup>26</sup> Die Schätzungen der Konkurrenten, wie stark die Kunden zu den einzelnen Konkurrenten abwandern, variierten teilweise sehr stark.<sup>27</sup>

Tabelle 5: Prozentuale Abwanderung bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Kleinhaushaltsgeräten bei Interdiscount

Abwanderung zu ...	Durchschnittliche Abwanderung in % Antworten ... (in Klammer Anzahl Antworten)		
	von unabhängigen Fachhändlern (15)	von grosse Konkurrenten (3)	gesamthaft (18)
Fust	15	11	15
Coop City	6	0	5
m-electronics	12	8	11
Manor	4	6	4
Media Markt	18	10	17
Unabhängige Fachhändler	14	1	12
Andere	4	1	3
Kein Wechsel	22	63	29

<sup>26</sup> Zudem kann es aufgrund von Rundungen zu kleineren Abweichungen kommen.

<sup>27</sup> So betrug beispielsweise die geschätzte Abwanderung von Interdiscount zu Fust bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei ersterem von 0 % bis 50 %, während der durchschnittliche Wert (vgl. Tabelle 5) bei 15 % liegt.

Tabelle 6: Prozentuale Abwanderung bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Kleinhaushaltsgeräten bei Fust

Abwanderung zu ...	Durchschnittliche Abwanderung in % Antworten ... (in Klammer Anzahl Antworten)		
	von unabhängigen Fachhändlern (15)	von grossen Konkurrenten (3)	gesamthaft (18)
Interdiscount	16	9	15
Coop City	6	2	5
m-electronics	9	9	9
Manor	5	6	5
Media Markt	15	12	14
Unabhängige Fachhändler	15	3	13
Andere	3	3	3
Kein Wechsel	24	58	30

Tabelle 7: Prozentuale Abwanderung bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Kleinhaushaltsgeräten bei Coop City

Abwanderung zu ...	Durchschnittliche Abwanderung in % Antworten ... (in Klammer Anzahl Antworten)		
	von unabhängige Fachhändlern (15)	von grossen Konkurrenten (3)	gesamthaft (18)
Interdiscount	12	3	10
Fust	13	7	12
m-electronics	11	6	10
Manor	5	5	5
Media Markt	14	3	12
Unabhängige Fachhändler	9	4	8
Andere	7	2	6
Kein Wechsel	22	70	30

174. Aus Tabelle 5 kann entnommen werden, dass infolge einer Preiserhöhung bei Interdiscount von 10 % bei Kleinhaushaltsgeräten gesamthaft die grösste durchschnittliche Abwanderung für Kleinhaushaltsgeräte zu Media Markt (17 %), Fust (15 %), dem unabhängigen Fachhandel (12 %), m-electronics (11 %), Coop City (5 %) und schliesslich zu Manor (4 %) stattfinden würde. Rund 29 % der Konsumenten wechseln nicht.

175. Aus Tabelle 6 folgt, dass gemäss Schätzung der Konkurrenten eine 10-prozentige Preiserhöhung bei Kleinhaushaltsgeräten bei Fust zu einer Abwanderung zu Interdiscount (15 %), Media Markt (14 %), dem unabhängigen Fachhandel (13 %) und m-electronics (9 %), in geringerem Ausmass zu Coop City und Manor mit jeweils ca. 5 % führen könnte, während rund 30 % nicht wechseln.

176. Tabelle 7 zeigt schliesslich die geschätzte Abwanderung aufgrund einer Preiserhöhung von 10 % bei Kleinhaushaltsgeräten bei Coop City auf. Gesamthaft erfolgt demgemäss die grösste durchschnittliche Abwanderung zu Fust und Media Markt mit jeweils rund 12 %, zu Interdiscount und m-electronics mit jeweils rund 10 % und schliesslich zum Fachhandel mit ca. 8 % und Manor mit ca. 5 %.

177. Im Gegensatz zum unabhängigen Fachhandel, der Abwanderungen in seinen Kanal von jeweils rund 9–15 % schätzt, erachten die grossen Konkurrenten der Parteien auf dem Markt für Elektrogeräte diesen als eine unbedeutende Alternative (1–4 %).

178. Diese Analyse zeigt auf, dass im Bereich Kleinhaushaltsgeräte die nächsten Wettbewerber von Interdiscount Media Markt und Fust sind, von Fust wiederum

Interdiscount und Media Markt. Die nächsten Wettbewerber von Coop City im Bereich Kleinhaushaltsgeräte sind Fust und Media Markt. Daneben gibt es für Interdiscount, Fust und Coop-City jeweils mehrere weitere, etwas weniger nahe Alternativen. Daher kann nicht von einer stärkeren Substituierbarkeit zwischen den beteiligten Unternehmen Coop/Interdiscount und Fust verglichen mit deren Wettbewerbern ausgegangen werden. Erstens ist Media Markt als gleichwertiger Wettbewerber zu Interdiscount und Fust anzusehen und zweitens wird geschätzt, dass Abwanderungen auch zu den anderen Wettbewerbern stattfinden würden.

#### Fazit

179. Eine Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung von Coop/Fust auf dem nationalen Absatzmarkt für Kleinhaushaltsgeräte aufgrund des vorliegenden Zusammenschlusses erscheint somit als ausgeschlossen.

#### B.3.1.2.1.2 Audio/Vision

##### Marktanteile und Rolle der Marktteilnehmer

180. Auch in den Bereichen Audio und Vision basiert die Analyse des nationalen Marktes und der in den Tabellen 8 und 9 geschätzten Marktanteile auf jeweils zwei Gesamtmarktschätzungen.<sup>28</sup> Dabei liegt der wesentliche Unterschied der beiden Schätzungen im Miteinbezug einer Schätzung zum Internethandel in Höhe von CHF 145 Mio. für Audio/Vision bei der Gesamtmarktschätzung der Parteien.

181. Bei den Produkten der Unterhaltungselektronik handelt es sich um beratungsintensive und zum Teil innovative Produkte, bei denen in der Regel die Margen weitaus geringer ausfallen als bei Kleinhaushaltsgeräten und bei denen eine hohe Preissensibilität besteht. Etwa die Hälfte des Gesamtumsatzes wird über den spezialisierten Fachhandel erwirtschaftet, der hier nach Aussagen der befragten Konkurrenten seine Kernkompetenz hat.

Tabelle 8: Audio – Marktanteile 2006

Unternehmen	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung durch Parteien [ % ]	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung gemäss IHA-GfK [ % ]
Coop	[10-20]	[10-20]
Fust	[0-10]	[0-10]
Coop/Fust	[20-30]	[20-30]
Media Markt	[10-20]	[10-20]
Manor	[0-10]	[0-10]
Migros	[0-10]	[0-10]
Carrefour	[0-10]	[0-10]
Andere	[50-60]	[50-60]
Schätzung Gesamtmarkt <sup>29</sup>	CHF 480 Mio.	CHF 447 Mio.

Quelle: Umsätze der Unternehmen gemäss Angaben dieser Unternehmen, andere gestützt auf die jeweiligen Gesamtmarktschätzungen.

<sup>28</sup> Die Parteien stützen sich bei der Gesamtmarktschätzung des Audio/Vision-Marktes auf den Management Report Home Electronics 12/2006 der IHA-GfK, welcher einen Gesamtumsatz für Consumer Electronics von CHF 1553,3 Mio. bei einer Panelabdeckung von 83 % aufweist, was einem Gesamtmarkt von CHF 1871 Mio. entspricht. Diesem haben die Parteien eine Schätzung für den Online-Markt in Höhe von CHF 140 Mio. dazugerechnet (basierend auf einer Schätzung von CHF 165 Mio. für den gesamten Online-Braunwarenmarkt, welcher nebst Audio/Vision auch den Bereich Foto umfasst, Ausgangspunkt hierfür war eine Studie der IHA-GfK zum Online-Markt für 2005), was einen Gesamtmarkt für Consumer Electronics, d.h. für Audio/Vision, von CHF 2011 Mio. ergibt. Die Aufteilung von Consumer Electronics in Audio und Vision stützt sich auf folgende Schätzungen: vom Nicht-Online-Umsatz mit Con-

sumer Electronics entfallen 20 % auf Audio und 80 % auf Vision, vom Online-Umsatz mit Braunwaren 65 % auf Audio, 20 % auf Vision und 15 % auf Foto. Dies ergibt für Audio einen Gesamtumsatz von CHF 480 Mio., für Vision einen solchen von CHF 1531 Mio. Die zweite Gesamtmarktschätzung basiert ebenfalls auf der obgenannten Studie der IHA-GfK und somit einem Gesamtmarkt Audio/Vision von CHF 1871 Mio., wobei die Aufteilung in Audio und Vision gemäss der Aufteilung der Gesamtmarktschätzung der Parteien (23,87 % Audio, 76,13 % Vision) vorgenommen wurde.

<sup>29</sup> Die erste Zahl ist die Schätzung des Gesamtvolumens gemäss Parteien, die zweite Zahl diejenige gemäss Paneldaten der IHA-GfK und Daten der Parteien.



Tabelle 9: Vision – Marktanteile 2006

Unternehmen	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung durch Parteien [ %]	Marktanteil bei Gesamtmarktschätzung gemäss IHA-GfK [ %]
Coop	[10-20]	[10-20]
Fust	[10-20]	[10-20]
Coop/Fust	[20-30]	[20-30]
Media Markt	[10-20]	[10-20]
Migros	[0-10]	[0-10]
Manor	[0-10]	[0-10]
Carrefour	[0-10]	[0-10]
Andere	[50-60]	[50-60]
Schätzung Gesamtmarkt <sup>30</sup>	CHF 1531 Mio.	CHF 1425 Mio.

Quelle: Umsätze der Unternehmen gemäss Angaben dieser Unternehmen, andere gestützt auf die jeweiligen Gesamtschätzungen.

182. Durch das Zusammenschlussvorhaben baut Coop seine Marktführerschaft in den Bereichen Audio und Vision mit einem kumulierten Marktanteil von [20–30] % aus (vgl. Tabellen 8 und 9). Nummer zwei im Markt ist und bleibt Media Markt (Marktanteil [10–20] %). Manor, Migros (m-electronics) und Carrefour verfügen über Marktanteile von unter 10 %. Die sonstigen Anbieter, zu denen insbesondere der spezialisierte Fachhandel zählt, vereinigen rund die Hälfte des Marktes auf sich.

183. Zwar baut Coop mit Fust seine Marktführerschaft im Bereich Audio/Vision weiter aus, mit Media Markt existiert aber ein weiterer Anbieter mit einem signifikanten Marktanteil auf dem Markt für Audio/Vision. Zudem spielt im Bereich Audio/Vision der spezialisierte Fachhandel insbesondere durch seine ausgeprägte Beratungs- und Qualitätskompetenz eine bedeutende Rolle (vgl. Rz. 97 und 181).

#### **Unilaterale Effekte**

184. Die folgenden zwei Tabellen zeigen die Schätzungen der Konkurrenten von Coop und Fust über mögliche Abwanderungen auf.

185. Tabelle 10 kann entnommen werden, dass bei einer Preiserhöhung bei Interdiscount von 10 % gesamthaft die grösste durchschnittliche Abwanderung für Audio/Vision zugunsten von Media Markt (22 %) und danach zugunsten des unabhängigen Fachhandels (14 %), m-electronics (10 %) und Fust (9 %) und Manor (7 %) stattfinden würde.

186. Die Tabelle 11 zeigt auf, dass bei einer Preiserhöhung bei Fust von 10 % die grösste durchschnittliche Abwanderung für Audio/Vision zugunsten des unabhängigen Fachhandels und Media Markt (jeweils 18 %), danach zugunsten von m-electronics (10 %) und schliesslich zugunsten von Interdiscount und Manor (jeweils 7 %) stattfinden würde.

187. Die Abwanderung zum unabhängigen Fachhandel wird von diesem selbst bedeutend höher eingeschätzt als von den grossen Konkurrenten auf dem Detailhandelsmarkt für Audio/Vision-Produkte.

<sup>30</sup> Die erste Zahl ist die Schätzung des Gesamtvolumens gemäss Parteien, die zweite Zahl diejenige gemäss Paneldaten der IHA-GfK und Daten der Parteien.

Tabelle 10: Prozentuale Abwanderung bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Audio/Vision bei Interdiscount

Abwanderung zu ...	Durchschnittliche Abwanderung in % Antworten ... (in Klammer Anzahl Antworten)		
	von unabhängigen Fachhändlern (16)	von grossen Konkurrenten (3)	gesamthaft (19)
Fust	9	4	9
m-electronics	9	12	10
Manor	7	8	7
Media Markt	22	18	22
Unabhängige Fachhändler	15	7	14
Andere	6	15	8
Kein Wechsel	28	37	30

Tabelle 11: Prozentuale Abwanderung bei einer 10-prozentigen Preiserhöhung bei Audio/Vision bei Fust

Abwanderung zu ...	Durchschnittliche Abwanderung in % Antworten... (in Klammer Anzahl Antworten)		
	von unabhängigen Fachhändlern (13)	von grossen Konkurrenten (3)	gesamthaft (16)
Interdiscount	7	9	7
m-electronics	10	9	10
Manor	7	7	7
Media Markt	18	15	18
Unabhängige Fachhändler	21	6	18
Andere	7	11	8
Kein Wechsel	29	42	32

188. Wie im Bereich Kleinhaushaltsgeräte gibt es eine Abwanderung zu allen Mitbewerbern. Für Interdiscount ist der nächste Wettbewerber im Bereich Audio/Vision Media Markt, wohingegen Fust vergleichsweise ein deutlich schlechteres Substitut darstellt. Für Fust sind die nächsten Wettbewerber der unabhängige Fachhandel und Media Markt, wohingegen Interdiscount einer der am weitesten entfernten Wettbewerber ist. Als Fazit kann festgehalten werden, dass Interdiscount und Fust im Bereich Audio/Vision nicht die nächsten Wettbewerber sind.

189. Demgemäss können aus diesen Befragungen die zu Beginn der vertieften Prüfung geäusserten wettbewerbsrechtlichen Bedenken, Coop/Interdiscount und Fust seien die nächsten Wettbewerber, nicht bestätigt werden.

#### Fazit

190. Eine Begründung oder Verstärkung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung von Coop/Fust auf dem nationalen Absatzmarkt für Audio/Vision aufgrund des

vorliegenden Zusammenschlusses erscheint somit als ausgeschlossen.

#### B.3.1.2.2 Aktueller Wettbewerb auf den Absatzmärkten auf lokaler Ebene

191. Auf der lokalen Marktebene könnten sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen verschiedenen lokalen Märkten deutlich unterscheiden. Zur Beurteilung der lokalen Wettbewerbsverhältnisse wäre um jede Verkaufsstelle der Zusammenschlussparteien ein Marktkreis zu ziehen.<sup>31</sup> Wie in Rz. 121 ff. dargelegt, können als Approximation Marktradien für den Markt für Kleinhaushaltsgeräte von rund 20 Minuten, für die Märkte für Audio und Vision von rund 40 Minuten angenommen werden.

192. Allerdings lassen sich die Marktanteile auf den lokalen Märkten aus folgendem Grund nicht eindeutig bestimmen: Die flächendeckenden und dichten Ver-

<sup>31</sup> Coop/Epa, RPW 2002/3, S. 505 ff.

kaufsstellennetze von Coop, Interdiscount und Fust führen dazu, dass sich viele Verkaufsstellen in mehreren, sich überlappenden lokalen Märkten befinden. Verkaufsstellen, die sich im überlappenden Bereich der Marktkreise befinden, lassen sich jedoch nicht eindeutig einem lokalen Markt zuordnen.

193. Deshalb basiert die regionale Auswertung auf den 106 MS-Regionen. Die MS-Regionen eignen sich besonders für eine Approximation von ca. 20 Autofahrminuten und somit für Kleinhaushaltsgeräte, nicht aber für den Bereich Audio/Vision, bei welchem man von grösseren Marktradien ausgeht. Auch wenn die MS-Regionen teilweise sehr enge Marktradien darstellen, wurde aus praktischen Gründen in vorliegender Analyse auf die MS-Regionen zurückgegriffen.

194. Für die Verwendung der MS-Regionen spricht einerseits, dass sie eine systematische Zuordnung der Verkaufsstellen auf die lokalen Märkte erlauben. Andererseits reflektieren sie das räumliche Mobilitätsverhalten und sind damit auch für das Einkaufsverhalten von Bedeutung. Insofern kann eine MS-Region als Approximation an die bisher zugrunde gelegten Marktkreise interpretiert werden und so ein Indiz liefern, welche lokalen Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben besonders stark betroffen sind.

195. Explizit in den Markt für Kleinhaushaltsgeräte einbezogen wurden die betreffenden Umsätze für das Jahr 2006 der Migros-Supermärkte (M, MM, MMM), m-electronics-Stand-alone-Läden, Coop-Supermärkte (drei verschiedene Typen), -Megastores und -Warenhäuser sowie die Verkaufsstellen folgender Detailhändler: Fust (exkl. drei Läden, welche keine Kleinhaushaltsgeräte verkaufen), Interdiscount, Media Markt, Manor und Carrefour. Dabei wurde für jeden Ladentyp als Approximation ein durchschnittlicher Umsatz mit Kleinhaushaltsgeräten geschätzt (basierend auf Daten der jeweiligen Unternehmen).<sup>32</sup> Schliesslich wurde ein konstanter Marktanteil von 21 % des unabhängigen Fachhandels für jede MS-Region angenommen.<sup>33</sup>

196. Die Auswertung ergibt, dass das Zusammenschlussvorhaben in 14 MS-Regionen zu einer Marktanteilsaddition von Coop (inkl. Interdiscount) und Fust von mindestens 50 % führt (vgl. nachfolgende Tabelle). Es sind dies die folgenden Regionen: Aigle, Freiamt, Fricktal, Glarner Unterland, Jura, La Gruyère, Linthgebiet, Martigny, Neuchâtel, Pfannenstiel, Solothurn, Vevey, Zimmerberg und Zürcher Unterland. Nebst den Parteien ist Migros in all diesen Regionen vertreten, in vier der MS-Regionen zusätzlich Manor (Jura, Vevey, Neuchâtel, Solothurn). Media Markt, Carrefour und Darty führen keine Verkaufsstellen in diesen Regionen. Meistens haben beide Parteien in diesen Regionen jeweils Marktanteile im zweistelligen Prozentbereich (Ausnahme: Freiamt und Pfannenstiel). In diesen 14 Regionen beträgt die Zunahme des HHI zwischen [400–500] und [2100–2200] Punkten. Dies bedeutet, dass die Marktanteilsaddition teilweise sehr gross ist.

<sup>32</sup> Aus Verhältnismässigkeitsgründen wurden von den Parteien und den Konkurrenten lediglich die durchschnittlichen Umsätze im Bereich Kleinhaushaltsgeräte im Jahr 2006 pro Verkaufsstellentyp (z.B. Coop Megastore) resp. bei gewissen Konkurrenten lediglich der Gesamtumsatz mit Kleinhaushaltsgeräten in der Schweiz angefordert und nicht die genauen Umsatzdaten für Kleinhaushaltsgeräte jeder einzelnen Verkaufsstelle.

<sup>33</sup> IHA-GfK Management Report Home Electronics, September 2006–December 2006: Small domestic appliances, 2006: geschätzter Anteil am Panelmarkt der electrical specialists (in etwa "unabhängige Fachhändler") von 25,6 % bei einer geschätzten Panelabdeckung von 81 % ergibt einen Anteil der unabhängigen Fachhändler am Gesamtmarkt von 20,736 %.

Tabelle 12: MS-Regionen mit einem für die Coop-Gruppe und Fust kumulierten Marktanteil von mindestens 50 %

MS-Region	Marktanteil			HHI vorher	HHI nachher	HHI Delta
	Coop/ID	Fust	Coop/ID/Fust			
Aigle	[10–20]	[30–40]	[50–60]	[2300–2400]	[3600–3700]	[1200–1300]
Freiamt	[0–10]	[60–70]	[60–70]	[3800–3900]	[4300–4400]	[400–500]
Fricktal	[20–30]	[40–50]	[60–70]	[2500–2600]	[400–4500]	[1900–2000]
Glarner Unterland	[10–20]	[40–50]	[60–70]	[2800–2900]	[4500–4600]	[1600–1700]
Jura	[10–20]	[40–50]	[50–60]	[2300–2400]	[3400–3500]	[1000–1100]
La Gruyère	[20–30]	[40–50]	[60–70]	[2600–2700]	[4800–4900]	[2100–2200]
Linthgebiet	[10–20]	[50–60]	[60–70]	[3200–3300]	[4300–4400]	[1100–1200]
Martigny	[10–20]	[40–50]	[50–60]	[2600–2700]	[3700–3800]	[1100–1200]
Neuchâtel	[20–30]	[30–40]	[50–60]	[1800–1900]	[3100–3200]	[1300–1400]
Pfannenstiel	[0–10]	[40–50]	[50–60]	[2800–2900]	[3400–3500]	[500–600]
Solothurn	[10–20]	[30–40]	[50–60]	[2000–2100]	[3200–3300]	[1100–1200]
Vevey	[0–10]	[40–50]	[50–60]	[2500–2600]	[3200–3300]	[700–800]
Zimmerberg	[10–20]	[30–40]	[50–60]	[2300–2400]	[3400–3500]	[1000–1100]
Zürcher Unterland	[10–20]	[40–50]	[50–60]	[2400–2500]	[3600–3700]	[1100–1200]

Anmerkung: ID = Interdiscount.

197. Zusammenfassend führt das Zusammenschlussvorhaben in etwas über 10 % der MS-Regionen zu signifikanten Marktanteilsadditionen und kumulierten Marktanteilen von über 50 %. Eine alleinige marktbeherrschende Stellung ist nicht wahrscheinlich, aufgrund der von Migros in allen Regionen gehaltenen Marktanteile wird jedoch eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Coop und Migros geprüft.

### B.3.1.3 Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung im Bereich Kleinhaushaltsgeräte

198. Ein Zusammenschluss kann eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen – als kollektive Marktbeherrschung – begründen oder verstärken (im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG). Zu prüfen ist, ob erstens Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und ob zweitens ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird.<sup>34</sup> Zu prüfen ist vorliegend, ob durch den Zusammenschluss von Coop und Fust ein signifikantes Potential für kollusives Verhalten mit Migros besteht, welches eine kollektive Marktbeherrschung begründen oder verstärken könnte.

199. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop/Fust und Migros auf dem Markt für Kleinhaushaltsgeräte klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens. Folgende Kriterien sind für die Beurteilung heranzuziehen:<sup>35</sup> die Anzahl der beteiligten Unternehmen, deren Marktanteile, die Marktkonzentration, die Symmetrien, das Marktwachstum, die Markt-

transparenz, die Multimarktbeziehungen, die Stellung der Marktgegenseite und die potenzielle Konkurrenz.

### Anzahl beteiligter Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

200. Als ein erstes Indiz für eine kollektive Marktbeherrschung wird eine Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen von mindestens 50–60 % betrachtet.<sup>36</sup> Auf dem schweizerischen Markt für Kleinhaushaltsgeräte überschreiten Coop/Fust und Migros nach dem Zusammenschluss aufgrund der hohen Marktkonzentration (kumulierter Marktanteil [60–70] %) die Schwelle von 50–60 %. Deshalb ist es naheliegend, die Prüfung des Vorliegens einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auf Coop/Fust und Migros zu beschränken.<sup>37</sup> Auf anderen betroffenen Märkten bestehen derzeit keine Anhaltspunkte für eine allfällige, kollektive Marktbeherrschung.

<sup>34</sup> Die Wettbewerbsbehörde habe im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahre mit zu berücksichtigen (vgl. Botschaft zum KG vom 23. November 1994, S. 117).

<sup>35</sup> Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 39; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff., Rz. 162 ff.; vgl. auch EU-Leitlinien "Horizontale Zusammenschlüsse"; EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, IV/M.190; sowie die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 41 ff.

<sup>36</sup> Markt für Schlachtschweine – Teil A, RPW 2004/3, S. 701, Rz. 71.

<sup>37</sup> Im Übrigen wurde in der bisherigen kartellrechtlichen Praxis nur selten eine kollektiv marktbeherrschende Stellung durch mehr als zwei Unternehmen festgestellt (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 355 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 22. September 1999 in Sachen Airtours/First Choice, IV/M.1524.

201. Im relevanten Markt gibt es nur wenige grosse Wettbewerber und einige kleine Wettbewerber.

202. Die Umsatzzahlen von Coop/Fust und Migros im Jahr 2006 für Kleinhaushaltsgeräte betragen CHF [...] Mio. und CHF [...] Mio., was einem Marktanteil von rund [20–30] % bzw. [20–30] % entspricht. Die nächstgrössten Wettbewerber sind Media Markt und Manor mit Marktanteilen zwischen jeweils [0–10] %. Weitere Anbieter sind insbesondere die unabhängigen Fachhändler, welche häufig einer Einkaufsgemeinschaft, z.B. EP/Expert, angeschlossen sind. Nach dem Zusammenschluss verfügen die beiden grössten Anbieter auf dem Schweizer Markt für Kleinhaushaltsgeräte über einen gemeinsamen Marktanteil (K2) von [60–70] %.

203. Zur Rolle der beiden nächstgrösseren Anbieter von Kleinhaushaltsgeräten, Media Markt und Manor, kann zunächst betreffend Media Markt festgestellt werden, dass dieser nur einen verhältnismässig geringen Anteil seines Umsatzes mit Kleinhaushaltsgeräten erzielt. Nach eigenen Aussagen orientieren sich die Kunden von Media Markt in erster Linie an deren Werbung und erst in zweiter Linie am breiten Sortiment. Kleinhaushaltsgeräte sind dabei aufgrund ihrer zumeist niedrigeren Anschaffungswerte weniger für eine wirkungsvolle Werbung z.B. mittels, "Lockvogel-Angebote" geeignet, welche im Werbekonzept von Media Markt zu tragen kommen, als z.B. HiFi-Produkte. Es ist somit nicht zu erwarten, dass Media Markt insbesondere durch Preisdruck auf die allenfalls kollektiv marktbeherrschenden Coop/Fust und Migros im Bereich Kleinhaushaltsgeräte einen disziplinierenden Effekt ausüben kann. Media Markt ist zudem mit seinen sich hauptsächlich in grösseren Agglomerationen befindenden 18 Standorten in vielen lokalen Märkten nicht präsent, weshalb der Wettbewerb in letzteren Gebieten nur spielt, wenn in diesen darüber hinaus genügend andere Anbieter von Kleinhaushaltsgeräten tätig sind (Manor, Darty, Conforama etc.).

204. Zurzeit gibt es noch eine Reihe kleinerer Anbieter mit relativ geringen Marktanteilen (Vielzahl von kleinen Fachhändlern, Darty, Carrefour, Landi, Internetanbieter etc.). Eine solche oligopolistische Branchenstruktur wird mit dem Begriff "Oligopoly of Small and Large Firms" umschrieben. Ein zentraler Aspekt einer solchen Branchenstruktur ist, dass ein einzelner der kleinen Anbieter keinen disziplinierenden Effekt auf die "Large Firms" und demnach auch nicht auf eine allfällige kollektive Marktbeherrschung dieser "Large Firms" ausüben kann.

205. Das Gutachten von Drauz kritisiert, die Weko erkläre nicht näher, wieso es sich bei den hier erwähnten Unternehmen um "kleine Anbieter" handle, von denen effektiver Wettbewerb nicht ausgehen werde. Angesichts der Aktivitäten von Unternehmen wie Manor, Aldi, internationalen Einkaufs- und Marketingverbänden wie EP/Expert Partner oder namhaften Internetanbietern wie Amazon sei dies überraschend.

206. Dem ist entgegen zu halten, dass die von der Weko in Rz. 204 aufgeführten kleineren Anbieter zumeist Marktanteile von deutlich unter 5 % aufweisen.<sup>38</sup> Manor wurde von der Weko nicht als kleinerer Anbieter genannt (vgl. Rz. 203–204). Des Weiteren werden die z.B. der EP/Expert Partner Gruppe angeschlossenen Fachhänd-

ler von der Weko nicht als ein gemeinsam agierendes Unternehmen betrachtet. Zwar kann aus der gemeinsamen Beschaffung durchaus ein einheitliches Basissortiment entstehen, dennoch sind sie rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen und können gemäss Auskunft der Tetora AG (Zentrale der EP/Expert-Gruppe Schweiz) bei der Sortiments-, Preis- und Verkaufsstandortgestaltung frei entscheiden.<sup>39</sup> Schliesslich liefert der von Drauz namentlich genannte Internet-Anbieter Amazon weder von Deutschland noch von Frankreich aus Kleinhaushaltsgeräte in die Schweiz.

207. Der Umstand, dass nur zwei Unternehmen an der potenziellen kollektiven Marktbeherrschung beteiligt sind und der Markt darüber hinaus eine starke Konzentration aufweist, kann ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer stillschweigenden Kollusion darstellen.<sup>40</sup>

208. Betrachtet man einzelne Regionen, lassen sich teilweise noch höhere Konzentrationsgrade feststellen. In 57 der 106 MS-Regionen sind weder Media Markt, Manor noch Carrefour vertreten. In 67 Regionen kommt es zu einer Kumulierung der Marktanteile von Coop/Interdiscount und Fust. In all diesen Regionen ist auch Migros mit mindestens einer Verkaufsstelle (Supermarkt, m-electronics) vertreten.

209. In 18 MS-Regionen, in welchen es zwar Verkaufsstellen der Coop-Gruppe und der Migros gibt, aber keine von Media Markt, Manor oder Carrefour, kommt es durch die Fusion zu einer Marktanteilsaddition auf 79 % bei einem angenommenen Marktanteil des unabhängigen Fachhandels von 21 %) und somit möglicherweise zu einer kollektiven Marktbeherrschung (vgl. nachfolgende Tabelle). In 16 weiteren Regionen gibt es zwar weitere grosse Wettbewerber (in zweien davon – Biel und Visp – allerdings nur Carrefour), dennoch führt das Zusammenschlussvorhaben in diesen Regionen zu einer Marktanteilsaddition auf mindestens 60 %. Somit beträgt der gemeinsame Marktanteil in rund einem Drittel der MS-Regionen von Coop/Fust und Migros mindestens 60 %.

<sup>38</sup> Dem Sekretariat liegen keine Daten der schweizweiten Umsätze mit Kleinhaushaltsgeräten von Darty und Aldi für das Jahr 2006 vor. Aufgrund der mit fünf relativ geringen Anzahl Verkaufsstellen von Darty und der im Vergleich zu Deutschland deutlich geringeren Marktstellung von Aldi in der Schweiz im Lebensmittelbereich geht das Sekretariat davon aus, dass beide Wettbewerber in der Schweiz jeweils weniger als 5 % Marktanteile im Bereich Kleinhaushaltsgeräte haben. (Vgl. Rz. 237).

<sup>39</sup> Selbst wenn die der Tetora AG angeschlossenen Fachhändler als eine wirtschaftliche Einheit betrachtet würden, wäre der gemeinsame Marktanteil dieser Fachhändler unter 5 %.

<sup>40</sup> Vgl. TIROLE, J. (1988): *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, MA: MIT Press).

Tabelle 13: MS-Regionen mit einem für die Coop-Gruppe, Fust und Migros kumulierten Marktanteil von 79 %

MS-Region	Marktanteil			HHI vorher	HHI nachher	HHI Delta
	Coop/ID/ Migros	Fust	Coop/ID/ Fust/Migros			
Aigle	[30–40]	[30–40]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3100–3200]
Brugg-Zurzach	[50–60]	[20–30]	0.79	[3400–3500]	[6200–6300]	[2700–2800]
Freiamt	[10–20]	[60–70]	0.79	[3900–4000]	[6200–6300]	[2200–2300]
Fricktal	[30–40]	[40–50]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3100–3200]
Glarner Unterland	[30–40]	[40–50]	0.79	[3300–3400]	[6200–6300]	[2900–3000]
Grenchen	[40–50]	[30–40]	0.79	[3200–3300]	[6200–6300]	[3000–3100]
La Gruyère	[30–40]	[40–50]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3000–3100]
Linthgebiet	[20–30]	[50–60]	0.79	[3500–3600]	[6200–6300]	[2600–2700]
Martigny	[30–40]	[40–50]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3000–3100]
Mutschellen	[40–50]	[30–40]	0.79	[3200–3300]	[6200–6300]	[2900–3000]
Oberes Baselbiet	[50–60]	[20–30]	0.79	[3800–3900]	[6200–6300]	[2300–2400]
Oberland-Ost	[50–60]	[20–30]	0.79	[3400–3500]	[6200–6300]	[2700–2800]
Oberthurgau	[40–50]	[20–30]	0.79	[3300–3400]	[6200–6300]	[2900–3000]
Olten	[50–60]	[20–30]	0.79	[3600–3700]	[6200–6300]	[2600–2700]
Pfannenstiel	[30–40]	[40–50]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3000–3100]
Sursee-Seetal	[50–60]	[20–30]	0.79	[3600–3700]	[6200–6300]	[2500–2600]
Zimmerberg	[30–40]	[30–40]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3100–3200]
Zürcher Unterland	[30–40]	[40–50]	0.79	[3100–3200]	[6200–6300]	[3100–3200]

Anmerkung: ID = Interdiscount.

210. Die Parteien bringen vor, dass die Rolle bestehender Konkurrenten wie Media Markt oder Manor bei der Destabilisierung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung von Coop/Fust und Migros unterschätzt wurde. Jelmoli bringt insbesondere vor, dass Media Markt in seinen Prospekten auch mit Kleinhaushaltsgeräten werbe und seine Rolle als preisaggressiver Anbieter von Kleinhaushaltsgeräten von der Weko nicht richtig eingeschätzt wurde. Dazu verweist Jelmoli auf einen Artikel, in welchem der harte Konkurrenzkampf zwischen Fust/Interdiscount und Media Markt beschrieben ist.

211. Media Markt tätigt zwar Werbung mit Kleinhaushaltsgeräten. Aber aus den von Jelmoli eingereichten beiden Beispielen von Werbeprospekten Media Markts kann indes festgestellt werden, dass die Werbung mit Kleinhaushaltsgeräten nur jeweils auf einer Seite der beiden Prospekte (mit 8 resp. 16 Seiten) zu finden ist. Dies zeigt, dass das Segment "Kleinhaushaltsgeräte" eine untergeordnete Bedeutung für Media Markt hat.

### Symmetrien

212. Der Grad der Symmetrien zwischen Unternehmen wird als zentraler Indikator für eine mögliche kollektive Marktbeherrschung angeschaut.<sup>41</sup>

213. Während Coop vor dem Kauf von Fust [... weniger Umsatz] mit Kleinhaushaltsgeräten als Migros machte, besteht nach der Fusion eine deutlich symmetrischere Interessenskonstellation zwischen diesen beiden Grossverteilern auf dem Markt für Kleinhaushaltsgeräte. Letztere stellen für Migros einen Schwerpunkt in ihrem Elektrogeräte-Sortiment dar, während diese für die zur Coop-Gruppe gehörende Interdiscount eine vergleichsweise untergeordnete Rolle spielen. Dies würde sich durch den Kauf von Fust, einem Spezialisten für Weisswaren, verändern. So ergänzen sich die Sortimente von Interdiscount und Fust gut. Diese Beobachtung deckt sich mit der Aussage von Migros, wonach die Übernahme von Fust durch Migros einen klaren Vorteil für die Beschaffung dargestellt hätte, da Fust und Migros in vielen Segmenten ähnlich seien.

<sup>41</sup> Ivaldi M., B. Jullien, P. Rey, P. Seabright J. Tirole (2003): «The Economics of Tacit Collusion», Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse. Für die wettbewerbsrechtliche Praxis sei anstelle vieler verwiesen auf den Entscheid der EU-Kommission vom 22.7.1992 in Sachen Nestlé/Perrier, IV/M.190, Rz. 123.

214. Die Konzerngruppen Migros und Coop sind symmetrisch. Beide haben eine gleichartige Kundschaft und verfügen über ein ähnliches Ladenkonzept. Daneben sind weitere Ähnlichkeiten zu verzeichnen wie etwa Kundenbindungsprogramme.

215. Schliesslich sind die Interessensymmetrien ein weiterer Faktor für die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung. Eine solche besteht vorliegend in der faktischen Fernhaltung (weiterer) ausländischer Konkurrenten, z.B. von Dixons oder Saturn bzw. der Verlangsamung der Expansion von Media Markt. Gemäss Migros sei "unter allen Konkurrenten [...] Coop der wünschenswerteste Käufer gewesen". Dies ist als Indiz ähnlicher Interessen von Coop und Migros zu werten.

216. Die aufgeführten Symmetrien verstärken die durch die hohe Konzentration wahrscheinliche Tendenz zu kollektiv marktbeherrschendem Verhalten in einem signifikanten Ausmass.

217. Die Parteien bestreiten, dass das Zusammenschlussvorhaben die Symmetrien zwischen der Coop-Gruppe und der Migros-Gruppe im Bereich Kleinhaushaltsgeräte verstärkt. Coop macht geltend, dass sich die Migros- und Coop-Gruppe bereits vor dem allfälligen Zusammenschluss stark unterscheiden. Während die Migros Kleinhaushaltsgeräte immer in einer gewissen Nähe zu ihren Supermärkten als identifizierbaren Migros-Kanal anbiete, sei bei Coop der Hauptabsatzkanal für Kleinhaushaltsgeräte Interdiscount mit einem völlig eigenständigen Marktauftritt. Durch den Zusammenschluss werde sich die Asymmetrie noch verstärken, weil Coop sich mit Fust weiter vom Supermarktangebot der Migros entferne und durch die Ausrichtung auf Beratung weiter differenziere. Das Gutachten von Drauz bringt vor, dass die Weko für die Bestimmung der Symmetrie auf wichtige Faktoren wie unterschiedliche Vertriebskonzepte (Supermarkt, Discount und Fachhandel) der betroffenen Unternehmen nicht eingehe.

218. Dem Vorbringen der Parteien ist entgegenzuhalten, dass die Coop-Gruppe im Bereich Kleinhaushaltsgeräte mehr Umsatz im Absatzkanal Coop als in demjenigen von Interdiscount erzielt. Deshalb kann in dieser Hinsicht nicht von bedeutenden Asymmetrien zwischen der Coop-Gruppe und der Migros-Gruppe vor dem Zusammenschluss im Bereich Kleinhaushaltsgeräte ausgegangen werden. Darüber hinaus kann das Sortiment der ca. 50 m-electronics-Stand-alone nicht als Supermarktangebot bezeichnet werden, da es sämtliche Produktgruppen einer Elektro-Fachkette umfasst (Computer, Audio/Vision etc.). Schliesslich bilden Vertriebskonzepte wie "Discounter" oder "Fachhandel" bei Kleinhaushaltsgeräten keine klare Kategorien. So können die vier grössten Anbieter Media Markt, Interdiscount, Fust und m-electronics in der Tat als "Discounter" angesehen werden.<sup>42</sup>

### **Marktwachstum**

219. Der schweizerische Markt für Kleinhaushaltsgeräte ist ein weitgehend gesättigter Markt. 9 von 14 Wettbewerbern, die Kleinhaushaltsgeräte vertreiben, haben diesen Markt als gesättigt bezeichnet. Folglich können die Verhältnisse auf dem Gesamtmarkt als stabil betrachtet werden.

220. Der schweizerische Markt für Kleinhaushaltsgeräte ist gemäss dem Marktforschungsinstitut IHA-GfK zwischen 2004 und 2006 von CHF 397,9 Mio. auf CHF 422,3 Mio. gewachsen. Gemäss Aussagen von EP/Expert ist ein verstärktes Wachstum in den nächsten Jahren nicht zu erwarten. Das Wachstum im Bereich Kleinhaushaltsgeräte ist in den letzten Jahren vordergründig auf die Umsatzzunahme mit Espressomaschinen zurückzuführen.<sup>43</sup>

221. Bei Kleinhaushaltsgeräten sind Innovationen weniger wichtig als bei Consumer Electronics. Dies wurde von den Teilnehmern der Hearings sowie von Konkurrenten und Lieferanten im Rahmen der Beantwortung der Fragebögen bestätigt.

222. In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass stabile Marktverhältnisse die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung erhöhen.<sup>44</sup>

223. Jelmoli macht geltend, dass es sich bei Kleinhaushaltsgeräten um einen Wachstums- und Innovationsmarkt handle. Als Indiz für Wachstum führt sie u.a. an, dass die Anzahl Haushalte in der Schweiz in den nächsten Jahren und Jahrzehnten deutlich ansteigen werde. Sie gibt eine Studie an, die ein Wachstum an Haushalten zwischen 2000 und 2010 von 3,028 Mio. auf 3,341 Mio. prognostiziert, was einem jährlichen Wachstum von rund 1 % entspricht.<sup>45</sup> Bezüglich Innovation zählt sie verschiedene Beispiele, so im Bereich Kaffeemaschinen, Staubsauger und Bügelsysteme, auf. Bei Staubsaugern zählt sie u.a. beutellose Staubsauger auf.

224. Eine Zunahme der Haushalte um jährlich ein Prozent bewirkt nicht zwingend eine hohe Wachstumsrate bei Kleinhaushaltsgeräten. Betreffend Innovationen ist anzumerken, dass die Innovationen bei Kleinhaushaltsgeräten stärker in der Produktion liegen und bahnbrechende neue Markteinführungen im Vergleich zur Unterhaltungselektronik weniger häufig vorkommen. Die Einführung beutelloser Staubsauger liegt zum Beispiel über zehn Jahre zurück.

### **Markttransparenz**

225. Ist der Markt hinreichend transparent in Bezug auf den Schlüsselparameter "Preis", so erhöht dies die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Während Media Markt mit der Dauertiefpreisgarantie und Fust mit der 5-Tage-Tiefpreisgarantie wirbt, geht m-electronics gemäss eigenen Angaben davon aus, dass er der billigste Anbieter bei Kleinhaushaltsgeräten sei.

<sup>43</sup> Von CHF 24,4 Mio. Umsatzzunahme bei Kleinhaushaltsgeräten zwischen 2004 und 2006 sind CHF 7,7 Mio. auf die Umsatzzunahme bei Espressomaschinen zurückzuführen.

<sup>44</sup> TIROLE, JEAN (1988): *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, MA: MIT Press); vgl. auch Entscheid der EU-Kommission vom 21.12.1993 in Sachen Pilkington-Techint/SIV, IV/M.358. In *UBS/SBV* wurden die bescheidenen Wachstumsraten des Marktes für Kredite an Firmenkunden als wettbewerbswidriges Verhalten fördernd angesehen (RPW 1998/2, S. 311). In *Bell AG/SEG-Poulets AG* erachtete die Weko die Wahrscheinlichkeit von Kollusion (unter den gleichen Voraussetzungen) ebenfalls als erhöht (RPW, 1998/3, S. 405).

<sup>45</sup> Für 2020 werden 3,612 Mio. Haushalte prognostiziert, was einem jährlichen Wachstum von 2010 bis 2020 von rund 0,8 % entspricht.

<sup>46</sup> Die klassische Referenz ist STIGLER, GEORGE J. (1964): "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy* 72, 44–61. Eine neuere Darstellung findet sich in GREEN, E. J. und R. H. PORTER (1984): "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", *Econometrica* 52, S. 87–100.

226. Bei Konsumgütern sind die Preise transparenter als bei Dienstleistungen, bei welchen zusätzliche Faktoren wie Zeit, Art der Ausführung und Rabatt eine grosse Rolle spielen.

227. Die Preise bei Elektrogeräten sind weitgehend transparent, weil sie in den Geschäften klar angeschrieben sind. Zudem können die Preise im Internet verglichen werden. Bei Kleinhaushaltsgeräten kommt hinzu, dass sich die Preise im Laufe der Zeit nicht so schnell verändern wie z.B. in der Unterhaltungselektronik, wo die Produkte kürzere Lebenszyklen aufweisen und ein Modell oft schnell durch ein anderes ersetzt wird.

228. Eine hohe Markttransparenz erleichtert kollusives Verhalten. Darüber hinaus verstärken häufige Interaktionen auf den Produktmärkten und häufige Preisanpassungen das Potential für kollusives Verhalten.<sup>47</sup> Die beiden Faktoren häufige Interaktion (wöchentlich) als auch häufige Preisanpassungen (je nach Produktgruppe wöchentlich) sind im schweizerischen Elektromarkt als vorhanden zu betrachten.

229. Diese Markttransparenz wird auch von den Grossverteilern von Elektrogeräten genutzt. Zum Beispiel tätigt Manor ein "Preiscontrolling" gegenüber seinen Hauptkonkurrenten mittels eines Panels von 100 Produkten. Gemäss eigenen Angaben passt Media Markt seine Preise bei Preissenkungen der Mitbewerber täglich (in den 18 Märkten) und wöchentlich (Zentrale) an.

230. Damit ist eine ausreichende Transparenz gegeben, um ein kollusives Verhalten zu ermöglichen und allfällige Abweichungen von kollusivem Verhalten zu entdecken.

231. Bezüglich Markttransparenz machen die Parteien geltend, dass es bei der Vielzahl der Produkte im Bereich Kleinhaushaltsgeräte unmöglich ist, die Preisentwicklung zu verfolgen, zu kontrollieren und Abweichungen vom stillschweigend angenommenen Zielpreis zu bestrafen.

232. Es ist zwar leichter, den Preis für ein einziges homogenes Produkt zu koordinieren als Hunderte von Preisen in einem Markt mit vielen differenzierten Erzeugnissen.<sup>48</sup> Indes ist auch eine Abstimmung über ein breites Sortiment möglich. So lassen sich "z.B. einfache Preisfindungsregeln anwenden, was weniger kompliziert wäre, als sich über eine grosse Anzahl von Preisen abzustimmen".<sup>49</sup> Hersteller von Elektrogeräten stellen in der Regel unverbindliche Preislisten für den Wiederverkauf ihrer Produkte zur Verfügung. Solche Listen könnten Preisabstimmungen vereinfachen, z.B. dahingehend, dass die Listenpreise nicht mehr als ein bestimmter Prozentsatz unterschritten werden dürfen.

233. Soweit es um die Bestrafung eines abweichenden Verhaltens geht, kann diese im Markt für Kleinhaushaltsgeräte zeitlich ohne Verzug erfolgen, da Preisanpassungen nach kurzer Zeit vorgenommen werden können, sei es als Anpassung des regulären Preises oder z.B. mittels Aktionen (vgl. Rz. 229). Ein möglicher Bestrafungsmechanismus wäre es, auf eine Preissenkung eines Konkurrenten mit einer eigenen Preissenkung desjenigen Produktes zu reagieren, welches mit dem anderen Produkt am meisten substituierbar ist.

### **Multimarktbeziehungen**

234. Die Stabilität kollusiven Verhaltens wird erhöht, wenn Unternehmen auf mehreren Märkten interagieren.<sup>50</sup> Die Verluste, welche durch den Zusammenbruch der impliziten Kollusion entstehen, sind beim Vorliegen von Multimarktbeziehungen grösser, als wenn man der Markt für Elektrogeräte isoliert betrachtet wird.

235. Bei Migros und Coop gibt es aufgrund der Geschäftstätigkeiten eine Vielzahl von Multimarktbeziehungen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hier, nebst den Beziehungen im Elektrogerätemarkt, die Beziehungen in folgenden Märkten genannt: im Lebensmitteleinzelhandel, im Fleischmarkt (Bell AG und Micarna), im Gastronomiemarkt (Coop Restaurants und M-Restaurants), im Grosshandel (TransGourmet und CCA), bei den Baumärkten (Coop Bau+Hobby und Migros DO IT+GARDEN), im Kreditkartenmarkt (SUPERCARDplus und M-Budget-Kreditkarte) und im Treibstoff- und Convenience-Markt (Coop Pronto Shop mit Tankstelle und Migrol Tankstellen mit avec-Läden).<sup>51</sup>

### **Stellung der Marktgegenseite**

236. Wenn Käufer über eine ausgleichende Marktmacht verfügen ("Countervailing Buyer Power"), ist die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung weniger ausgeprägt. Auf dem schweizerischen Detailhandelsmarkt haben die Konsumenten indes keine Marktmacht, durch die eine allfällige kollektive Marktbeherrschung von Coop/Fust und Migros destabilisiert werden könnte.

### **Potenzielle Konkurrenz**

237. Das Bestehen von Marktzutrittsschranken stellt einen weiteren wichtigen Faktor für die Möglichkeit stillschweigender Koordination dar, da durch sie die "Large Firms" Coop/Fust und Migros vor neu eintretenden Anbietern geschützt werden (und damit Wettbewerbsdruck durch potenzielle Wettbewerber fehlt).<sup>52</sup>

238. Die Konkurrenten lieferten keine substantiellen Informationen über die Markteintrittsbarrieren betreffend den Elektrogeräte-Markt in der Schweiz.

239. In den letzten Jahren haben drei neue Elektrogeräte-Anbieter im Schweizer Markt Fuss gefasst. Der erfolgreichste davon ist Media Markt, welcher im Jahr 1994 in den Schweizer Markt eingetreten ist und bis zum vorliegenden Zusammenschluss in mehreren Teilmärkten umsatzmässig der Marktführer ist. Fnac hat den Schweizer Markt im Jahr 2000 betreten und verfügt zurzeit über vier Geschäfte in der Westschweiz. Ein fünftes Geschäft

<sup>47</sup> Vgl. SCHERER, F. M. (1980): *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Chicago: Rand McNally) und IVALDI et al. (2003), a.a.O.

<sup>48</sup> Vgl. EU-Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse, Rz. 45.

<sup>49</sup> Vgl. EU-Leitlinien horizontale Zusammenschlüsse, Rz. 47.

<sup>50</sup> Die klassische Referenz ist BERNHEIM, B. D. und M. D. WHINSTON (1990): "Multimarket Contact and Collusive Behavior", *Rand Journal of Economics* 21, S. 1–26. Für empirische Evidenz sei stellvertretend verwiesen auf PARKER, P. H. und L.-H. RÖLLER (1997): "Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger", *American Economic Review* 75, S. 219–227.

<sup>51</sup> Die Beziehungen von Coop (über die Bell AG) und Migros (Micarna) wurden von der Weko vertieft analysiert. Vgl. Bell AG/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, S. 392 ff.

<sup>52</sup> Vgl. IVALDI et al. (2003), a.a.O.



wird in Kürze in Basel eröffnet. Darty hat sein erstes Geschäft in der Schweiz im September 2005 eröffnet und verfügt derzeit über fünf Geschäfte ausschliesslich in der Westschweiz.

240. Grundsätzlich bestehen im Vergleich zum Lebensmittelhandel tiefere Markteintrittshürden, etwa in Bezug auf die Notwendigkeit des Erreichens einer kritischen Grösse oder den Zugang zu den Beschaffungsmärkten.

241. Der Internethandel spielt im Bereich Kleinhaushaltsgeräte eine kleinere Rolle als im Unterhaltungselektronik-Bereich (vgl. Rz. 108 ff.). Es ist auch nicht zu erwarten, dass der Anteil in ersterem in den nächsten Jahren bedeutend zunehmen wird, selbst wenn der Anteil des Internethandels im gesamten Elektronik-Bereich weiter steigen sollte.

#### Standorte

242. Es kann festgehalten werden, dass zahlreiche günstige Lagen für Verkaufsstellen, insbesondere in Zentrumsnähe, bereits von Fust, Interdiscount, Coop-City oder m-electronics besetzt sind. Zudem ist Fust in einer Vielzahl von grossen Kaufhäusern in Städten vertreten, wie beispielsweise bei Globus, Loeb und Jelmoli. Ein Markteintritt in diesem Bereich hoch frequentierter, zentrumsnaher Lagen ist demzufolge nicht einfach.

243. Gemäss Aussagen der Konkurrenten wäre eine Expansion vor allem bei Grossflächen erwünscht. In Zusammenhang mit den Grossflächen ist die besondere Situation in Einkaufszentren zu erwähnen. In der Schweiz wurde in den letzten Jahren eine grosse Anzahl von Einkaufszentren geplant bzw. gebaut (z.B. Bern Westside, Ebikon, Stadion St. Gallen).<sup>53</sup> Daneben sind Flächenerweiterungen im Rahmen von Modernisierungsprojekten bestehender Einkaufszentren geplant. Insgesamt ergebe sich ein Total an Verkaufsflächenzuwachs von ca. 35 % zwischen 2002 und 2007/2008. Diese Expansion der Verkaufsfläche ermöglicht es neuen bzw. bestehenden Konkurrenten neue Filialen zu eröffnen und erleichtert grundsätzlich den Markteintritt.

244. Allerdings sind die Verkaufsflächen in diesen projektierten bzw. fertiggestellten Einkaufszentren mehrheitlich bereits durch die drei Anbieter Interdiscount, Fust oder m-electronics belegt. Dies wurde und wird dadurch begünstigt, dass die Einkaufszentren meist entweder im Besitz von Coop oder Migros sind bzw. diese als Hauptmieter haben. Migros erwähnt jedoch, dass man grundsätzlich nicht die Konkurrenz im 'eigenen' Haus haben wolle, jedoch sei aus Gründen der Gesamtattraktivität der Standorte die Vermietung an Konkurrenten nicht generell auszuschliessen, was im Fall St. Gallen bereits Tatsache sei. Aufgrund der hohen Anzahl von Einkaufszentren, welche über keine freien Verkaufsflächen mehr verfügen, wird die Expansion bzw. der Eintritt von neuen Wettbewerbern in Zukunft allerdings viel schwieriger als bislang, da weitere Bauprojekte in dieser Grössenordnung nicht ersichtlich sind.

245. Alle vier grossen Mitbewerber (Media Markt, m-electronics, Manor, EP/Expert) haben dargelegt, dass die höchste Markteintrittsbarriere darin bestehe, gute (neue) Standorte zu finden. Migros hält fest, dass die Mega-Standorte schon bebaut und vergeben seien. Die Standorte werden demnach die gleichen bleiben.

246. Neben den bereits stattgefundenen Eintritten (vgl. Rz. 239) seien gemäss Konkurrenten insbesondere Saturn und Dixons seit langem auf der Suche nach geeigneten Standorten.

247. Insgesamt gehen die Konkurrenten derzeit von einer Sättigung des Marktes aus. Nur vereinzelt stehen Neueröffnungen bevor (z.B. von Manor mit zwei neuen Standorten). Aldi wird sich mit seinen periodischen Angeboten und dem Vorteil der hohen Frequentierung insbesondere im Bereich Kleinhaushaltsgeräte zwar etablieren, eine tragende Rolle auf dem Elektrogerätemarkt wird jedoch Aldi nicht zugeschrieben.

248. Hierzu machen die Parteien im Wesentlichen geltend, dass insbesondere Media Markt, Fnac und Darty ihre Expansion in der Schweiz weiter vorantreiben werden. Saturn eröffne 2009 eine Filiale in Basel, die erste von insgesamt zwölf in der Schweiz geplanten. Sie erwähnen zudem Aldi und Tchibo als sog. "category killers" mit einer aggressiven Preispolitik.

249. Diesen Einwänden ist zu entgegnen, dass Fnac weder in der Schweiz noch im Ausland Kleinhaushaltsgeräte in ihrem Sortiment führt. Zudem ist zu erwarten, dass die Expansion der direkten Konkurrenten der Parteien im Bereich Kleinhaushaltsgeräte in den nächsten zwei bis fünf Jahren relativ bescheiden ausfallen wird. So plant Media Markt zwar zu expandieren, konkrete Pläne sind der Weko allerdings derzeit nicht bekannt. Selbst wenn sie in kürzerer Frist zwei neue Filialen eröffnen würde, würde ihr Marktanteil bei Kleinhaushaltsgeräten, unter Annahme gleichbleibender Marktanteile pro Filiale, nur um < 2 % zunehmen. Gemäss Darty hat diese sechs bis acht Filialen in der Schweiz anvisiert.<sup>54</sup> Mit mittlerweile fünf Filialen scheint Darty ihrem Ziel schon sehr nahe. Die von den Parteien erwähnte Eröffnung der Saturn-Filiale in Basel ist zurzeit das einzige bekannte, konkrete Projekt von Saturn in der Schweiz. In Deutschland befinden sich die Saturn-Filialen zur Hauptsache auf städtischem Gebiet, verfügen über grosse Verkaufsflächen und führen ein etwas gehobeneres Sortiment (im Vergleich zu z.B. Media Markt). Es ist zu erwarten, dass dieses Konzept auch in der Schweiz umgesetzt wird. Aufgrund der zu erwartenden schwierigen Standortsuche ist damit zu rechnen, dass die Expansion von Saturn eher langsam vonstatten geht.

250. Die von den Parteien gemachten Zusagen betreffend Eigenständigkeit von Fust im Bereich Kleinhaushaltsgeräte und Exklusivität gehen ein auf die Bedenken der Weko hinsichtlich der zwar vorhandenen potentiellen Konkurrenz, deren Eintreten aber nicht genügend rasch und deren Umfang nicht genügend gross ist, um einen disziplinierenden Effekt auf die Teilnehmer einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung im Bereich Kleinhaushaltsgeräte auszuüben.

<sup>53</sup> Gemäss der IHA-GfK-Studie «Detailhandel Schweiz 2006» waren im Mai 2006 12 neue Einkaufszentren mit Flächen ab 7'000 m<sup>2</sup> in Planung.

<sup>54</sup> Aussage des Präsidenten des Verwaltungsrats von Darty Schweiz publiziert in der Zeitung «Le Régional» vom 7. September 2005.

251. Aufgrund der Optimierung der Beschaffung durch den gemeinsamen Einkauf von Coop, Interdiscount und Fust besteht die Gefahr, dass das Sortiment von Fust demjenigen von Interdiscount und Coop angeglichen wird und sich somit die Auswahl für den Konsumenten, insbesondere bezüglich Kleinhaushaltsgeräte, verringert. Da in einigen Regionen nebst den Läden der Coop-Gruppe (inkl. Fust) und der Migros keine anderen grossen Konkurrenten im Bereich Kleinhaushaltsgeräte vertreten sind, können die Kunden in diesen Regionen nur schwer zu einem anderen Anbieter wechseln.

252. Bereits in der Meldung hat Coop die Weiterführung von Fust als eigene Marke angekündigt. Allerdings besteht trotz Eigenständigkeit von Fust grundsätzlich die Möglichkeit einer Anpassung der Sortimente durch entsprechende Aktionen seitens Coop. Mit der Auflage soll sichergestellt werden, dass sich das Sortiment tatsächlich weiterhin unterscheiden wird und den Kunden somit eine Wahlfreiheit sichergestellt werden kann. Schliesslich kann damit verhindert werden, dass die starke Stellung von Fust auf den Absatzmärkten für Kleinhaushaltsgeräte sowie im Bereich Servicedienstleistungen direkt auf andere Absatzkanäle der Coop-Gruppe übertragen werden kann.

253. In Bezug auf die Bedeutung von Aldi ist anzumerken, dass – selbst wenn Aldi und weitere (Lebensmittel-) Discounter einen ähnlich hohen Marktanteil wie in Deutschland von rund 30 % hätten – der Einfluss dieser Discounter auf den Bereich Elektrogeräte beschränkt wäre. So betrug der Marktanteil (umsatzmässig) der Lebensmittel-Discounter in Deutschland für Unterhaltungselektronik 2004 rund 10 %<sup>55</sup> und für Kleinhaushaltsgeräte ist ein ähnlicher Marktanteil zu erwarten.<sup>56</sup>

254. Im Bereich Elektrogeräte sind verschiedene Strategien von Herstellern zu beobachten, die dazu führen, dass ihre Produkte von gewissen Händlern nur beschränkt oder gar nicht angeboten werden. So gibt es gemäss Media Markt bspw. bei Produkten der Firma V-Zug Preislisten, die werbetechnisch nicht unterschritten werden dürfen, da man sonst zu ungünstigen Konditionen beliefert werde. Dies sei insbesondere im Bereich Grosshaushaltsgeräte zu beobachten. Im Vergleich dazu spiele der Markt für Kleinhaushaltsgeräte gemäss Media Markt auf der Absatzseite besser. "In der Regel könne man die gewünschte Ware einkaufen. Bei gewissen Marken sei dies jedoch auch schwierig." Migros erwähnt, dass sie [eine bestimmte Weisswarenmarke] nicht erhalte. Auch in anderen Elektrogeräte-Bereichen finden sich Beispiele von exklusivem Lieferverhalten. So führt Interdiscount gemäss Manor Exklusivitäten auf Produktlinien von Sony, Philips und Panasonic im Bereich Unterhaltungselektronik und Migros wird gemäss eigenen Angaben [von einem Hersteller für Unterhaltungselektronik] nicht mit [einem bestimmten Produkt] beliefert.

255. Bereits jetzt hat Fust starke Partnerschaften, insbesondere mit bekannten Herstellern von Weisswaren, welche sich faktisch wie Exklusivitäten bzw. Quasi-Exklusivitäten auswirken. Es ist zu befürchten, dass Coop mit dem Kauf von Fust ihre Stellung im Bereich des Detailhandels für Elektrogeräte derart stärkt, dass sie in der Lage ist, von Herstellern Exklusivitäten zu fordern resp. zu zementieren. Dies könnte den

Markteintritt neuer Wettbewerber resp. die Expansion bereits bestehender Konkurrenten erschweren.

256. Die Parteien machen geltend, dass sich die Weko bezüglich Erwägungen zu den Exklusivitäten und den daraus resultierenden Bedenken betreffend allfälliger Markteintrittsbarrieren nicht auf eine ausreichende Anzahl von Aussagen stützt.

257. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Erwägungen der Weko auf Aussagen mehrerer Konkurrenten basieren (vgl. Rz. 248 und 255) und der exklusive Vertrieb von [einem Hersteller von Haushaltsgeräten] in der Schweiz von der meldenden Partei selbst aufgeführt wurde.

258. Aufgrund der von den Parteien vorgeschlagenen Auflage 1, wonach auf Exklusivvereinbarungen mit Herstellern von Weiss- und Braunwaren verzichtet wird, ist zu erwarten, dass die negativen Auswirkungen auf die Lieferanten, welche auf den neu gemeinsamen Einkauf von Coop und Fust zurückzuführen sind, durch einen verbesserten Zugang der Lieferanten zu verschiedenen Abnehmern kompensiert werden können. Durch den dadurch entstehenden positiven Effekt können die wettbewerbsrechtlichen Bedenken verringert werden.

#### *Fust, eine strategische Barriere?*

259. Drei Hauptkonkurrenten haben den von Coop bezahlten Preis für Fust als sehr hoch beurteilt. Es fehlen den Konkurrenten zufolge allerdings Detailinformationen über zugehörige Immobilien für eine fundierte Einschätzung. Ein angemessener Return-on-Investment könne allerdings vermutungsweise nur langfristig erzielt werden.

#### *Hohe Kundenbindung*

260. Aufgrund des Einkaufsverhaltens von Konsumenten bei Kleinhaushaltsgeräten, das dem von Verbrauchsartikeln ähnelt, ist es schwierig, Coop und Migros mit ihrer sehr hohen Standortdichte und Marktanteilen in diesem Bereich von [30–40] % resp. [40–50] % zu konkurrieren.

#### *Entwicklung anderer Absatzkanäle*

261. Es ist nicht zu erwarten, dass der unabhängige Fachhandel, dessen Marktanteil im Kleinhaushaltsgerätekategoriebereich in den letzten drei Jahren um 7.8 %<sup>57</sup> gesunken ist, seinen Marktanteil bei Kleinhaushaltsgeräten erhöhen kann. Obwohl Prognosen davon ausgehen, dass der Verkauf über das Internet in den nächsten Jahren zunehmen wird, ist zu erwarten, dass der Marktanteil relativ klein bleibt. Dies entspricht den Entwicklungen im Ausland.

<sup>55</sup> Computer Reseller News, "GfK-Konferenz zum Consumer Electronics-Markt: Strategien gegen Aldi & Co", 9. Dezember 2004 (<http://www.crn.de/showArticle.jhtml?articleID=184427053>).

<sup>56</sup> Gemäss IHA-GfK (Newsletter - Spring 2006, S. 18) betrug der Marktanteil der Lebensmittel-Discounter auf dem Markt für Kleinhaushaltsgeräte (anzahlmässig) 2005 16 %. Unter der Annahme, dass diese Discounter Kleinhaushaltsgeräte rund 40 % günstiger anbieten als der Gesamtmarkt, beträgt der Marktanteil umsatzmässig somit rund 10 %.

<sup>57</sup> IHA-GfK, Management Report Home Electronics 12/2006, Hergiswil.

262. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die potentielle Konkurrenz nicht in ausreichendem Mass vorhanden ist, um ein mögliches kollusives Verhalten zwischen Migros und Coop zu destabilisieren.

### B.3.2 Beschaffungsmärkte

263. Vorab bleibt festzuhalten, dass die Beschaffungsmärkte in der Regel in allen Produktgruppen des Bereichs Elektrogeräte ein grösseres geografisches Gebiet als die Schweiz umfassen und den Lieferanten neben dem Detailhandel auch andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen. So besteht in einzelnen Bereichen die Möglichkeit des Direktvertriebes, daneben spielt der Internethandel eine, abhängig von den einzelnen Produkten, inskünftig bedeutendere Rolle.

264. In einer ersten Phase wurden 18 Lieferanten verschiedener Produktgruppen der betroffenen resp. der knapp nicht betroffenen Märkte (Kleinhaushaltsgeräte, Audio/Vision, Foto und Spiele; vgl. Rz. 151) Fragebögen verschickt. 13 Antworten gingen ein. Angeschrieben wurden die fünf wichtigsten Lieferanten von Fust und Interdiscount in den vorgenannten Produktmärkten, sofern sie eine Vertretung in der Schweiz hatten. Eine Vielzahl der Lieferanten stammt aus Asien und hat grösstenteils keine Vertretung in der Schweiz. Auf die Befragung dieser Lieferanten hat die Weko verzichtet. Über die angefragten Lieferanten hinaus waren aufgrund öffentlicher Publikation, Medienberichten etc. keine weiteren an einer Mitwirkung interessiert.

265. Für die Lieferanten ist das Verhältnis des Absatzes zwischen den diversen Absatzkanälen grundsätzlich ausgewogen. In einzelnen Produktgruppen gibt es dennoch einige Abweichungen, beispielsweise liegt bei den Herstellern von Foto-Produkten mit mehr als der Hälfte des Umsatzes der Absatzschwerpunkt bei den spezialisierten Fachgeschäften mit einem auf Foto-Produkte ausgerichteten Sortiment und nur bis zu einem Drittel werden über Vollsortimenter abgesetzt. Bei Kleinhaushaltsgeräten ist hingegen der Absatzkanal Supermarkt der Bedeutendste.

266. Kleinere Produkthanbieter und nationale bzw. regionale Anbieter stehen einer entstehenden, höheren Konzentration auf Abnehmerseite aufgrund der zunehmenden Verhandlungsmacht skeptisch gegenüber. Bei den internationalen Anbietern von Unterhaltungselektronik und Elektrohaushaltsgeräten spielt die kombinierte Verhandlungsmacht durch das erhöhte Einkaufsvolumen der zusammenschliessenden Unternehmen dagegen eher eine untergeordnete Rolle. Deshalb wurden in der vertieften Prüfung beschaffungsseitig nur Schweizer Produzenten von Elektrogeräten (Trisa AG, nachfolgend: Trisa, Jura Elektroapparate AG, nachfolgend: Jura, Stöckli etc.) vertieft befragt.

#### Kleinhaushaltsgeräte

267. Beim Verkauf von Kleinhaushaltsgeräten hängt die Bedeutung einzelner Absatzkanäle insbesondere vom Preis der Produkte ab. Wichtigster Absatzkanal sind für kleinere Produkte die Supermärkte (bis zu 40 %), die anderen Kanäle (Vollsortimenter, Spezialgeschäfte, Warenhäuser) sind mit je ca. 20 % recht ausgewogen. Anders sieht es bei teureren Produkten innerhalb der Produktgruppe Kleinhaushaltsgeräte wie beispielsweise

hochwertige Mikrowellen und Bügelautomaten aus. Hier kommen Warenhäuser, spezialisierte Vollsortimentanbieter und unabhängige Fachhändler vermehrt als Absatzkanal zum Tragen.

268. Im Bereich Kleinhaushaltsgeräte verfügen die beiden grossen Detaillisten Coop und Migros mit ihren Supermärkten über eine herausragende Stellung, die durch den Erwerb von Fust durch Coop weiter gestärkt würde. Eine hieraus hervorgehende Verstärkung oder Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung konnte nach Abschluss der ersten Phase nicht ausgeschlossen werden. Infolge wurden in der vertieften Phase gezielt Schweizer Hersteller von Elektrogeräten befragt, die ihre Produkte hauptsächlich in der Schweiz absetzen.

269. Für Trisa beispielsweise hat der Zusammenschluss grundsätzlich keine Auswirkungen, da sie Fust bislang nicht beliefert hat und ausserdem mehr als die Hälfte des Umsatzes über alternative Absatzkanäle zu Coop/Interdiscount (Media Markt, Migros, Landi, Denner etc.) erwirtschaftet wurden. Trisa befürchtet allerdings durch den Zusammenschluss aufgrund zu erwartender grösserer Einkaufsmengen Forderungen seitens Fust/Interdiscount nach Preisnachlässen.

270. Jura setzt aufgrund ihrer hochwertigen Produkte mehr als die Hälfte über den spezialisierten Fachhandel ab. Zudem hat das Zusammenschlussvorhaben nur geringe Auswirkungen auf Jura, da ihre Produkte bislang mehrheitlich bei Fust, nur marginal bei Coop/Interdiscount, verkauft wurden.

271. Die E+h Services AG, deren Produktsortiment hauptsächlich aus Markenprodukten im gehobenen (Nischen-)Segment besteht, erzielt ihren Hauptumsatz mit dem Schweizer Fachhandel. Coop und Fust wurden bislang nicht in nennenswertem Umfang beliefert, weshalb der Zusammenschluss kaum Auswirkungen auf sie hat.

272. Nach Ansicht der Weko ergeben sich gestützt auf die Aussagen der befragten Unternehmen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Beschaffungsmarkt für Kleinhaushaltsgeräte.

#### Audio/Vision

273. In beiden Bereichen rechnet die Weko mit keinen in wettbewerblicher Hinsicht problematischen Auswirkungen. Zum einen treten als Hersteller hauptsächlich grosse, international tätige Unternehmen auf (Sony, Philips, Sharp), zum anderen spielen die spezialisierten Fachgeschäfte eine starke Rolle, womit andere Absatzkanäle zur Verfügung stehen. Zwar fördert nach Aussagen von Sony der Zusammenschluss das Klumpenrisiko für ihn als Marktführer in erheblichem Masse, welches durch eine ausgewogene Distributionspolitik vorher nicht bestanden habe. Aufgrund des im Vergleich zu den international bedeutenden Konkurrenten eher geringen, kombinierten Einkaufsvolumens von Coop/Fust im Bereich Unterhaltungselektronik ist die Weko jedoch der Ansicht, dass gegenüber Sony und den anderen grossen internationalen Lieferanten keine problematische Verhandlungsmacht entstehen wird.

## C ERGEBNIS

274. Die vertiefte Prüfung hat ergeben, dass die Übernahme von Fust durch Coop beschaffungsseitig zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

275. Absatzseitig könnte im Bereich Kleinhaushaltsgeräte das Zusammenschlussvorhaben allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und der Coop-Gruppe (inkl. Interdiscount) begründen. Potentielle Konkurrenz ist zwar vorhanden, sie darf aber nicht überschätzt werden, da davon auszugehen ist, dass eine Expansion oder ein Markteintritt im Bereich Kleinhaushaltsgeräte eher langsam erfolgt und insbesondere aufgrund von Standortproblemen schwierig durchzuführen ist.

276. Die im Dispositiv aufgeführte Auflage betreffend Exklusivitäten erleichtert eine allfällige Expansion bestehender Konkurrenten sowie allfällige Markteintritte neuer Wettbewerber. Zudem stellt die Auflage betreffend eigenständigen Marktauftritt von Fust während einer Übergangsdauer von fünf Jahren eine genügend grosse Auswahl an unterschiedlichen Verkaufsstellen für die Konsumenten solange sicher, bis aktuelle und potentielle Konkurrenten ihre Position im Markt ausgebaut haben.

## D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangegangenen Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Zusammenschlussvorhaben Coop/Fust wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

1. Auflage 1: Coop wird verpflichtet, für Coop, Interdiscount und Fust mit Herstellern von Weisswaren oder Braunwaren keine Exklusivabreden für den Vertrieb des Gesamtsortiments an Weisswaren oder Braunwaren oder für eine gesamte Geräteklasse<sup>58</sup> von Weisswaren oder Braunwaren eines Herstellers in der Schweiz einzugehen.

Zulässig sind jedoch branchenübliche<sup>59</sup> Exklusivvereinbarungen bezüglich einzelner Geräte oder Gerätelinien einer Geräteklasse oder Exklusivitäten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Eigenmarken. Zulässig sind ausserdem zeitlich in der Regel auf zwei Jahre befristete Exklusivitäten für einen Hersteller, der neu in die Schweiz eintritt oder bei welchem im Rahmen eines Kooperationsvertrages Coop, Interdiscount oder Fust sich in wesentlichem Umfang mit Investitionen an der Entwicklung oder der Produktion von Geräten dieses Herstellers beteiligen.

2. Auflage 2: Coop wird verpflichtet, Fust für die Vermarktung von Kleinhaushaltsgeräten eine eigenständige Preis-, Sortiments- und Aktionspolitik zu gewährleisten.
3. Die Auflage 2 bleibt fünf Jahre in Kraft. Als Stichtag gilt die Zustellung des Entscheids der Wettbewerbskommission an die beteiligten Unternehmen.

4. Sollten sich die Verhältnisse bei den Kleinhaushaltsgeräten in der Schweiz in wesentlichem Masse ändern, hat Coop das Recht, ab dem

1. Januar 2010 bei der Wettbewerbskommission die Änderung bzw. die Aufhebung der Auflagen zu beantragen. Als Indiz für eine Änderung der Verhältnisse in wesentlichem Masse gilt etwa der Nachweis, dass die so genannten Technical Superstores ohne Interdiscount60 (FNAC, Conforama, Media-Markt, Darty, Die Post, und neu Saturn) ihren von IHA-GfK errechneten gemeinsamen Anteil am Segment Kleinhaushaltsgeräte auf der Basis des Jahres 2007 um insgesamt 10 Prozentpunkte erhöht haben. Die Wettbewerbskommission ist in ihrer Entscheidung in jedem Fall frei.

5. Eine durch die Wettbewerbskommission zu bestimmende unabhängige Revisionsgesellschaft wird mit der Überwachung der Einhaltung der Auflagen betraut. Bei Vorliegen von wichtigen Gründen steht Coop bei der Bezeichnung der Revisionsgesellschaft ein Vetorecht zu. Die bestimmte Revisionsgesellschaft rapportiert der Wettbewerbskommission unter Inkennzeichnung von Coop jährlich. Die Kosten der Revisionsgesellschaft werden von Coop bezahlt.

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]

<sup>58</sup> Zum Beispiel Kühlschränke, Geschirrspüler, Videorecorder, Spiegelreflexkameras.

<sup>59</sup> Zum Beispiel Geräte oder Gerätelinien mit besonderen Ausstattungen oder besonderen Spezifikationen für den Abnehmer.

<sup>60</sup> Und ohne Fust im Falle einer Aufnahme von Fust in das IHA-GfK-Panel.

B 2.3

**10. CVC Capital Partners Group/RAG-Stiftung/Evonik Industries 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 8. September 2008*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. September 2008*

Am 8. August 2008 ging beim Sekretariat die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein, wonach CVC Capital Partners Group (nachfolgend CVC) über die neu gegründete Gabriel Acquisitions GmbH (nachfolgend Gabriel) und die RAG-Stiftung beabsichtigen, die gemeinsame Kontrolle über Evonik Industries AG (nachfolgend Evonik) zu erwerben.

Die RAG-Stiftung ist eine deutsche rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts mit Sitz in Deutschland. Die RAG-Stiftung ist die oberste Muttergesellschaft sowohl der Evonik-Gruppe als auch der RAG-Gruppe (die den Kohlebergbau umfasst), da sie gegenwärtig 100 % der Anteile an Evonik und RAG hält.

Evonik ist ein in Deutschland ansässiges, international tätiges Unternehmen. Evonik ist die Holdinggesellschaft der Evonik-Gruppe, die weltweit in drei Geschäftsbereichen aktiv ist: Chemikalien, Energie und Immobilien. Diese Geschäftsbereiche umfassen im Wesentlichen

alle Geschäftstätigkeiten der RAG AG (RAG), die nicht den Kohlebergbau betreffen.

CVC ist eine unter luxemburgischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg. CVC und ihre verbundenen Gesellschaften bieten Investitionsberatung an und verwalten Investitionen für Investitionsfonds.

Gabriel ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, konstituiert unter deutschem Recht als Akquisitionsvehikel, durch das die CVC Funds (CVC Fund V und CVC Tandem Fund) und letztendlich CVC 25.01 % des ausgegebenen Aktienkapitals der Evonik Industries AG (Evonik) erwerben wird.

Das Zusammenschlussvorhaben stellt einen Erwerb gemeinsamer Kontrolle dar, da die RAG-Stiftung und CVC gemeinsam die Strategie für Evonik in einer Gesellschaftsvereinbarung (GV) und der sog. Gemeinsamen Roadmap (Common Road Map, CRM) niedergelegt haben.

Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 1. August 2008 bei der EU Kommission gemeldet (case COMP/M.5243). Mit Entscheid vom 7. September 2008 wurde das Zusammenschlussvorhaben freigegeben. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

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

B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> <b>Tribunal administratif fédéral</b> <b>Tribunale amministrativo federale</b>
B.3	<b>1. Ausstand – Wiederholung von Verfahrenshandlungen</b>

*Urteil (B-8282/2007) der Abteilung II vom 1. September 2008, A. AG und B AG gegen Wettbewerbskommission Weko i.S. Wiederholung von Verfahrensbehandlungen.*

#### SACHVERHALT

##### A.

Mit Datum vom 20. Juli 2006 erstattete die Q. SA beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) Anzeige gegen die A. AG wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit der Währungsumrechnungsfunktion (Dynamic Currency Conversion, DCC) bei Kreditkartenterminals. Daraufhin eröffnete das Sekretariat am 24. Juli 2006 eine Vorabklärung in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" und stellte mit Schlussbericht vom 10. Januar 2007 fest, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlägen bzw. vorgelegen hätten. Am 17. Januar 2007 eröffnete es deshalb im Einverständnis mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gegen die A. AG und die B. AG. Sowohl der Schlussbericht als auch die Mitteilung an die A. AG bzw. die B. AG über die Eröffnung einer Untersuchung wurden (unter anderem) von R., einem Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO, unterzeichnet. Am 16. März bzw. 2. April 2007 verschickte das Sekretariat im Rahmen seiner Untersuchung Auskunftsbegehren an die Parteien sowie an Kartenverarbeiter und Terminalhersteller.

##### B.

Am 14. Mai 2007 orientierte der gemeinsame Rechtsvertreter der Y., der Z. und der C. AG das Sekretariat der WEKO telefonisch über die Zusammenschlussabsicht dieser drei Unternehmen. Laut Pressemitteilung vom 15. Mai 2007 sollte die Transaktion – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Eigentümer der beteiligten Unternehmen und die zuständigen Behörden – per Anfang 2008 wirksam werden. Am 11. Juni 2007 trafen sich Vertreter der Fusionsparteien mit Vertretern des Sekretariates der WEKO, darunter R., zu einer Besprechung in Bern, an welcher zunächst seitens der Y., der Z. und der C. AG das Zusammenschlussvorhaben präsentiert wurde. In der Folge bat R. die Delegation der Fusionsparteien, mit Ausnahme des General Counsel der C. AG, den Raum zu verlassen. Daraufhin unterbreitete er diesem einen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC", worauf der Angesprochene zu Bedenken gab, als General Counsel der C. AG sei er im Fall "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC", der zwei Gruppengesellschaften der C. AG betreffe, weder zuständig noch informiert. Die Thematisierung dieses Falles an der Sitzung vom 11. Juni 2007 war von der Wettbewerbsbehörde vorgängig nicht angekündigt worden.

##### C.

Am 14. Juni 2007 beschwerte sich der Rechtsvertreter der A. AG und der B. AG telefonisch beim Präsidenten der WEKO über das Verhalten von R. Dabei führte er insbesondere aus, dass es sich um eine Verletzung der Vertretungsregeln von Art. 11 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) handle, wenn das Sekretariat ohne Information und Beizug des Rechtsvertreters Gespräche in einem Untersuchungsverfahren führe. Im Weiteren hielt er fest, R. sei befangen, weil er versucht habe, zwei Verfahren, die nichts miteinander zu tun hätten, in einen Zusammenhang zu bringen. Mit Schreiben vom 15. Juni 2007 an den Rechtsvertreter der A. AG und der B. AG erklärte R. seinen Ausstand in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y., Z. und C. AG" mit folgenden Worten:

"Suite à la séance du 11 juin 2007 qui a, semble-t-il, donné l'impression qu'il y avait une relation entre les deux affaires citées sous rubrique – ce qui n'est pas le cas – et afin d'éviter toute ambiguïté quant à une éventuelle apparence d'opinion préconçue, je vous informe que j'ai décidé de me récuser dès aujourd'hui pour la suite desdites procédures."

Ebenfalls am 15. Juni 2007 teilte P., ein anderer Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO, dem Rechtsvertreter der A. AG und der B. AG brieflich mit, die beiden Geschäfte "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y., Z. und C. AG" würden ab sofort direkt von ihm in Zusammenarbeit mit den bisher zuständigen Dossierverantwortlichen betreut.

##### D.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2007 forderte der Rechtsvertreter der A. AG und der B. AG das Sekretariat der WEKO zur Wiederholung derjenigen Verfahrenshandlungen in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" auf, an denen R. mitgewirkt hatte. Das Sekretariat der WEKO lehnte dies mit Schreiben vom 12. Juli 2007 ab, indem es ausführte, der Anschein der Befangenheit sei erstmals anlässlich der Sitzung vom 11. Juni 2007 entstanden. Sämtliche Untersuchungshandlungen des Sekretariates hätten jedoch vor diesem Datum und auch vor dem 15. Mai 2007, dem Datum der Pressemitteilung des Zusammenschlussvorhabens "Y. /Z. /C. AG", stattgefunden. Die letzten Auskunftsbegehren, welche die Unterschrift von R. trügen, stammten vom 16. März 2007, als noch kein Ausstandsgrund vorgelegen habe.

##### E.

Auf schriftliches Ersuchen der A. AG und der B. AG vom 21. August 2007 erliess das Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums am 5. November 2007 eine Zwischenverfügung in Sachen "A.

AG/B. AG/Terminals mit DCC". Deren Dispositiv bestimmt, es seien keine Verfahrenshandlungen zu wiederholen und keine Akten zu entfernen.

#### F.

Mit Datum vom 6. Dezember 2007 reichten die A. AG und die B. AG (Beschwerdeführerinnen) gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Zwischenverfügung des Sekretariates der WEKO vom 5. November 2007 betreffend Wiederholung von Verfahrenshandlungen ein. Sie stellen folgende Anträge:

"Es sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. November 2007 aufzuheben.

Es sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, alle bisherigen Verfahrenshandlungen des Verfahrens 32-0205, an denen [R.] formell oder materiell mitgewirkt hat, zu wiederholen und die diesen Verfahrensschritten zugehörigen Akten aus dem Recht zu weisen

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung führen sie an, der Ausstandsgrund könnte bereits bei Eröffnung der Vorabklärung in Sachen "A. AG/B. AG/ Terminals mit DCC" am 24. Juli 2006 bestanden haben. Der Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinanz sei formeller Natur. Eine Übernahme des Verfahrens durch P. könne den Fehler nicht heilen.

#### G.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 2008, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass der Ausstandsgrund frühestens am 14. Mai 2007 eingetreten sein könne, als der R. vom Fusionsvorhaben "Y. /Z. /C. AG" erfahren habe. In kartellrechtlichen Verfahren würden die Entscheide durch die Kommission und nicht durch das Sekretariat getroffen. Vorliegend gebe es aber noch keinen Entscheid, der aufgrund der formellen Natur des Anspruchs aufgehoben werden könnte. Einem allfälligen Verfahrensfehler käme nur geringes Gewicht zu. Zudem fehle es an der Unmittelbarkeit, welche zu einer Beeinflussung des Befragten führen könnte. Die Abfassung eines grundlegend anderen Fragebogens sei praktisch unmöglich, weil der gleiche Sachverhalt abgeklärt werden müsste.

#### H.

Weitere Ausführungen der Parteien werden, soweit wesentlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen dargestellt. Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

#### 1.

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO bzw. ihr Sekretariat ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist. Als Verfügung gelten gemäss Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG auch

selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Die Zwischenverfügung des Sekretariats der WEKO vom 5. November 2007 kann einen derartigen Nachteil für die Beschwerdeführerinnen zur Folge haben, wenn und soweit sie ein mit einem nicht heilbaren Mangel behaftetes Verfahren aufrechterhalten bzw. fortsetzen würde. Demnach ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig.

#### 2.

Die Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, sind also zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

#### 3.

Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob der am 15. Juni 2007 per sofort, mit Wirkung für die Zukunft in den Verfahren "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" sowie "Zusammenschluss Y., Z. und C. AG" erklärte Ausstand von R. als Rechtsfolge die Aufhebung (inklusive Entfernung der zugehörigen Akten) und Wiederholung aller bisherigen Verfahrenshandlungen in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC", an denen R. formell oder materiell mitwirkte, nach sich zieht.

#### 4.

**4.1** Nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sind auf die nach diesem Gesetz geführten Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Art. 22 KG regelt lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern. Für den Ausstand von Mitarbeitern des Sekretariates der WEKO ist daher Art. 10 VwVG massgebend.

**4.2** Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Art. 10 VwVG konkretisiert die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 BV, indem er den Ausstand in Verwaltungsverfahren des Bundes regelt (BGE 132 II 485 E. 4.2). Nach Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG treten Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie aus anderen als den in Bst. a-c genannten Gründen in der Sache befangen sein könnten. Tatsächliche Befangenheit wird laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung für den Ausstand nicht verlangt (Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (a.a.O.).

#### 5.

Ergibt der Sachverhalt, dass ein Ausstandsgrund bereits zu Beginn des Verfahrens "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" vorlag, muss die Rechtsfrage, ob er auch rückwirkende Folgen zeitigen kann, nicht geprüft werden.

**5.1** Die Vorinstanz räumt ein, Verfahrenshandlungen, die zwischen dem 14. Mai und dem 11. Juni 2007 stattgefunden hätten, müssten ebenso wiederholt werden wie solche, die nach dem 11. Juni 2007 erfolgt seien und an denen R. mitgewirkt habe. Nach Ansicht der Vorinstanz lässt sich demzufolge der Zeitpunkt, in welchem der Ausstandsgrund eintrat, mit dem 14. Mai 2007, dem Tag der telefonischen Orientierung des WEKO-Sekretariates über das Zusammenschlussvorhaben "Y., Z. und C. AG", genau bestimmen.

**5.2** Die Beschwerdeführerinnen halten es demgegenüber für unmöglich, den Zeitpunkt zu eruieren, ab welchem der Ausstandsgrund vorlag. Ihrer Meinung nach könnte er bereits bei Eröffnung der Vorabklärung in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" am 24. Juli 2006 bestanden haben.

**5.3** Dafür gibt der Sachverhalt allerdings keine Hinweise, und auch die Beschwerdeführerinnen bringen nichts vor, das ihre Hypothese untermauern könnte. Wäre in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" schon vor dem 14. Mai 2007 zumindest der Anschein einer Befangenheit von R. entstanden, so könnte dieser jedenfalls nicht mit dem Fusionsvorhaben "Y., Z. und C. AG" zusammenhängen. Auch wenn Befangenheit, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen, als innerer Zustand für Drittpersonen schwierig zu eruieren ist, lässt sich aus Gegebenheiten, welche mindestens den Anschein der Befangenheit in einem bestimmten Zeitpunkt begründen, nicht ohne weitere objektive Anhaltspunkte schliessen, dass dieser Anschein oder tatsächliche Befangenheit bereits in einem viel früheren Verfahrensstadium existierte. Sonst würden die höchstrichterlichen Kriterien für das Vorliegen eines Ausstandsgrundes aus den Angeln gehoben. Das Verhalten von R. am 11. Juni 2007 kann den Anschein der Befangenheit deshalb nicht für den Zeitraum vor dem 14. Mai 2007 hervorgerufen haben. Die Beschwerdeführerinnen selbst bezeichnen die Vorschläge, welche er am 11. Juni 2007 in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" unterbreitete, bzw. den Zusammenhang, den er aus ihrer Sicht mit dem Fusionsvorhaben "Y., Z. und C. AG" herstellte, als diejenigen Umstände, die objektiv geeignet seien, Misstrauen gegen seine Unbefangenheit zu wecken.

**5.4** Einen allfälligen anderweitigen Ausstandsgrund hätten die Beschwerdeführerinnen in jenem Zeitpunkt geltend machen müssen, in welchem sie von entsprechenden Umständen erfahren hätten. Nach der bundesgerichtlichen Praxis wird nämlich gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Organmangel so früh wie möglich, also nach Kenntnisaufnahme bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird (BGE 132 II 485 E. 4.3).

**5.5** Ob R. tatsächlich befangen war, kann im Übrigen dahingestellt bleiben, denn die Vorinstanz gesteht zu, dass sein Verhalten einen Ausstandsgrund herbeiführte, auch wenn sie bestreitet, dass er wirklich befangen war bzw. eine Verbindung zwischen den beiden Verfahren schlug, um Druck aufzusetzen.

**5.6** Zusammenfassend lässt sich in tatsächlicher Hinsicht feststellen, dass der geltend gemachte Ausstandsgrund nicht vor dem 14. Mai 2007 eintrat und dass keine

Umstände ersichtlich sind, welche einen Ausstandsgrund vor diesem Datum gesetzt hätten.

## **6.**

Zu bestimmen sind nunmehr die rechtlichen Folgen des Ausstandes von R. für das Verfahren "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC".

**6.1** Art. 10 VwVG enthält ebensowenig wie Art. 22 KG ausdrückliche Vorschriften über die Rechtsfolgen des Ausstandes. Nach bundesgerichtlicher Praxis müssen alle Verfahrensschritte, die sich auf einen Entscheid auswirken können, aufgehoben werden, wenn sie unter Beteiligung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds zustande kamen; entsprechende Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Der ausstandspflichtige Funktionsträger soll vom Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess vollständig ausgeschlossen werden (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 125 und 129). Er soll sich ab sofort nicht mehr mit dem Dossier befassen und keinen Zugang zu den entsprechenden Dokumenten erhalten (PAUL RICHLI, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 564). Ebensowenig soll er den Entscheid über Drittpersonen beeinflussen können (BENJAMIN SCHINDLER, Die "formelle Natur" von Verfahrensgrundrechten, ZBI 4/2005, S. 88).

**6.2** Einigkeit herrscht zwischen den Parteien darüber, dass der am 15. Juni 2007 erklärte Ausstand Wirkungen für alle ab dem 14. Mai 2007 in diesem Verfahren vorgenommenen Handlungen, an denen R. beteiligt war, entfaltet. Laut Vorinstanz fanden aber sämtliche Handlungen vor dem 14. Mai 2007 statt, was allerdings insofern nicht zutrifft, als R. dem General Counsel der C. AG am 11. Juni 2007 einen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung in Sachen "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" unterbreitete (vgl. Art. 29 KG).

**6.3** Zu prüfen bleibt daher noch, ob der Ausstandsgrund auf Verfahrensschritte zurückwirkt, welche vor seinem Eintritt vollzogen wurden.

**6.3.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, das Verfahren müsse besonders hohen Anforderungen genügen, stehe doch eine kartellrechtliche Sanktion mit Strafcharakter zur Diskussion. Liege rechtsstaatlich nicht tolerierbares Verhalten vor, könne dies nicht durch einfachen Übergang zur Tagesordnung und Fortsetzung des Verfahrens behoben werden. Bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen entstünden subtile Abgrenzungsfragen, welche von Beginn weg grundlegend und korrekt untersucht werden müssten. Würden Ansprüche formeller Natur verletzt, habe die Rechtsmittelinstanz den betreffenden Entscheid auf und weise die Sache zur Neubeurteilung und Wiederholung der fehlerhaften Verfahrensschritte an die Vorinstanz zurück.

**6.3.2** Die Vorinstanz hält dem entgegen, wichtigste Folge der Ausstandspflicht sei, dass der betroffene Entscheidträger vom weiteren Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess auszuschliessen sei. Für einen Sekretariatsmitarbeiter bedeute dies, dass er nicht mehr an einem bestimmten Fall arbeite und über den weiteren



Verlauf des Verfahrens weder informiert noch dokumentiert werde. Diese Rechtsfolge sei durch das Sekretariat beachtet worden. Das Verfahren sei unverzüglich auf P. übertragen worden, so dass R. insbesondere von der Erstellung des Entscheidenantrages an die Kommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG ausgeschlossen sei. Im vorliegenden Fall sei noch gar kein Entscheid getroffen und noch nicht einmal ein Antrag des Sekretariates an die WEKO gestellt worden.

**6.3.3** Der Anspruch auf Beurteilung durch eine unbefangene Entscheidungsinstanz, der sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergibt und in Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG konkretisiert wird, ist formeller Natur (GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 29 N. 8; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N. 2722 f.; SCHINDLER, S. 171 f.). Seine Verletzung führt, ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selber, zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides bzw. der angefochtenen Verfügung (vgl. BGE 127 I 128 E. 4d bzw. BGE 126 V 130 E. 2b). Alle Verfahrenshandlungen, die sich auf einen Entscheid auswirken können, müssen aufgehoben werden, wenn sie von einem ausstandspflichtigen Behördenmitglied oder unter Beteiligung eines solchen vorgenommen wurden (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ist ein Mitarbeiter des Sekretariates der WEKO ausstandspflichtig, so hat er sich daher jeglicher Tätigkeit im betreffenden Fall zu entziehen (BILGER, S. 129). Er ist in der Regel durch einen anderen Mitarbeiter des Sekretariates zu ersetzen (BILGER, S. 124).

**6.3.4** In der hier zur Diskussion stehenden Untersuchung "A. AG/B. AG/Terminals mit DCC" des Sekretariats der WEKO wurde R. frühestens am 14. Mai 2007 ausstandspflichtig. Alle Verfahrenshandlungen, an denen er ab dem 14. Mai 2007 in dieser Sache mitwirkte, müssen deshalb aufgehoben werden. Da R. am 15. Juni 2007 in den Ausstand trat, betrifft dies einzig seinen Vorschlag für eine einvernehmliche Lösung. Die entsprechenden Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen (BGE 119 Ia 13 E. 3a). Ein aufzuhebender Entscheid oder eine aufzuhebende Verfügung in der Sache selbst liegt noch nicht vor. Vor dem 14. Mai 2007 unter Mitwirkung von R. durchgeführte Verfahrenshandlungen erfolgten in einem Zeitraum, in dem dieser nicht ausstandspflichtig war, weshalb sie jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Ausstandspflicht nicht zu beanstanden sind. Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Bundesgerichtspraxis, die mit der Aufhebung vorinstanzlicher Urteile und der Wiederholung der betreffenden Verfahren einherging, bezieht sich auf Sachentscheide, welche unter Mitwirkung effektiv ausstandspflichtiger Personen zustande kamen. BGE 119 Ia 13, den die Beschwerdeführerinnen als nicht einschlägig erachten, enthält (in E. 3a) immerhin folgende allgemeine, vom konkreten Fall unabhängige Erwägung zu den Rechtsfolgen der Ausstandspflicht: "Cette garantie a pour corollaire que toute décision, ou tout acte de procédure susceptible d'influer sur la décision, pris par un magistrat refusé ou avec la participation d'un tel magistrat, doit pouvoir être écarté de la procédure." In der hier zu besprechenden Untersuchung (bzw. in der zugehörigen Vorabklärung) gab es jedoch mit Ausnahme des Vor-

schlags für eine einvernehmliche Lösung keine aktenkundigen Verfahrenshandlungen, die unter dem Einfluss einer im fraglichen Zeitpunkt ausstandspflichtigen Person stattgefunden hätten. Allerdings wird die WEKO bzw. ihr Sekretariat bei der Weiterführung der Untersuchung sicherstellen müssen, dass darauf auch keine Personen Einfluss nehmen, welche bereits an der Formulierung des erwähnten Vorschlags mitwirkten.

## 7.

Gewiss stellen sich bei der Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen Abgrenzungsfragen, welche von Anfang an sorgfältig geprüft werden müssen, und im Fall drohender kartellrechtlicher Verwaltungsanktionen mögen für das Verfahren besonders hohe Anforderungen gelten. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte für ein unsorgfältiges oder fehlerhaftes Vorgehen der WEKO bzw. ihres Sekretariates in jenem Verfahrensstadium, in welchem noch keine Ausstandspflicht gegeben war. Auch deshalb liesse sich eine Wiederholung früherer Verfahrenshandlungen nicht rechtfertigen. Zudem ergäbe eine Wiederholung insoweit keinen Sinn, als der gleiche Sachverhalt mittels standardisierter Fragebogen nochmals erhoben werden müsste, es wäre denn, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich in massgebender Weise verändert.

## 8.

**8.1** Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

**8.2** Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- sind den grossmehrheitlich unterliegenden Beschwerdeführerinnen zu 4/5 (Fr. 2'000.-) aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen. Entsprechend sind die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Fr. 2'600.-) in sinn gemässer Anwendung von Art. 67 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) um 1/5 auf Fr. 2'080.- zu reduzieren.

**8.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen obsiegen, ist ihnen gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1000.-- zu Lasten der WEKO zuzusprechen. Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

### 1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen.

### 2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden zu 4/5 (Fr. 2'000.-) den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 500.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

### 3.

Die den Beschwerdeführerinnen durch die Vorinstanz auferlegten Verfahrenskosten von Fr. 2'600.- werden um 1/5 auf Fr. 2'080.- reduziert.

---

**4.**  
Den Beschwerdeführerinnen wird eine reduzierte Partei-  
entschädigung von insgesamt Fr. 1'000.- zu Lasten der  
WEKO zugesprochen.

**5.**  
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Bei-  
lage: Rückerstattungsformular)
  - die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0205; Gerichtsurkunde)
  - das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement  
(Gerichtsurkunde)
-

B.3

**2. Entsiegelungsentscheid**

*Entscheid (BE.2007.10-13) vom 14. März 2008, I. Beschwerdekammer, Wettbewerbskommission gegen A. AG, B. AG, C. AG, D. AG i.S. Entsiegelung (Art. 50 Abs. 3 VStrR)*

**SACHVERHALT:**

**A.** Gestützt auf eine Selbstanzeige vom 19. Juni 2007 im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG über mögliche Abreden zwischen Speditionsunternehmen (act. 1.11) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Weko") im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (act. 1, act. 1.8, act. 1.9 und act. 1.11) am 9. Oktober 2007 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die E. sowie verschiedene Speditionsunternehmen, darunter die A. AG, die B. AG, die C. AG sowie die D. AG (nachfolgend alle Gesellschaften "F. AG"), wegen Verdachts auf unzulässige Abreden über die Weitergabe und/oder gemeinsame Festsetzung von Zuschlägen/Gebühren und Speditionstarifen im Bereich der nationalen und internationalen Bodenfrachtspeditionsleistungen und Lagerlogistik (act. 1.7). Im Rahmen dieser Untersuchung führte die Weko aufgrund von zwei Durchsuchungsbefehlen des Präsidenten der Weko vom 9. Oktober 2007 (act. 1.9 und act. 1.10) am 10. Oktober 2007 Durchsuchungen in den Räumlichkeiten der A. AG, B. AG und der C. AG in Z. und am 11. Oktober 2007 Durchsuchungen in den Räumlichkeiten der D. AG in Y. durch. Bei dieser Durchsuchung wurden diverse Unterlagen sichergestellt. Für die detaillierte Auflistung der sichergestellten Papiere und Datenträger kann auf die entsprechenden Verzeichnisse der Weko verwiesen werden (act. 1.1 und act. 1.2). Auf Einsprache der F. AG wurden diverse Unterlagen versiegelt (act. 1). Mit Schreiben vom 2. und 6. November 2007 hat die F. AG auf die Versiegelung gewisser in Z. sichergestellter Dokumente verzichtet (act. 1.5 und act. 1.6). Nicht Gegenstand des vorliegenden Gesuches sind somit die unter den Nummern 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8 in den Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokollen (act. 1.1 und act. 1.2) aufgeführten Beweismittel (act. 1).

**B.** Mit Gesuch vom 14. November 2007 beantragt die Weko bei der I. Beschwerdekammer, es sei unter Kostenfolge die Entsiegelung der am 10. und 11. Oktober 2007 sichergestellten und versiegelten Gegenstände der F. AG anzuordnen und deren Durchsuchung durch die Mitarbeiter der Weko zu gestatten (act. 1). Im Wesentlichen wird geltend gemacht, die F. AG stehe laut einer Selbstanzeige im Verdacht, im Bereich der internationalen See- und Luftfrachtspeditionsleistungen, nationalen und internationalen Bodenfrachtspeditionsleistungen und Lagerlogistik unzulässige Abreden getroffen zu haben. Zur Begründung des Tatverdachts genüge die Tatsache der Selbstanzeige. Es habe genügend Anhaltspunkte, wonach sich am Konzern Hauptsitz in Z. sowie am Schweizer Hauptsitz in Y. Beweismittel für die erwähnten Abreden befänden. Der Eingriff sei verhältnismässig.

**C.** Mit Gesuchsantwort vom 12. Dezember 2007 beantragt die F. AG das Folgende (act. 7):

"1. Das Entsiegelungsgesuch sei vollumfänglich abzuweisen;

2. eventualiter seien die beschlagnahmten Beweismittel durch das Bundesstrafgericht zu entsiegeln, doch soll die Beschwerdekammer aus den beschlagnahmten Beweismitteln sämtliche Schriftstücke und elektronische Dateien (insb. E-Mails, Textverarbeitungs- und Tabellenkalkulationsdokumente) aussondern und den Gesuchsgegnerinnen retournieren, die von den nachfolgend genannten Rechtsanwälten erstellt oder an diese Rechtsanwälte übermittelt oder für sie angefertigt wurden:

- G.,

- H.,

- I.;

3. sub-eventualiter sei die Weko anzuweisen, die in Ziff. 2 genannten Beweismittel nach ihrer Entsiegelung auszusondern und den Gesuchsgegnerinnen zu retournieren, und es sei der Weko zu untersagen, diese Beweisstücke zu durchsuchen und beweismässig zu verwerten; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft."

Die F. AG macht im Wesentlichen geltend, sie seien zur Einsprache legitimiert, da sie Inhaberinnen der sichergestellten Beweismittel seien. Am 10. Oktober 2007 habe die Weko am Konzern Hauptsitz der F. AG in Z. eine Hausdurchsuchung durchgeführt, welche nicht den gewünschten Erfolg gebracht habe, da die gesuchten Beweismittel Aktivitäten der D. AG in Y. betroffen hätten. Der F. AG sei klar gewesen, dass die Weko den operativen Hauptsitz der D. AG in Y. durchsuchen werde, was am 11. Oktober 2007 erfolgt sei. Diese Hausdurchsuchung sei untauglich gewesen ihren Zweck zu erfüllen, da der Überraschungseffekt gefehlt habe. Die F. AG hätte vom 10. auf den 11. Oktober 2007 genügend Zeit gehabt, Beweismittel aus den Räumlichkeiten am Sitz in Y. zu entfernen, was sie aber nicht getan habe. Die Hausdurchsuchung von Y. sei mangels Eignung unverhältnismässig. Zudem sei kein Konnex zwischen den Beweismitteln zum Untersuchungsgegenstand gegeben. Laut Weko habe nämlich die E. verschiedene Ausschüsse und Fachbereiche, worin Mitarbeiter von der D. AG in Y. arbeiteten. Insofern sei nicht ersichtlich, warum Beweismittel aus dem Konzern Hauptsitz in Z. einen Bezug zum Untersuchungsgegenstand hätten. In Bezug auf die Beweismittel der D. AG in Y. werde zudem nicht substantiiert, inwieweit diese einen Bezug mit den angeblichen Preisabsprachen hätten. Unter den versiegelten Beweismitteln befänden sich überwiegend E-Mailkorrespondenz samt Anhängen, darunter solche von den drei Unternehmensanwälten. Sollte wider Erwarten die Durchsuchung gestattet werden, so hätte eine gerichtliche Triage stattzufinden, da die Unternehmensanwälte dem Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unterstellt seien. Dies sei sachlich geboten, entspreche der herrschenden Lehre, der Gerichtspraxis, den Materi-

alien, einem Parteigutachten von Prof. J., zwei parlamentarischen Vorstössen und diene dem Schutz der Korrespondenz (Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV), dem Normzweck der Beschlagnahmefreiheit und berücksichtige zudem die US-Dimension des vorliegenden Falles. In der Literatur oder Gerichtspraxis gebe es keine herrschende Auffassung, wonach ausschliesslich freiberufliche oder unabhängige Rechtsanwälte dem Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unterstellt seien.

**D.** Mit Replik vom 19. Dezember 2007 beantragt die Weko die Abweisung der Anträge der F. AG (act. 9). Sie macht im Wesentlichen geltend, es bestehe aufgrund der Selbstanzeige ein hinreichender Tatverdacht, dass die F. AG an Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt gewesen sei, welche zu den schwersten Verstössen gegen das Kartellrecht gehörten. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne sei deshalb gewahrt. Bei solchen Verstössen erscheine ein Auskunftsbeglehen nicht geeignet, um Beweismittel zu erhalten. Der Überraschungseffekt sei im Übrigen keine *conditio sine qua non* für eine Hausdurchsuchung. Hausdurchsuchungen mit eingeschränktem Überraschungseffekt seien nicht ausgeschlossen. Dies sei Art. 48 Abs. 4 VStrR zu entnehmen. Der Konnex der sichergestellten Beweismittel zum Untersuchungsgegenstand sei aufgrund der Selbstanzeige erstellt. Die Unternehmensanwälte seien im Übrigen nicht dem Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unterstellt.

**E.** Die F. AG bestätigt in ihrer Duplik die gestellten Anträge (act. 7). Sie macht geltend, die Verhältnismässigkeit der Durchsuchung in Z. sei nicht strittig. Die Durchsuchung in Y. sei hingegen mangels Überraschungseffekts nicht geeignet gewesen, ihr Ziel zu erreichen. Diese sei von Anfang an Teil des Ermittlungsdispositives der Weko gewesen. Zudem sei in Y. mangels Kollusionsgefahr überhaupt keine Hausdurchsuchung notwendig gewesen. Aufgrund der fehlenden Kollusionsgefahr sei nicht ersichtlich, warum die Weko in Y. zur *ultima ratio* einer Hausdurchsuchung gegriffen habe, anstatt ein Editionsbegehren zu stellen. Die Schwere des Kartellverstosses rechtfertige noch keine Hausdurchsuchung. Diese müsse im Sinne einer *ultima ratio* erforderlich sein. Die sichergestellten Beweismittel hätten zudem keinen Deliktsskonnex. Eventualiter habe eine gerichtliche Triage zu erfolgen, da sich unter den sichergestellten Beweismitteln zahlreiche Korrespondenzen von Unternehmensanwälten (elektronische Datenträger wie Festplatten, USB-Sticks, CD-Roms, E-Mail Archive auf dem Server etc.) befänden, welche dem Anwaltsgeheimnis im Sinne von Art. 321 StGB unterstellt seien.

#### **Die I. Beschwerdekammer zieht in Erwägung:**

##### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 42 Abs. 2 KG können die Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen anordnen und Beweismittel sicherstellen. Für diese Zwangsmassnahmen sind die Art. 45 – 50 VStrR anwendbar. Art. 46 Abs. 1 lit. A VStrR bestimmt, dass Gegenstände, die als Beweismittel von Bedeutung sein können, vom untersuchenden Beamten mit Beschlagnahme zu belegen sind.

**1.2** Werden Papiere und Datenträger sichergestellt, so ist dem Inhaber derselben wenn immer möglich Gele-

genheit zu geben, sich vor der Durchsuchung über ihren Inhalt auszusprechen (Art. 50 Abs. 3 VStrR). Erhebt er gegen die Durchsuchung Einsprache, so werden die Papiere versiegelt und verwahrt. Mit der Siegelung entsteht ein suspensiv bedingtes Verwertungsverbot (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 353 N. 21), das solange besteht, als die zuständige gerichtliche Behörde nicht über die Zulässigkeit der Durchsuchung entschieden hat (Entscheid über Entsiegelung). Diese entscheidet darüber, ob die Wahrung des Privat- bzw. Geschäftsberichts oder das öffentliche Interesse an der Wahrheitserforschung höher zu werten ist (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., S. 353 f. N. 21 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 1S.52/2005 vom 22. Februar 2006 E. 1). Über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 50 Abs. 3 VStrR).

**1.3** Die Gesuchsgegnerinnen sind Inhaberinnen der sichergestellten Papiere und Datenträger und als solche legitimiert, Einsprache gegen die Durchsuchung zu erheben. Für den Entscheid über die Zulässigkeit der Durchsuchung ist die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig. Auf das Entsiegelungsgesuch ist demnach einzutreten.

**2.** Gemäss konstanter Praxis der I. Beschwerdekammer entscheidet diese bei Entsiegelungsgesuchen in einem ersten Schritt, ob die Durchsuchung im Grundsatz zulässig ist und – bejahendenfalls in einem zweiten Schritt – ob die Voraussetzungen für eine Entsiegelung erfüllt sind. Von einer Durchsuchung von Papieren, bei der es sich um eine strafprozessuale Zwangsmassnahme handelt, wird gesprochen, wenn Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen bzw. besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen und sie allenfalls beschlagnahmeweise zu den Akten zu nehmen. Eine derartige Durchsuchung ist nur zulässig, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht, anzunehmen ist, dass sich unter den Papieren Schriften befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert wird. Die Durchsuchung von Papieren ist dabei mit grösster Schonung der Privatgeheimnisse und unter Wahrung des Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 VStrR durchzuführen.

##### **3.**

**3.1** Im Entsiegelungsentscheid ist vorab zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht für eine Durchsuchung besteht. Dazu bedarf es zweier Elemente: Erstens muss ein Sachverhalt ausreichend detailliert umschrieben werden, damit eine Subsumtion unter einen oder allenfalls auch alternativ unter mehrere Tatbestände des Strafrechts überhaupt nachvollziehbar vorgenommen werden kann. Zweitens müssen ausreichende Beweismittel oder Indizien angegeben und vorgelegt werden, die diesen Sachverhalt stützen. In Abgrenzung zum dringenden setzt dabei der hinreichende Tatverdacht gerade nicht voraus, dass Beweise oder Indizien bereits für eine erhebliche oder hohe Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung sprechen.

**3.2** Der Bestätigung des Eingangs der Selbstanzeige der Gesuchstellerin vom 14. November 2007 ist zu entnehmen, das Unternehmen X, vertreten durch Y, habe am 19. Juni 2007 eine mündliche Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG über mögliche Abreden zwischen Speditionsunternehmen eingereicht (act. 1.11). Es seien Informationen und Beweismittel vorgelegt worden, welche für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sprächen. Dabei seien die Gesuchsgegnerinnen beteiligt gewesen. Unter den vorgelegten Beweismitteln seien namentlich Ausdrucke von E-Mails, welche Hinweise auf Kontakte zwischen Speditionsfirmen betreffend Zuschlägen, Gebühren und Tarifen enthielten. Ebenso sei die Weko im Besitz von Sitzungsprotokollen der E., welche die Entstehung von unzulässigen Preisabsprachen zum Gegenstand hätten. Die E. habe Ausschüsse, in welchen Mitarbeiter der Gesuchsgegnerin 4 seien (act. 1). Aufgrund der Selbstanzeige, den erwähnten Beweismitteln sowie der konzernmässigen Verflechtung der Gesuchsgegnerinnen bestehen vorliegend genügend Verdachtsmomente, wonach diese in die unzulässigen Abreden involviert sind. Infolgedessen besteht zumindest im jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens der hinreichende Tatverdacht gegen die Gesuchsgegnerinnen, an den unzulässigen Preisabsprachen mitgewirkt zu haben.

**4.** Gemäss der Gesuchstellerin besteht gestützt auf die Selbstanzeige vom 19. Juni 2007, welche Gegenstand der am 9. Oktober 2007 eröffneten Untersuchung bildet, der Verdacht, dass die Gesuchsgegnerinnen an den unlauteren Abreden beteiligt waren. Dieser Verdacht sei durch verschiedene E-Mails und Sitzungsprotokolle belegt worden. Die Gesuchstellerin hatte somit aufgrund der Selbstanzeige genügend Anhaltspunkte dafür, dass sich sowohl in den Räumlichkeiten in Z. sowie in Y. Unterlagen befinden, welche mit dem Gegenstand der Untersuchung einen Zusammenhang haben (act. 9). Der Einwand der Gesuchsgegnerinnen, die Beweismittel am Konzernhauptsitz in Z. und am Sitz in Y. hätten keinen Bezug zum Untersuchungsgegenstand (act. 1, act. 13), ist damit widerlegt. Die sichergestellten Unterlagen und Datenträger in Z. und Y. haben mit dem Gegenstand des Verfahrens einen genügenden Konnex, was sich aus den Bezeichnungen der einzelnen Positionen in den Sicherstellungsverzeichnissen (u.a. E-Mails, CD-Rom's, Disketten, USB-Sticks, gespeicherte Daten von Notebooks und Servern) entnehmen lässt. Diese Datenträger sind zudem durchaus geeignet, Informationen über Abreden zu enthalten. Aufgrund der Selbstanzeige und der eingereichten Beweismittel ist somit anzunehmen, dass sich unter den zu durchsuchenden Unterlagen und Datenträger solche befinden, die für die Untersuchung von Bedeutung sind (Art. 50 Abs. 1 VStrR). Es ist davon auszugehen, dass sich in der Gesamtheit der sichergestellten Unterlagen und Datenträger Dokumente befinden, welche für die Untersuchung von Bedeutung sind. Die Frage, ob einzelne der sichergestellten Papiere und Datenträger für die Untersuchung von Bedeutung sind oder nicht, wird sich erst nach erfolgter Durchsuchung beim Entscheid, Papiere und Datenträger zu den Akten zu nehmen bzw. zu beschlagnahmen, stellen.

## 5.

**5.1** Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Hausdurchsuchungen in Z. und Y. stellt sich die Frage nach der Eignung (u.a. nach dem Überraschungseffekt), der Erforderlichkeit (mildere Massnahmen nicht geeignet) und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung).

**5.2** Soweit die Gesuchsgegnerinnen vorbringen, die Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Gesuchsgegnerin 4 in Y. vom 11. Oktober 2007 sei mangels Überraschungseffekt unzulässig, ist festzustellen, dass der Überraschungseffekt tatsächlich ein wichtiges Element für eine erfolgreiche Hausdurchsuchung ist, da ansonsten der Zweck der Zwangsmassnahme gefährdet ist. Ohne Überraschungseffekt besteht nämlich die Gefahr, dass Beweismittel beiseite geschafft oder vernichtet werden. Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung in Y. vom 11. Oktober 2007 lediglich einen Tag nach derjenigen in Z. vorgenommen und erfolgte somit in zeitlicher Nähe (act. 9). Insofern war der Überraschungseffekt der Hausdurchsuchung zwar eingeschränkt, aber entgegen der Auffassung der Gesuchstellerinnen noch genügend vorhanden, um das Ziel der Durchsuchung zu erreichen. Entsprechend den zutreffenden Ausführungen der Gesuchstellerin muss sie die Möglichkeit haben, im Rahmen einer Abwägung, wo sich die Beweismittel am wahrscheinlichsten befinden (vgl. Art. 48 Abs. 1 VStrR), die Hausdurchsuchung zunächst auf einen bestimmten Standort zu beschränken (act. 9). Sofern sich an diesem Ort Hinweise ergeben, dass sich die Beweismittel an einem anderen Ort befinden, muss sie die Möglichkeit haben, den Durchsuchungsort zu wechseln, selbst wenn der Überraschungseffekt nicht mehr vollumfänglich gegeben sein sollte (act. 9). Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch der aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Maxime, Grundrechtseingriffe möglichst gering zu halten. Das Argument der Gesuchsgegnerinnen, sie seien bei der Durchsuchung der Räumlichkeiten vom 11. Oktober 2007 nicht überrascht gewesen, kann somit nicht zur Unverhältnismässigkeit der Massnahme führen. Ansonsten wären beispielsweise Hausdurchsuchungen gegen vorinformierte Unternehmen gar nicht mehr zulässig (act. 9). Zudem wäre es nicht mehr möglich Hausdurchsuchungen gegen Unternehmen durchzuführen, welche aufgrund tatsächlich begangener Kartellrechtsverletzungen eher mit Hausdurchsuchungen rechnen (act. 9). Im Übrigen war die Durchsuchung in Y. vom 11. Oktober 2007 durchaus geeignet Beweismittel zu finden, da die Gesuchsgegnerinnen nach eigenen Angaben keine Beweismittel entfernt haben (act. 7, act. 9). Das Vorgehen der Gesuchstellerin ist somit nicht zu beanstanden, zumal dieses unter möglichst schonendem Einsatz der Ressourcen durchgeführt wurde und sich deshalb zuerst auf einen Ort konzentrierte. Die sichergestellten Dokumente in den Räumlichkeiten in Z. betrafen im Übrigen zum Teil elektronische Dokumente von Y., weshalb die Wahrscheinlichkeit einer Kollusion in Y. erheblich eingeschränkt wurde (act. 9).

**5.3** Die Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Gesuchsgegnerinnen in Z. und Y. war erforderlich, da mildere Massnahmen (Auskunftsbegehren, Aktenedition etc.) nicht geeignet bzw. nicht im Sinne des Untersuchungszwecks gewesen wären. Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG gehören zu den schwersten Verstössen gegen das Kartellrecht und sind mit hohen Sanktionen bedroht (Art. 49a KG [act. 9]). Die Hausdurchsuchung ist in solchen Fällen meistens die einzige erfolgsversprechende Massnahme. Ein der Hausdurchsuchung vorangehendes Editionsverfahren hätte somit nicht ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks durchgeführt werden können. Zudem waren die Sicherstellungen erforderlich, um den Nachweis zu erbringen, dass die Gesuchsgegnerinnen an den mutmasslichen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt sind (act. 1).

**5.4** Die Anzahl der sichergestellten Unterlagen und Datenträger ist angesichts des mutmasslich schweren Verstosses gegen das Kartellrecht eher unbedeutend (vgl. act. 1.1 und act. 1.2), was belegt, dass die Gesuchstellerin den Grundrechtseingriff möglichst gering hielt. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zudem zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerinnen bei der Hausdurchsuchung anwaltlich vertreten waren. Die mit den Hausdurchsuchungen verbundenen Eingriffswirkungen zum Nachteil der Gesuchsgegnerinnen sind somit als nicht erheblich einzustufen. Demgegenüber gehören die mutmasslichen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu den schwersten Verstössen gegen das Kartellrecht (act. 9). Dementsprechend gross ist das öffentliche Interesse, im Sinne einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (vgl. Art. 1 KG; act. 1). Der Eingriffszweck überwiegt somit das Interesse der Gesuchsgegnerinnen, weshalb die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne gewahrt ist. Die Durchsuchung der am 10. und 11. Oktober 2007 sichergestellten und versiegelten Gegenstände ist insoweit zu gestatten.

## 6.

**6.1** Soweit die Gesuchsgegnerinnen vorbringen, es habe eine gerichtliche Triage unter der Leitung des Referenten der I. Beschwerdekammer stattzufinden, da sich unter den sichergestellten Gegenständen Unterlagen ihrer Unternehmensanwälte befänden, welche dem Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unterstellt seien (Art. 50 Abs. 2 VStrR), ist zu prüfen, ob das Anwaltsgeheimnis (Art. 321 StGB) auf Unternehmensanwälte Anwendung findet.

**6.2** Art. 321 StGB stellt u.a. die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch Rechtsanwälte unter Strafe. Die klare Mehrheit der Lehrmeinungen geht entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerinnen davon aus, dass Art. 321 StGB nicht auf Unternehmensanwälte anwendbar ist, sondern nur auf die unabhängigen freiberuflichen Rechtsanwälte (SCHWARZ, Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensjuristen – Einige Gedanken zu einer laufenden Diskussion, in *Anwaltsrevue* 9/2006, S. 338 ff.). Dies gilt nicht bloss für anwaltsrechtliche Publikationen (PFEIFFER, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für Unternehmensjuristen? Der Wunsch als Vater des Gedankens oder Realistik der Auslegung?,

in *Anwaltsrevue* 4/2006 S. 166 ff.; SCHWARZ, Das Anwaltsgeheimnis, - einige Gedanken zur heutigen Rechtslage, in: *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Herausgeber: Walter Fellmann, Claire Huguenin Jacobs, Tomas Polenda, Jörg Schwarz, Bern 1998, S. 125 f.) sondern auch für die strafrechtliche Lehre (SCHWARZ, a.a.O., S. 338). Gegen die Anwendung von Art. 321 StGB auf Unternehmensanwälte sprechen sich ausdrücklich Trechsel (TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 5 zu Art. 321 StGB), Donatsch/Wohlens (DONATSCH/WOHLERS, *Strafrecht IV – Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3. Aufl., Zürich/ Basel/Genf 2004, S. 479) sowie Corboz (CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Volume II, Bern 2002, S. 643) aus (SCHWARZ, a.a.O., S. 338). Diese Meinung scheinen ebenfalls – wie nachfolgend aufgeführt – Oberholzer, Rehberg und Stratenwerth zu teilen. Das Anwaltsgeheimnis gilt traditionellerweise nur für den unabhängigen und selbständigen Anwalt, soweit dieser eine berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit ausübt (OBERHOLZER, *Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2007, N. 5 zu Art. 321 StGB). Rechtsanwälte gemäss Art. 321 StGB sind Personen mit entsprechendem Patent, die diesen Beruf tatsächlich ausüben (REHBERG, *Strafrecht IV*, 2. Aufl., Zürich 1996, § 110 S. 430). In jüngster Zeit wird zwar laut Oberholzer die Frage kontrovers diskutiert, ob vom Anwendungsbereich des Art. 321 StGB nicht nur die Angehörigen freier Berufe, sondern auch Unternehmensjuristen erfasst werden sollen. Die Forderung nach Einbezug der Unternehmensjuristen ist gemäss Oberholzer weniger von materiellrechtlichen Überlegungen als vielmehr von verfahrensrechtlichen Bedürfnissen geprägt. Die Diskussion zeigt denn auch, dass nicht ein Bedarf nach zusätzlicher Sanktionierung des Unternehmensjuristen besteht, da bereits Art. 162 StGB einen hinreichenden Schutz gegen den Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen gewährt. Mit der geforderten Unterstellung des Unternehmensjuristen unter Art. 321 StGB soll vielmehr das Unternehmen von den mit der materiellrechtlichen Strafbestimmung korrelierenden prozessualen Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechten profitieren können. Diesem legitimen Anliegen muss indessen mit anderen, insbesondere verfahrensrechtlichen Bestimmungen Rechnung getragen werden, da die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses auf den Schutz der Kommunikationsvorgänge zwischen dem Klienten und einem unabhängigen, selbständig tätigen Anwalt und nicht auf Unternehmensjuristen zugeschnitten ist (OBERHOLZER, *Basler Kommentar*, 2. Aufl., Basel 2007, N. 5 zu Art. 321 StGB). Laut einer anderen Lehrmeinung sind Berufsgeheimnisse solche, die dem Rechtsanwalt im Zusammenhang mit der Ausführung eines Auftrages anvertraut wurden (STRATENWERTH/WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Handkommentar, Bern 2007, N. 3 zu Art. 321 StGB). Nicht geschützt sind Geheimnisse und sonstige Erkenntnisse, von denen der Rechtsanwalt im Rahmen nicht spezifischer anwaltlicher Tätigkeit Kenntnis erlangt hat (z.B. der Verwaltungsrat; STRATENWERTH/WOHLERS, a.a.O., N. 2 zu Art. 321 StGB).

**6.3** Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerinnen ebenfalls keinen anderen Schluss zu, als dass Art. 321 StGB nur freiberufliche, nicht aber Unternehmensanwälte erfasst

(SCHWARZ, a.a.O., S. 341). Es trifft zwar zu, dass es keinen Entscheid des Bundesgerichts gibt, welcher sich direkt mit der Frage auseinandersetzt, ob Unternehmensanwälte Art. 321 StGB unterstellt sind. Gemäss Bundesgericht wurde aber Art. 321 StGB erlassen, um die Ausübung der darin aufgezählten Berufe im öffentlichen Interesse zu erleichtern (BGE 114 III 105, 107 E. 3a; BGE 112 Ib 606 ff.). Das Publikum soll auf Grund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufes haben (BGE 112 Ib 606 ff.). Dies ist aber bei einem Unternehmensanwalt gerade nicht der Fall, da dieser nicht gegenüber der Öffentlichkeit verpflichtet ist. Die Geheimhaltungspflicht des Rechtsanwaltes erstreckt sich – wie der Wortlaut von Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB deutlich zeigt – nur auf Tatsachen, die ihm vom Klienten anvertraut worden sind, um die Ausübung des Mandates zu ermöglichen (BGE 114 III 105, 107 E. 3a). Ein solches Mandatsverhältnis ist bei einem Unternehmensanwalt nicht gegeben. Dieser ist aufgrund des Arbeitsverhältnisses (Art. 319 ff. OR) gemäss Art. 321a Abs. 4 OR zur Verschwiegenheit verpflichtet und eine Widerhandlung kann – nebst zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen – strafrechtliche Folgen gemäss Art. 162 StGB haben. Eine zusätzliche Geheimhaltungspflicht der Unternehmensanwälte nach Art. 321 StGB ist somit gar nicht erforderlich, was ebenfalls als Indiz gegen die Anwendbarkeit von Art. 321 StGB auf Unternehmensanwälte gewertet werden kann. Laut Bundesgericht ist im Übrigen im Falle eines Rechtsanwaltes als Verwaltungsrat zu prüfen, ob das kaufmännische Element derart überwiegt, so dass die Tätigkeit des Anwalts nicht mehr als anwaltliche betrachtet werden kann. Diesfalls kann sich der Anwalt nicht auf sein Berufsgeheimnis berufen (BGE 114 III 105, S. 107 E. 3a). Diese Rechtsprechung zeigt, dass der Schutz von Art. 321 StGB gerade nicht auf die vorliegenden Unternehmensanwälte zugeschnitten ist, bei welchen offensichtlich das unternehmerische Element überwiegt. Den Akten sind zumindest keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach die Unternehmensanwälte zusätzlich Verwaltungsräte seien. Die erwähnten Ausführungen des Bundesgerichts lassen somit keinen anderen Schluss zu, als dass lediglich die unabhängigen und freiberuflichen Rechtsanwälte Art. 321 StGB unterstellt sind.

**6.4** Weitere Anhaltspunkte, wonach Art. 321 StGB nicht auf Unternehmensanwälte anwendbar ist, lassen sich dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz; BGFA; SR 935.61) entnehmen. Danach gilt das Berufsgeheimnis nur für Anwältinnen und Anwälte, welche ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ausüben (Art. 13 i.V.m Art. 12 lit. b BGFA). Dies ist aber bei einem Unternehmensanwalt gerade nicht der Fall, da er aufgrund des Arbeitsverhältnisses von der Unternehmung abhängig und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig ist. Eine Aussonderung der sichergestellten Beweismittel der Unternehmensanwälte ist somit auch unter diesem Aspekt nicht möglich.

**6.5** Die Mehrheit der Lehrmeinungen geht somit davon aus, dass das Anwaltsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB für die unabhängigen und freiberuflichen Rechtsanwälte gilt. Die genannte bundesgerichtliche Rechtsprechung

lässt keinen anderen Schluss zu. Die Gesuchsgegnerinnen können sich somit nicht auf den Schutz des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB berufen. Anders würde die Fragestellung lauten, wenn bei den Gesuchsgegnerinnen und bei deren Unternehmensjuristen bereits Verteidigungsvorbereitungen im konkreten Untersuchungsverfahren getroffen worden wären. Dies wird vorliegend jedoch nicht geltend gemacht, und ist angesichts des zeitlichen Verlaufs auch kaum möglich. Der Durchsichtung der Papiere und Datenträger stehen keine erkennbaren geschützten Privat- oder Geschäftsgeheimnisse entgegen (Art. 50 VStrR). Die beantragte Entsiegelung und Durchsichtung der Gegenstände ist somit gutzuheissen. Die Entsiegelung ist somit zu gewähren und der Gesuchstellerin ist zu gestatten, die sichergestellten und versiegelten Gegenstände im Beisein der Gesuchsgegnerinnen zu durchsuchen.

**7.** Anlässlich der Entsiegelung sind diejenigen Papiere und Datenträger auszuscheiden und dem Inhaber unverzüglich zurückzugeben, die mit dem Gegenstand der Strafuntersuchung inhaltlich und zeitlich offensichtlich in keinem Zusammenhang stehen, d.h. keinen Bezug zu den hier in Frage stehenden und zu untersuchenden Widerhandlung gegen das Kartellgesetz haben (vgl. TPF BE.2007.2 vom 3. Juli 2007 E. 4.6 m.w.H.). Gemäss der Praxis der I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts hat die Beschlagnahme derjenigen Akten, die sich nach durchgeführter Entsiegelung und Sichtung der Papiere als für die Untersuchung bedeutsam erweisen, mittels einer auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg eigens anfechtbaren Beschlagnahmeverfügung zu erfolgen (vgl. TPF BE.2005.1 und BE.2005.2 vom 13. Juli 2005 jeweils E. 3.3). Allenfalls können Passagen in Unterlagen, welche sensible Daten enthalten sollten und deren Kenntnis für die Untersuchung nicht erforderlich ist, abgedeckt werden. Dadurch ist ausreichend gewährleistet, dass keine Beschlagnahme von Papieren und Datenträgern erfolgt, welche durch den Untersuchungszweck nicht gedeckt ist. Dadurch wird dem Gebot nach einer Durchsichtung, welche mit grösster Schonung der Privat- und Geschäftsgeheimnisse durchzuführen ist, hinreichend Rechnung getragen.

## **8.**

**8.1** Art. 50 Abs. 3 VStrR verweist für das Entsiegelungsverfahren auf Art. 25 Abs. 1 VStrR, mithin auf das Beschwerdeverfahren. Gemäss Art. 25 Abs. 4 VStrR bestimmt sich die Kostenpflicht im Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdekammer nach den Art. 62 – 68 BGG. Es wird keine Parteientschädigung an die obsiegende Gesuchstellerin ausgerichtet (Art. 245 Abs. 1 BStP i.V.m. Art. 68 Abs. 3 BGG).

**8.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die unterliegenden Gesuchsgegnerinnen die Kosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 245 BStP i.V.m. Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'000.-- anzusetzen (Art. 3 des Reglements vom 11. Februar 2004 über die Gerichtsgebühren vor dem Bundesstrafgerichts; SR 173.711.32).

## **Demnach erkennt die I. Beschwerdekammer:**

**1.** Das Gesuch wird gutgeheissen.

- 
2. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die am 10. und 11. Oktober 2007 sichergestellten und versiegelten Gegenstände in Gegenwart der Gesuchsgegnerinnen und/oder deren Vertreter zu entsiegeln und zu durchsuchen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird den Gesuchsgegnerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.
-



## C Zivilrechtliche Praxis

### Pratiques des tribunaux civils

### Prassi dei tribunali civili

#### C 1 Kantonale Gerichte

#### Tribunaux cantonaux

#### Tribunali cantonali

C 1	1. <b>Speedy Garage SA/BMW (Suisse) SA</b>
-----	--

*Ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans la cause divisant Speedy Garage SA, à Romanel-sur-Lausanne, d'avec BMW (Suisse) SA, à Dielsdorf. Audience du 26 février 2008.*

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur constate :

#### En fait :

1. La requérante Speedy Garage SA a pour but l'exploitation d'un ou plusieurs garages. Michel Darbellay et Alexandre Pesci sont administrateurs de cette société, et disposent chacun de la signature individuelle.

L'intimée BMW (Suisse) SA est l'importateur, en Suisse, d'automobiles, pièces accessoires et autres produits de la marque BMW.

2. Par courrier du 27 mars 2006, l'intimée a écrit à la requérante ce qui suit :

#### **"Votre demande relative à la qualité de réparateur agréé BMW**

(...)

Nous vous remercions pour votre demande du 21 février 2006 faisant état de façon détaillée de la situation actuelle de votre garage. Nous accusons volontiers réception du courrier et lui accorderons l'attention nécessaire.

En notre qualité d'importateur (sic), nous tenons fermement à ce que nos concessionnaires et réparateurs agréés travaillent dans un environnement économique susceptible de contribuer au développement prospère et durable de l'entreprise. Nous avons par conséquent procédé à une première analyse de la situation du marché dans la région dans laquelle vous avez l'intention d'exploiter le garage. A la suite de nos premières analyses, nous nous devons toutefois de vous informer que, à notre avis, la situation du marché doit plutôt être actuellement qualifiée de difficile dans la région de Lausanne. Nous pensons pour cette raison qu'il vous sera difficile de rentabiliser en cours d'exploitation les coûts occasionnés par les exigences rigoureuses imposées par nos standards envers les réparateurs agréés BMW. Afin d'épargner à votre entreprise les dépenses que causerait un audit,

nous vous prions donc de bien vouloir étudier plus profondément votre demande sous cet aspect. Nous vous recommandons aussi de procéder, pour parer à toute éventualité, à vos propres analyses du marché dans la région en question.

Nous nous tenons naturellement volontiers à votre disposition pour répondre à toute question que vous pourriez avoir ou vous fournir l'assistance nécessaire, en particulier en ce qui concerne le calcul des coûts qu'occasionnerait la conformité avec les standards.

Pour ce qui est de votre planning, nous attirons votre attention sur le fait que la mise en œuvre des standards nécessite par expérience plusieurs mois et donc que leur implémentation est, malheureusement, très improbable d'ici à la date d'ouverture relativement proche que vous visez.

(...)"

3. La requérante a déménagé dans de nouveaux locaux sis au chemin des Mésanges 2 à Romanel inaugurés le 5 mai 2006. Le procès-verbal de vente immobilière aux enchères dans la faillite Jan SA du 13 décembre 2005 mentionne que ces locaux ont été acquis par Alexandre Pesci pour un montant de 3'530'000 francs.

Il ressort d'un article intitulé "Le Palais des italiennes transformé en temple du haut de gamme", paru dans le journal 24Heures du 9 mai 2006, qu'avec un showroom de 2000 mètres carrés, la requérante a presque quintuplé la surface dont elle disposait avant son déménagement du chemin de Boissonnet, à Lausanne. On peut également lire qu'elle est l'importateur pour la Suisse de la marque hollandaise Spyker, représente Maserati, Wiesmann et Novitec Rosso, et qu'elle est en cours de certification pour devenir concessionnaire services des marques Ferrari et BMW et en contact avec les constructeurs Aston Martin et TVR.

Dans un article intitulé "Bienvenue au palais du haut de gamme" paru dans la Revue automobile du 11 mai 2006, on peut notamment lire que la requérante est "l'agence officielle pour Maserati".

Dans un article paru le 31 mai 2006 dans "Le Nouvelliste" intitulé "Wiesmann, Spyker, Novitec Rosso... L'exotisme vient aux Romands", on peut lire notamment ceci :

"(...) Inauguré début mai à Romanel-sur-Lausanne, le Speedy Garage est spécialisé dans le tout haut de gamme sportif. Il est certifié ou en cours de certification pour les marques Ferrari, Maserati, BMW, Aston Martin et TVR. De plus, il est importateur de la marque hollandaise Spyker et représentant du manufacturier allemand Wiesmann ainsi que du préparateur allemand Novitec Rosso, spécialisé Ferrari. (...)"

Ces véhicules sont exposés dans de superbes installations en fait celles du Palais des Italiennes qui appartenait au groupe Jan tombé en faillite il y a deux ans. Le showroom de 2000 mètres carrés permet de mettre en valeur les voitures, et un "Spyker Café" sis à l'intérieur accueille les clients dans un cadre très tendance. Le directeur Michel Darbellay, a aussi en projet l'installation d'une borne Wi-Fi et la création d'une boutique d'accessoires des marques. (...)"

4. Par courrier électronique du 7 juin 2006, Michel Darbellay a écrit à l'intimée ce qui suit :

"(...)"

Faisant suite à votre courrier du 27 mars 2006, à notre lettre du 31 mars 2006 et à nos diverses tentatives téléphoniques de vous joindre restées sans succès, nous vous informons que nous attendons toujours l'audit qui permettra d'évaluer les modifications que nous devons entreprendre dans notre garage pour atteindre les standards qualitatifs requis par BMW. A ce jour nous n'avons reçu aucune proposition de rendez-vous de votre part et nous vous prions donc de procéder rapidement à la planification de cet audit tout en maintenant un délai politiquement acceptable.

Nous vous invitons une nouvelle fois à nous rendre visite pour nous donner le plaisir de vous présenter les structures que nous mettons à disposition afin de servir au mieux notre clientèle. (...)"

Par télécopie et pli simple du 17 août 2006, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée ce qui suit :

**"Demande de qualité de réparateur agréé BMW"**

"(...)"

Nous faisons suite à votre envoi du 27 mars 2006 ainsi qu'à la séance survenue en nos locaux, à Romanel-sur-Lausanne, le 4 juillet 2006, concernant la demande citée sous rubrique.

Nous ne vous cachons pas avoir été quelque peu déçus de constater que l'entrevue du 4 juillet 2006 n'a été qu'en fait une redite de votre envoi du 27 mars 2006, quand bien même ladite rencontre était empreinte d'une cordialité certaine. En effet, nous étions convaincus que vos représentants se rendaient dans notre garage pour constater, si oui ou non, nous remplissions les critères sélectifs pour devenir un point de service après-vente BMW.

Nous avons bien compris le souci de fidélité et de cohérence que vous souhaitez garantir dans chacune de vos actions à l'égard des concessionnaires déjà existants, qui, nous sommes forcés de

l'admettre, ont certainement consenti à quelques investissements, comme de vous assurer que notre garage puisse dégager les marges suffisantes pour assurer sa santé financière. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue que la Loi sur les Cartels comme les directives de la Commission de la concurrence concernant les accords verticaux dans les domaines de la distribution automobile veulent que le marché suisse de l'automobile soit un marché concurrentiel et libre, raison pour laquelle toute entente cartellaire ou protection quelconque doit être désormais exclue en faveur des acteurs économiques déjà en place. Il est en effet notoire et connu de tous, que ce soit le concessionnaire ou l'importateur d'une marque en Suisse, que la garantie absolue de protection des intérêts par le jeu et l'entrave à la concurrence/fermeture de l'accès à de nouveaux acteurs économiques d'une marque n'est plus possible.

Nous sommes toutefois convaincus qu'un potentiel existe non seulement sur la région lausannoise, qui ne peut plus être entendue comme seule zone pertinente du fait des nouvelles règles imposées par la Comco, mais également sur le Canton de Vaud dans son ensemble tant il est vrai que l'agent BMW à Yverdon n'existe plus et celui de Montreux s'est vu signifier la non-reconduction de son contrat d'agent-vente et après-vente à compter du 1er janvier 2007.

Vous n'êtes pas sans le savoir, du simple fait déjà que nous sommes concessionnaires de la marque Maserati, les produits BMW sont à n'en point douter une excellente alternative pour nos clients qui souhaitent acquérir un second véhicule d'un certain standard comme les produits BMW l'offrent. Notre clientèle s'étend dans toute la Suisse, raison pour laquelle un point de service après-vente BMW en notre garage ne saurait constituer une menace directe pour les agents déjà en place, que ce soit celui de Lausanne, celui de Crissier ou celui de Morges. Cette précision ne tient même pas compte des demandes, pourtant nombreuses, qui nous ont été adressées par des propriétaires de BMW qui souhaiteraient nous confier leur véhicule pour le service après-vente.

Quoi qu'il en soit, tel qu'annoncé, nous entreprendrons toutes les démarches utiles auprès de Perroud Automobiles SA, BMW Jan SA, et, en cas de besoin, Emil Frey dans le sens de ce qui avait été discuté, à savoir que nous pourrions épauler les concessionnaires déjà existants dans le cadre des ventes à effectuer et leur permettre ainsi d'atteindre les quotas annuels fixés par les contrats-vente.

"(...)"

Le 3 octobre 2006, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée ce qui suit :

"(...)"

Je reviens vers vous suite à mon courrier du 16 août 2006, lequel faisait suite à vos lignes du 27 mars 2006 ainsi qu'à la séance du 4 juillet 2006 dans les locaux de Speedy Garage SA.

Depuis lors, nous avons pris soin de rassembler tous renseignements utiles concernant les conditions relatives à l'obtention de la qualité de "réparateur agréé" d'une marque, ce préalablement à toute prise de contact avec les concessionnaires de la marque BMW installés dans le canton de Vaud. Compte tenu de ce qui sera exposé ci-après, cette dernière démarche doit être considérée comme superflue.

Il ressort en effet des informations recueillies, en particulier auprès de la Commission fédérale de la concurrence, sur la base de la Communication concernant les accords verticaux en matière de distribution automobile du 21 octobre 2002, en vigueur depuis le 1er novembre 2002, sous son chiffre 6, que les fournisseurs d'automobiles doivent accepter en qualité de réparateurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir les critères qualitatifs fixés par les fournisseurs de la marque.

Si les fournisseurs sont libres dans le choix et la fixation des critères qualitatifs que doivent remplir les candidats, ils ont en revanche l'obligation d'établir des critères qualitatifs identiques et de les appliquer de la même manière à tous les réparateurs (candidats ou déjà agréés).

Il est par contre envisageable de fixer pour des raisons économiques (zone d'activité, type de clientèle) des critères différents, étant entendu qu'au sein de chaque catégorie le principe de non-discrimination s'applique également.

Il convient de rappeler ici que si les exigences qualitatives contribuent de manière indirecte à limiter le nombre de candidats capables de les remplir, les fournisseurs ne sont en revanche pas en droit de limiter le nombre de réparateurs agréés comme cela est le cas dans le domaine de la vente.

Cela étant, je vous invite dès réception de la présente à mettre en œuvre l'audit tel qu'évoqué dans votre courrier du 27 mars 2006, de manière à vérifier que Speedy Garage SA remplit bel et bien les critères fixés par la marque que vous représentez et ainsi aller de l'avant.

(...)"

Par courrier du 30 octobre 2006, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée en ces termes :

"Demande de qualité de réparateur agréé

(...)

Je reviens par la présente sur l'affaire citée en marge suite à mon courrier du 3 ct, resté sans réponse à ce jour.

Je vous invite à me répondre dans les plus brefs délais, 10 jours me paraissant suffisants compte tenu des demandes contenues dans le courrier précité

(...)"

Par courrier recommandé du 16 novembre 2006, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée ce qui suit :

"Demande de qualité de réparateur agréé

(...)

Je reviens par la présente sur l'affaire citée en marge suite à mes courriers du 3 et 30 octobre 2006, restés lettre morte à ce jour.

Je vous rappelle encore une fois notre demande tendant à ce que soit mis en œuvre sans délai l'audit de certification en faveur de ma mandante Speedy Garage SA.

A défaut je me verrai contraint de saisir la ComCo pour dénoncer la violation, par votre société, des règles applicables à l'admission des candidats à la qualité de réparateur agréé selon le chiffre 6 de la Communication du 21 octobre 2002.

(...)"

Une rencontre entre les parties a été fixée le 1er décembre 2006 chez la requérante.

5. Par lettre signature du 8 janvier 2007, le conseil de la requérante a déposé une "demande d'ouverture d'enquête valant dénonciation (art. 26 al. 1, 27 al. 1, 30 al. 1 LCart, art. 7 LCart et chiffre 6 de la Communication du 21 octobre 2006)" à l'encontre de l'intimée, devant la Commission de la concurrence (ci-après : Comco), à Berne.

6. Par lettre signature du 8 février 2007, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée ce qui suit :

"(...)

Je vous confirme en tant que de besoin que Speedy Garage SA est fermement décidée à revêtir la qualité de concessionnaire de service après-vente BMW. Elle entend assumer le risque économique sur lequel vous avez attiré son attention à diverses reprises.

Ma mandante est également prête à consentir aux investissements nécessaires de manière à remplir les standards qualitatifs exigés par la marque.

Cela étant et conformément aux informations que vous avez données à la Commission de la concurrence selon lesquelles un contrat pouvait être conclu avec Speedy Garage SA pour autant que celle-ci remplisse les critères de qualité, je vous invite à me faire parvenir sans délai la liste des critères de qualité devant être remplis et qui ne le seraient pas à l'heure actuelle, et à m'indiquer quelles sont les modalités de mise en œuvre à brève échéance d'un audit de certification.

(...)"

Par pli recommandé du 22 février 2007, le conseil de la requérante a encore écrit ce qui suit à l'intimée :

"(...)

Je reviens vers vous concernant l'affaire susmentionnée, suite à mon courrier du 8 ct resté lettre morte à ce jour.

Je vous invite une nouvelle et dernière fois à faire le nécessaire en vue de finaliser un contrat de service après-vente avec ma mandante, soit en parti-

culier à me faire parvenir sans délai la liste des critères de qualité devant être remplis et qui ne le seraient pas à l'heure actuelle, et à m'indiquer quelles sont les modalités de mise en œuvre à brève échéance d'un audit de certification.

(...)"

Par courrier du 13 avril 2007, l'intimée a répondu au conseil de la requérante en ces termes :

"(...)

En réponse à votre demande de signature d'un contrat d'atelier de service, nous vous faisons parvenir ci-joint, dans un premier temps, les standards actuellement en vigueur pour les ateliers de service BMW. Certains points de ces standards sont actuellement en cours de réexamen. Nous ne manquerons cependant pas de vous tenir informés des changements éventuels.

Nous attirons en outre votre attention sur le fait que, conformément au contrat d'atelier de service, les ateliers de service doivent remplir en permanence diverses autres conditions. Dans les prochains jours, nous vous adresserons encore à ce sujet quelques questions, dont nous aimerions nous entretenir avec vous.

(...)"

Par pli du 3 mai 2007, la requérante a retourné à l'intimée l'original du contrat de service après-vente BMW signé et lui demandait de lui renvoyer, par retour de courrier, le contrat et ses annexes contresignés par ses soins et une proposition de date de rencontre sur les lieux pour confirmation de la mise en œuvre du contrat.

Le 4 juin 2007, le conseil de la requérante a prié l'intimée de lui retourner les contrats dûment signés et de prendre contact avec lui dans les meilleurs délais afin d'organiser une rencontre sur les lieux et finaliser les standards et critères pour la mise en œuvre du contrat de service après-vente BMW.

Le 26 juin 2007, l'intimée a répondu au conseil de la requérante en ces termes :

"(...)

En ce qui concerne la demande de Speedy Garage SA relative à la conclusion d'un contrat de garage de service après-vente, nous avons déjà mis à la disposition de Speedy Garage SA un grand nombre de documents sur les standards applicables. Nous nous permettons, comme nous l'avions annoncé, d'attirer en plus votre attention sur d'autres conditions requises pour tous les garages de service après-vente de BMW (Suisse) SA :

1. L'activité de garage de service après-vente se limite aux travaux de réparation et de maintenance, y compris la vente de pièces originales qui sont montées dans les véhicules. La vente de véhicules neufs par les garages de service après-vente n'est pas prévue, cela nécessiterait la conclusion d'un contrat de concessionnaire BMW. Nous prions donc votre cliente de bien vouloir confirmer qu'elle ne

vend pas actuellement et ne vendra pas à l'avenir des véhicules neufs BMW.

2. Conformément au contrat de garage de service après-vente, le garage de service après-vente s'efforcera, dans le cadre de sa présentation commerciale, d'éviter toute confusion des services rendus pour des véhicules d'autres marques avec les services rendus pour les véhicules BMW. Nous prions donc votre cliente de nous informer par écrit de tout éventuel service rendu ainsi que des mesures prises pour éviter une confusion avec les services rendus pour les véhicules BMW.

3. Pour le reste, nous vous renvoyons au par. 7 du contrat de service après-vente selon lequel le garage de service après-vente est, en particulier, également tenu de divulguer les bases financières et les rapports de participations et se doit de présenter les différentes autres bases contractuelles personnelles et techniques.

4. Nous vous prions par ailleurs de bien vouloir nous faire des propositions pour l'utilisation prévue de la marque nominale BMW dans le cadre de la prestation de service comme garage de service après-vente.

5. Veuillez en outre nous expliquer dans quelle mesure le plan comptable de BMW Suisse est pris en considération dans la comptabilité courante de votre cliente.

Pour la bonne forme, nous attirons votre attention sur le fait que les différents points soulignés ci-dessus le sont simplement à titre de première information sur les conditions à remplir par votre cliente conformément au contrat de service après-vente et ne sont en aucun cas exhaustifs. Nous nous réservons explicitement le droit d'examen détaillé de la demande de votre cliente par BMW (Suisse) SA.

(...)"

Par pli recommandé du 13 juillet 2007, le conseil de la requérante a répondu à l'intimée notamment ce qui suit :

"(...)

Les points que vous soulevez appellent les déterminations suivantes.

Ad 1 : Je vous confirme que ma mandante ne vend pas de véhicules neufs et n'en vendra pas à l'avenir en qualité de concessionnaire de service de vente, qualité qu'elle n'a pas. (...)

Ad 2 : Je vous confirme que Speedy Garage SA se conforme tant aux directives de la Comco en matière de multimarquisme, qu'aux standards BMW en matière de service après-vente. Un espace particulier est réservé au service après-vente des véhicules BMW dans l'atelier. Cet espace est aménagé conformément aux standards de la marque, notamment au niveau du matériel et de l'outillage. Il est toutefois indispensable que vous vous rendiez

à bref délai sur les lieux pour constater par vous-mêmes.

Ad 3 : Speedy Garage SA est une société anonyme ordinaire, dont le capital-actions de CHF 100'000.- est divisé en 100 actions nominatives de CHF 1'000.-, détenues par Alessandro PESCI et Michel DARBELLAY à raison de 50 % chacun, avec restrictions quant à la transmissibilité.

Ad 4 : Pour que nous soyons en mesure de vous faire des propositions pour l'utilisation de la marque nominale BMW dans le cadre de la prestation de service comme garage de service après-vente, il est indispensable que vous veniez sur place afin que les représentants de Speedy Garage SA vous montrent les emplacements prévus pour les activités du service après-vente BMW.

Ad 5 : Je vous confirme que le plan comptable de BMW a d'ores et déjà été intégré dans le système comptable de Speedy Garage SA.

Je vous invite à contacter le soussigné afin de mettre en œuvre dans les plus brefs délais une visite sur place dans le sens de ce qui précède, et de m'indiquer par retour de courrier les informations qui vous manqueraient encore à ce jour.

Je demeure toujours dans l'attente de l'envoi du contrat de service après-vente que je vous avais retourné pour signature et constate que mes deux dernières relances sont restées sans effet à ce propos.

(...)"

Par pli du 26 juillet 2007 au conseil de la requérante, l'intimée a accusé réception du courrier précité et l'a informé que MM. Egloff et Ahlborn étant en vacances, ils ne seraient pas en mesure, avant la mi-août, de prendre position concernant les points évoqués et reprendraient contact avec lui aussitôt qu'ils auraient pu étudier tous les détails relatifs au contrat.

Par courrier du 13 août 2007, l'intimée a écrit à la requérante en ces termes :

"(...) Wir weisen Sie jedoch darauf hin, dass die von Ihnen behauptete Äusserung von Herrn Ahlborn in dieser Form nicht stattgefunden hat und grob verzerrt wiedergegeben wurde. Herr Ahlborn hat lediglich seine Bedenken gegen die Eröffnung einer weiteren Servicewerkstätte kundgetan und darauf hingewiesen, dass das Gesuch umfassend und unter Berücksichtigung aller Umstände geprüft werde.

Im Übrigen müssen wir Ihnen mitteilen, dass uns kürzlich neue Informationen zur Kenntnis gebracht wurden, welche die Erfüllung der allgemeinen qualitativen Voraussetzungen, welche wir an unsere Servicewerkstätten stellen, durch die Speedy Garage SA zumindest als sehr fraglich erscheinen lassen. Gemäss den uns zugetragenen Informationen war die Speedy Garage SA bis vor kurzem eine zugelassene Servicewerkstätte für die Marke

Maserati. Angeblich wurde der Servicewerkstättenvertrag von der Vertragsgegenseite aufgrund von Fehlverhalten der Speedy Garage SA in ihrer Eigenschaft als Servicewerkstätte fristlos gekündigt. Soweit uns bekannt ist, sind diesbezüglich Gerichtsverfahren anhängig.

Die BMW (Schweiz) AG legt grössten Wert auf eine einwandfreie Vertragsabwicklung durch ihre Vertragspartner, was sich auch in den strengen qualitativen, fachlichen und persönlichen Voraussetzungen, unter anderem genäss Ziffer 7-9 Servicevertrag, widerspiegelt. Sie werden verstehen, dass unsererseits kein Interesse am Abschluss eines Servicewerkstättenvertrages mit der Speedy Garage SA bestehen kann, solange wir nicht vollumfänglich über diese Angelegenheit unterrichtet sind und uns persönlich davon überzeugen konnten, dass sich hieraus keine Einwendungen gegen den Abschluss eines Servicewerkstättenvertrages ergeben.

(...)"

7. Le 16 août 2007, le conseil de la requérante a écrit à la Comco le courrier suivant :

"(...)

Je fais suite à l'envoi du 13 août 2007 de BMW (Suisse) SA rédigé en allemand, concernant l'objet cité sous rubrique et dont vous avez reçu une copie.

Il est désormais on ne peut plus clair que BMW (Suisse) SA n'a aucune intention de signer le contrat de service après-vente avec Speedy Garage SA. Elle invoque depuis des mois maintenant les raisons les plus diverses, plus infondées les unes que les autres, pour s'y soustraire.

Le courrier précité du 13 août 2007 en est l'illustration parfaite.

Les procédures judiciaires en cours opposant Speedy Garage SA à MASERATI (Suisse) SA ne concernent nullement BMW (Suisse) SA. Outre le fait que les motifs invoqués à l'époque par Ferrari (Suisse) SA à l'appui de la résiliation sont intégralement contestés, l'on voit mal en quoi Speedy Garage SA ne serait pas à même de respecter les standards de qualité exigés par BMW. Force est en outre de relever que l'on comprend mal quel est le lien entre les procédures précitées et les chiffres 7 à 9 du contrat de service auxquels se réfère BMW (Suisse) SA dans son courrier du 13 août 2007.

Il est en tout état de cause exclu que Speedy Garage SA remette à BMW (Suisse) SA quelque pièce que ce soit en relation avec les procédures judiciaires introduites jusqu'ici, lesquelles n'en sont pour l'heure qu'au stade des mesures provisionnelles et que la situation n'a pas été examinée par le juge du fond.

Je vous prie dès lors une nouvelle fois d'intervenir instamment auprès des responsables de BMW (Suisse) SA afin que le contrat dûment signé nous

soit retourné immédiatement, à défaut Speedy Garage SA n'aura d'autre choix que de saisir la justice pour violation de la Loi fédérale sur les cartels.

(...)"

Le 6 novembre 2007, la Comco a répondu au conseil de la requérante notamment ce qui suit :

"(...)

En l'espèce, l'état de fait concerne un conflit opposant uniquement deux parties et relève d'un problème de nature commerciale. La Commission de la concurrence (ci-après Comco) ne traite en principe pas ce genre de litige, réservé à l'autorité du juge civil. Les parties n'ont par conséquent légalement aucun droit à ce que la Comco traite des plaintes ayant comme objet un litige purement bilatéral et commercial.

Toutefois, la BMW (Suisse) SA se doit de traiter toute candidature de sujets désirant devenir réparateurs agréés de la marque, en communiquant les critères qualitatifs qui devraient être atteints ainsi qu'en les auditant tel que le dispose la note explicative de la Commission de la concurrence se rapportant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile. Cette dernière précise le chiffre 6 de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile.

(...)

En l'état BMW (Suisse) SA ne refuse pas l'agrégation après-vente au garage Speedy Garage SA pour une question de critères qualitatifs non remplis, mais fonde son refus d'octroyer l'agrégation sur un problème de confiance et de risque résultant d'une relation entre Speedy Garage SA et une autre marque.

Si un tel argument n'est pas expressément prévu dans la communication susmentionnée il pourrait cependant, compte tenu de son importance, être pris en compte comme justificatif d'un tel refus.

De ce fait, pour les raisons susmentionnées ci-dessus, ainsi que pour l'examen de la pertinence de la justification du refus d'agrégation de BMW (Suisse) SA, nous vous invitons à faire valoir vos prétentions devant le juge civil.

(...)"

8. La requérante a produit un extrait du site Internet de l'intimée, imprimé le 25 février 2008, qui mentionne que cinq garages sis dans le canton de Vaud possèdent tant la concession vente que le service après-vente BMW, savoir :

- Dimab SA, à Payerne
- Emil Frey SA Genève, à Crissier
- Jan-Autos SA, à Lausanne
- Perroud Automobiles (Morges) SA, à Morges
- Perroud Automobiles SA, à Gland

9. Il ressort de la "Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile" du 21 octobre 2002 de la Comco (publiée in Droit et politique de la concurrence [DPC] 2002 p. 778) notamment ce qui suit :

"(...)

Décision de la Commission de la concurrence du 21 octobre 2002

Au vu des raisons évoquées ci-après, la Commission de la concurrence suisse fait connaître la présente communication:

- Conformément à l'article 6 de la Loi sur les cartels (LCart; RS 251), la Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, en application analogue de l'article 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.

- La présente communication a été inspirée par le règlement (CE) N°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile qui est entré en vigueur dans l'Espace Economique Européen (ci-après: EEE) le 1er octobre 2002 (ci-après: règlement d'exemption). Elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse. La Comco veut ainsi éviter le cloisonnement du marché suisse et favoriser la concurrence intramarque. Elle souhaite également stimuler la concurrence sur le marché du service après-vente.

(...)

- La présente communication ne lie ni la Commission de recours pour les questions de concurrence, ni le Tribunal fédéral lors de l'interprétation de dispositions relatives au droit des cartels.

## A. Définitions

(...)

### Chiffre 3 Systèmes de distribution

1 Par systèmes de distribution, on entend les systèmes de distribution sélective et exclusive.

2 Par système de distribution sélective, on entend un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, ceci sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou de l'obligation de fournir aux opéra-

teurs indépendants l'ensemble des informations techniques, des systèmes de diagnostic, des outils et de la formation nécessaires pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement.

3 Par système de distribution exclusive, on entend un système de distribution dans lequel un revendeur agréé se voit attribuer un territoire de vente exclusif par le fournisseur d'automobiles.

(...)

#### **Chiffre 6 Réparateur agréé**

Un réparateur agréé est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un système de distribution créé par un fournisseur d'automobiles.

#### **Chiffre 7 Réparateur indépendant**

1 Un réparateur indépendant est un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui n'agit pas au sein du système de distribution créé par le fournisseur d'automobiles dont il assure la réparation ou l'entretien.

2 Est aussi réputé être un réparateur indépendant au sens de la présente communication, un réparateur agréé agissant au sein du système de distribution d'un fournisseur d'automobiles donné dans tous les cas où il fournit des services de réparation et d'entretien portant sur des véhicules automobiles d'un autre fournisseur d'automobiles au réseau duquel il n'appartient pas.

(...)

### **B. Règles**

#### **Chiffre 11 Principe**

La Comco considère que des accords de distribution qui contiennent l'une des clauses figurant aux chiffres 12 à 17 ci-dessous affectent de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart et ne peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

(...)

#### **Chiffre 15 Après-vente**

1 En règle générale, les clauses suivantes affectent de manière notable la concurrence et ne sont pas justifiables, lorsqu'elles contiennent:

a) la restriction du droit pour un réparateur agréé à limiter ses activités à la fourniture de services de réparation et d'entretien et à la distribution de pièces de rechange;

b) la restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation et d'entretien à des réparateurs agréés; le fournisseur d'automobiles peut toutefois exiger du distributeur qu'il communique aux utilisateurs finals, avant la conclusion de tout contrat d'achat, le nom et l'adresse du ou des réparateurs agréés en question et, si certains de ces réparateurs agréés ne se

trouvent pas à proximité du point de vente, qu'il indique aux utilisateurs finals à quelle distance du point de vente se situe le ou les ateliers de réparation en question;

c) la restriction de la vente de pièces de rechange pour des véhicules automobiles par les membres d'un réseau de distribution sélective à des réparateurs indépendants actifs en Suisse ou dans l'EEE qui utilisent ces pièces pour la réparation et l'entretien d'un véhicule automobile;

d) la restriction de la faculté pour un fournisseur de pièces de rechange d'origine ou de pièces de qualité équivalente, d'outils destinés aux réparations, d'équipements de diagnostic ou d'autres équipements de vendre de tels produits ou services à des distributeurs agréés ou indépendants en Suisse ou dans l'EEE et à des réparateurs agréés ou indépendants actifs en Suisse ou dans l'EEE ou à des utilisateurs finals;

e) la restriction de la capacité d'un distributeur ou d'un réparateur agréé d'obtenir en Suisse ou dans l'EEE d'une entreprise tierce de son choix des pièces de rechange d'origine ou des pièces de rechange de qualité équivalente et de les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles; le fournisseur de véhicules automobiles neufs peut toutefois imposer l'utilisation de pièces de rechange d'origine fournies par lui pour les réparations sous garantie, pour le service gratuit et lors du rappel des véhicules;

f) le refus fait par le fournisseur d'automobiles de donner accès aux opérateurs indépendants aux informations techniques, aux équipements de diagnostic et autres, aux outils, y compris les logiciels appropriés ou à la formation nécessaire pour la réparation et l'entretien de ces véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement.

2 L'accès cité à l'alinéa 1 lettre f doit comprendre en particulier l'utilisation sans restriction des systèmes électroniques de contrôle et de diagnostic d'un véhicule automobile, la programmation de ces systèmes conformément aux procédures types du fournisseur d'automobiles, les instructions en matière de réparation et de formation et les informations nécessaires à l'utilisation des outils et équipements de diagnostic et d'entretien. L'accès doit être accordé aux opérateurs indépendants sans discrimination, rapidement et de façon proportionnée, et les informations doivent être fournies sous une forme utilisable. Si l'élément considéré est couvert par un droit de propriété intellectuelle ou s'il constitue un savoir-faire, l'accès ne peut pas être refusé abusivement.

(...)"

Il ressort de la note explicative de la Comco se rapportant à la Communication précitée (publiée in DPC 2004 p. 971) notamment ce qui suit :

"(...)

La Commission de la concurrence (ci-après: la Comco) a adopté le 21 octobre 2002 une Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (ci-après: la Communication), en vigueur depuis le 1er novembre 2002.

Dans le cadre de sa mise en œuvre, le secrétariat de la Comco a été amené à fournir des explications à un certain nombre de questions soulevées par les destinataires de la Communication.

La Comco réunit, dans le présent texte, les réponses aux questions les plus fréquentes et les publie sous forme de note explicative.

Ce faisant, elle tient compte des développements enregistrés au niveau européen dans l'application du règlement (CE) N° 1400/2002 et veille ainsi à rester en harmonie avec la pratique développée par la Commission européenne.

### **Chiffre 3: systèmes de distribution**

Dans le domaine de la vente, les fournisseurs d'automobiles ont le choix entre deux modes de distribution, à savoir la distribution exclusive ou sélective. Il n'est plus possible de combiner ces deux modes de distribution comme cela était le cas sous l'ancien régime.

(...)

#### **Chiffre 6: réparateur agréé**

1. Les fournisseurs d'automobiles doivent organiser leurs réseaux de réparateurs agréés sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant uniquement sur des critères qualitatifs.

Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de réparateurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter), y compris notamment les revendeurs agréés dont le contrat a été résilié, mais qui souhaiteraient poursuivre leur activité comme réparateurs agréés.

Il est légitime que les fournisseurs d'automobiles vérifient si les candidats remplissent les critères avant de conclure un accord avec eux.

2. Les fournisseurs d'automobiles sont libres dans le choix et la fixation des critères qualitatifs que doivent remplir les candidats. Ils peuvent exiger que les réparateurs agréés soient en mesure d'exécuter des travaux de réparation ou d'entretien d'une qualité définie et dans des délais fixes.

Les exigences des fournisseurs d'automobiles porteront sur l'aptitude des réparateurs agréés à honorer les garanties, à effectuer l'entretien gratuit et à participer à un processus de rappel de tout véhicule automobile de la marque considérée vendu dans l'Espace Economique Européen ou en Suisse.

Certaines exigences qualitatives contribueront à limiter de façon indirecte le nombre de candidats capables de les remplir. Toutefois, les fournisseurs d'automobiles ne peuvent pas limiter le nombre de

réparateurs agréés comme cela est le cas dans le domaine de la vente. Ainsi, les critères qualitatifs exigibles ne doivent pas aller au-delà de ce que requiert une bonne exécution des travaux de réparation et d'entretien.

Les fournisseurs d'automobiles ont l'obligation d'établir des critères qualitatifs identiques et de les appliquer de la même manière à tous les réparateurs (candidats ou déjà agréés) qui sont dans une situation semblable (principe de non-discrimination). Il est tout à fait envisageable de fixer pour des raisons économiques (zone d'activité, type de clientèle) des critères différents, étant entendu qu'au sein de chaque catégorie le principe de non-discrimination s'applique également.

D'autre part, les critères doivent être les mêmes pour les réparateurs agréés qui sont aussi des revendeurs agréés de véhicules neufs de la marque considérée que pour ceux qui ne le sont pas.

Un garagiste peut devenir réparateur agréé de plusieurs marques s'il est en mesure de remplir les critères qualitatifs exigés par chacune d'elles.

Les principes énoncés précédemment s'appliquent également lorsque le fournisseur d'automobiles a instauré un réseau de carrossiers agréés.

#### **Chiffre 8: pièces de rechange**

Si les fournisseurs d'automobiles souhaitent mettre en place un réseau de distributeurs de pièces de rechange d'origine, alors ils ont l'obligation d'organiser leurs réseaux de distributeurs de pièces de rechange d'origine sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant sur des critères qualitatifs uniquement. Ceci a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de distributeurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter).

(...)

#### **Chiffre 15 let. a et b: séparation des activités de vente et de service après-vente**

La Communication permet de dissocier les activités de vente et de service après-vente, de même que les activités de vente ne peuvent être liées à celles de la distribution de pièces détachées. Elle prévoit la suppression de l'obligation pour un même acteur de se charger à la fois de la vente et du service après-vente. Un distributeur agréé peut donc limiter son activité exclusivement à la vente de véhicules neufs ou au service après-vente.

La Communication prévoit que le distributeur agréé (non réparateur) doit indiquer au consommateur final les références d'un réparateur agréé en mesure de fournir les services de réparation et d'entretien, les travaux sous garantie et les réparations à la suite du rappel de véhicules (chiffre 15 let. b).

Un distributeur agréé peut aussi agir comme réparateur indépendant sur les véhicules neufs qu'il a vendus. Il risque cependant de ne pas être rému-



néré par le fournisseur d'automobiles pour les réparations effectuées sous garantie, lors du rappel de véhicules ou les services gratuits octroyés par le fournisseur d'automobiles.

De même, chaque distributeur agréé a la possibilité d'abandonner son activité de vente pour se concentrer uniquement sur celle de réparateur agréé.

L'exercice conjoint des activités de vente et de service après-vente comme distributeur et réparateur agréé reste toujours possible, si le distributeur le souhaite.

#### **Chiffre 15 let. c, d et e: approvisionnement en pièces de rechange**

Les fournisseurs d'automobiles n'ont pas le droit de limiter les possibilités d'approvisionnement en pièces de rechange. Un réparateur agréé ou indépendant doit pouvoir se procurer directement des pièces de rechange d'origine ou de qualité équivalente auprès de tiers (équipementiers) et ce n'importe où dans l'Espace Economique Européen et en Suisse et les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules automobiles.

#### **Chiffre 15 let. f: accès aux informations techniques**

Tous les réparateurs indépendants doivent avoir accès aux mêmes informations techniques, formations, outils et équipements que les réparateurs agréés. Il s'agit notamment des informations nécessaires pour exécuter les services d'entretien et de réparation. L'accès doit être donné sans discrimination et rapidement. Les coûts facturés aux réparateurs indépendants doivent être proportionnés.

(...)"

10. La requérante a produit un communiqué de presse du 13 mars 2006 de la Commission européenne, qui mentionne notamment ce qui suit (IP/06/302):

**"Concurrence: la Commission accueille favorablement les modifications apportées aux accords de distribution et de service après-vente de BMW**

***La Commission européenne a clôturé son enquête sur les accords de distribution et de service après-vente de BMW après leur modification en vue de leur mise en conformité avec le règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission d'exemption par catégorie pour la distribution automobile (voir document IP/02/1073). Grâce aux modifications introduites par BMW, les concessionnaires et les réparateurs pourront désormais vendre des voitures de marques concurrentes ou en assurer le service après-vente sans restrictions (multimarquisme), et tous les réparateurs satisfaisant aux normes qualitatives requises pourront devenir membres du réseau agréé. Une affaire analogue concernant General Motors a également été clôturée (voir document IP/06/303).***

(...)

#### **Multimarquisme pour la vente et l'après-vente de véhicules**

En ce qui concerne la vente et l'après-vente de marques différentes, plusieurs dispositions des contrats empêchaient les concessionnaires et les réparateurs BMW d'utiliser leurs installations existantes pour vendre des voitures de marques concurrentes ou en assurer le service après-vente, sans devoir consentir à des investissements inutiles car faisant double emploi. BMW a clairement accepté que ses concessionnaires et réparateurs utilisent leurs installations pour distribuer des véhicules d'autres marques et en assurer le service après-vente. L'entreprise a aussi précisé que les concessionnaires et réparateurs peuvent utiliser des systèmes de gestion et des infrastructures informatiques génériques (multimarques), y compris pour les aspects comptables, et qu'ils ne sont pas tenus de divulguer à BMW les informations sensibles d'un point de vue commercial relatives à leurs relations d'affaires avec d'autres marques. Ces modifications offrent aux concessionnaires la possibilité de se montrer innovants et plus efficaces, afin que les consommateurs puissent profiter de conditions commerciales plus avantageuses.

#### **Accès au réseau de réparateurs**

Les contrats de service après-vente de BMW contenaient une série d'exigences allant au-delà des exemptions prévues par le règlement d'exemption par catégorie applicable au secteur automobile. BMW a désormais réduit les exigences minimales de capacité à ce qui est objectivement nécessaire pour assurer des services de réparation et d'entretien de haute qualité, et a abandonné toutes les exigences quantitatives qui avaient pour effet de limiter directement le nombre de réparateurs agréés dans une zone donnée. En outre, une nouvelle "clause d'ouverture" prévoit que les réparateurs sont libres de s'approvisionner auprès de fournisseurs différents pour tous les équipements d'atelier et les outils, ainsi que l'ensemble du matériel et des logiciels informatiques, à condition de garantir une fonctionnalité et une qualité équivalentes. BMW autorise aussi à présent les réparateurs agréés à collaborer afin d'entreposer et d'acheter ensemble les pièces détachées. Grâce à ces adaptations et précisions, c'est la demande locale qui peut déterminer l'emplacement des garages agréés, de sorte que les consommateurs puissent profiter de services après-vente de qualité et situés près de chez eux, et profitent de la concurrence entre les réparateurs agréés BMW.

La Commission a également relevé que certaines pratiques discriminatoires à l'égard des réparateurs "autonomes" (c'est-à-dire les garages qui ne vendent pas de BMW neuves) avaient été abandonnées par BMW au cours de la procédure. Parmi ces pratiques, citons notamment le fait que, dans certains États membres, les réparateurs agréés autonomes n'étaient mentionnés ni dans le répertoire des réparateurs officiels BMW figurant sur le site web de BMW, ni dans les brochures de

service se trouvant à bord des voitures, ni dans les systèmes de navigation installés dans les voitures de la marque.

(...)"

11. A l'audience de mesures provisionnelles de ce jour, trois témoins ont été entendus.

a) Philippe Poulin, directeur d'une concession BMW à Morges entre 2001 et 2005 a déclaré en substance ce qui suit :

L'intimée ne favorise pas les points de service après-vente uniquement. Elle protège les concessions existantes et émet des critères et des exigences qui impliquent de lourds investissements. L'activité de concessionnaire de vente est difficile parce que l'intimée fixe des objectifs de vente. Pour l'après-vente, on peut estimer mais pas fixer d'objectifs (cela dépend des pannes, accidents, etc.). L'avantage d'être réparateur agréé c'est la reconnaissance officielle de la qualité de spécialiste de la marque, ce qui donne une bonne image. Les réparateurs agréés assurent en outre le suivi des services pendant la garantie, ce qui permet de fidéliser la clientèle. Les réparateurs non-agrégés n'ont pas accès aux données, aux rappels de véhicules lorsqu'un problème est décelé sur une gamme de véhicules, et ne peuvent pas prolonger les garanties. Ils travaillent sur un parc automobile vieillissant. Il existe des réseaux multimarques, mais ils ne peuvent pas travailler sur les véhicules actuels.

Si le client bénéficie d'un service de garantie auprès des concessionnaires de vente et après-vente BMW, rien ne l'empêche d'aller ensuite dans un garage indépendant. Une bonne moitié des détenteurs de véhicules BMW immatriculés entre 1995 et 2006 est suivie par un concessionnaire agréé BMW, mais ce n'est qu'une estimation.

Il existe une concurrence énorme entre BMW, Audi et Mercedes; ces trois marques intéressent à peu près la même clientèle. Il est difficile de donner la proportion de part de marché entre ces trois marques.

b) Laurent Schmitt, directeur du garage Schmitt à Clarens, ancien concessionnaire de vente et de service après-vente BMW, a notamment exposé ce qui suit :

Environ 90 % des détenteurs de véhicules BMW sont suivis dans les agences agréées BMW, en tout cas depuis 1999. En effet, depuis cette date, il existe un système de service gratuit pendant la garantie. Le taux diminue ensuite avec l'âge de la voiture. Environ 50 % des clients continuent à amener leur véhicule BMW chez un réparateur agréé de la marque lorsque la garantie a expiré.

L'intimée ne favorise pas l'essor de points de service après-vente uniquement. Les avantages d'être réparateur agréé c'est que l'on a accès aux données d'usine, aux rappels s'il y a des problèmes techniques. En outre, les travaux exécutés sous garantie sont rémunérés. Le témoin n'a plus la concession de vente BMW, dont il a bénéficié pendant quatorze ans. Il ne remplissait plus certains critères posés par la marque : il fallait une société anonyme, une prolongation du droit de superficie et des liquidités financières plus importantes. Les investissements de départ sont importants et évoluent aussi au

fil de la concession. L'investissement est plus important pour la vente que pour le service après-vente. Pendant deux ans, le témoin est resté uniquement réparateur agréé, son contrat arrivant à échéance à fin 2008, sans avoir été renouvelé.

c) Nenad Jankovic, mécanicien depuis l'année 2000 auprès de la requérante, a exposé ce qui suit :

La requérante ne peut pas exécuter les services sur les véhicules BMW qui bénéficient du service gratuit, ce qui représente environ un tiers de ses clients, soit environ une vingtaine. Seuls les réparateurs agréés peuvent prolonger une garantie et l'importateur ne rembourse les services gratuits qu'à ceux-ci. En pratique, la requérante dit au client d'aller chez un réparateur agréé. Le cas échéant, elle prend rendez-vous chez un réparateur agréé et y amène le véhicule. Cela implique une perte de temps (il faut tenir compte des disponibilités du garage agréé) et de fournir des véhicules de remplacement. En outre, il existe un risque lorsqu'il faut apporter et ramener le véhicule au garage. A cause de ce système, la requérante a perdu un client.

12. La requérante a produit diverses pièces tendant à établir que ses relations commerciales avec Maserati (Suisse) SA étaient désormais rétablies. Ces pièces ne sont cependant guère probantes. A l'audience, la requérante a d'ailleurs admis que la procédure judiciaire à l'encontre de Maserati (Suisse) SA, à la suite de la résiliation pour justes motifs par cette dernière du contrat de réparateur agréé, était toujours pendante et que ses mesures provisionnelles tendant à l'exécution provisoire du contrat avaient été rejetées. Elle a par ailleurs confirmé son refus de soumettre à l'intimée toutes pièces relatives à ce litige.

13. A l'audience, la requérante a également confirmé que sa situation financière était bonne et que son chiffre d'affaires était en augmentation sensible.

14. Par requête de mesures provisionnelles du 21 décembre 2007, Speedy Garage SA a pris, avec dépens, les conclusions suivantes :

"I. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, sous les sanctions de l'art. 292 CPS, de se rendre auprès de Speedy Garage SA dans un délai de 10 jours afin de vérifier le degré de réalisation, par la requérante, des critères qualitatifs de la marque.

II. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, de conclure provisoirement un contrat de service après-vente avec Speedy Garage SA.

III. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, sous les sanctions de l'art. 292 CPS, de retourner à Speedy Garage SA, dans un délai de 10 jours dès la mise en œuvre de l'injonction prévue sous chiffre I, le contrat de service après-vente signé par les personnes autorisées à la représenter."

Par procédé écrit du 22 février 2008, l'intimée BMW (Suisse) SA a pris, avec dépens, les conclusions suivantes :

"Principalement

I. La requête de mesures provisionnelles interjetée par Speedy Garage SA le 21 décembre 2007 est rejetée.

Subsidiairement (dans l'éventualité de l'admission même partielle de la requête)

II. Speedy Garage SA est astreinte à déposer au greffe de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud, dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance de mesures provisionnelles, des sûretés d'un montant de CHF 500'000.- (cinq cent mille francs) sous forme de dépôt en espèces ou de garantie bancaire, faute de quoi l'ordonnance deviendra caduque."

Par requête de mesures provisionnelles du 23 février 2008, la requérante a modifié ses conclusions provisionnelles comme il suit :

"A titre principal

I. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, sous les sanctions de l'art. 292 CPS, de retourner à Speedy Garage SA, dans les 10 jours, le contrat de service après-vente signé par les personnes autorisées à la représenter.

A titre subsidiaire

I. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, sous la sanction de l'art. 292 CPS, de se rendre chez Speedy Garage SA, dans un délai de 10 jours, afin de vérifier le degré de réalisation des standards de qualité de la marque;

II. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, dans un délai de 10 jours à compter de son passage chez Speedy Garage SA tel que prévu sous chiffre I, d'indiquer précisément à Speedy Garage SA, par écrit, sur quels points les standards de qualité de la marque ne seraient pas réalisés et quelles sont les modifications devant être apportées aux fins de remplir les standards;

III. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA de livrer à Speedy Garage SA, sur demande de celle-ci, le matériel et l'outillage tels qu'exigés par les standards de qualité de la marque, contre paiement, la vente étant réputée résolue à défaut d'agrément définitif de la requérante en qualité de réparateur officiel de la marque;

IV. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, dans un délai de 10 semaines au maximum à compter de l'envoi tel que prévu sous chiffre II, de se rendre auprès de Speedy Garage SA afin de vérifier de manière complète la satisfaction des standards de qualité;

V. Ordre est donné à BMW (Suisse) SA, dans un délai de 15 jours à compter de la vérification telle que prévue sous chiffre IV, soit de retourner à Speedy Garage SA le contrat de service après-vente signé par les personnes autorisées à la représenter, soit, dans le même délai, de motiver par écrit, en détail, son refus d'admettre la candidature de Speedy Garage SA en qualité de réparateur agréé de la marque BMW pour le cas où elle esti-

merait que les standards de qualité ne sont pas encore réalisés."

A l'audience de ce jour, le conseil de l'intimée a conclu, par dictée au procès-verbal, au rejet des conclusions prises dans la requête du 23 février 2008.

**En droit :**

I. La requérante fonde ses conclusions provisionnelles sur la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251; ci-après LCart).

a) Est impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée (art. 33 de la loi fédérale du 24 décembre 2000 sur les fors en matière civile [RS 272; ci-après LFors]).

Le for des actions découlant d'une entrave illicite à la concurrence est régi par l'article 25 LFors applicable aux actions fondées sur un acte illicite. La notion d'acte illicite s'entend en effet dans un sens large et englobe notamment les atteintes à la concurrence déloyale (DONZALLAZ, Commentaire de la Loi fédérale sur les fors en matière civile, n. 9 ad art. 25 LFors, pp. 565-566; KELLERHALS/VON WERDT/GÜNGERICH, Kommentar zum Gerichtsstandsgesetz, n. 12 et 13 ad art. 25, FF 1999 III p. 2603 no 27; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3ème éd., note ad art. 25 LFors, p. 979).

Quatre fors alternatifs s'offrent à la victime d'une restriction de la concurrence. Le premier for alternatif mis à disposition par l'article 25 LFors est soit celui du domicile de la personne ayant subi le dommage, soit le domicile du défendeur. Le deuxième for alternatif prévu par l'article 25 LFors est le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci (DONZALLAZ, op. cit., n. 25 ad art. 25 LFors, p. 573). La notion d'acte illicite recouvre également les actions fondées notamment sur la violation de la LCart (POUDRET/HALDY/TAPPY, op. cit., note ad art. 25 LFors). En cas de pluralité d'intimés, tous peuvent être attirés devant l'un des juges compétents en vertu de l'article 33 LFors (REYMOND, Commentaire romand, n. 29 ad art. 17 LCart, p. 704).

En l'espèce, la compétence des autorités judiciaires vaudoises est donnée. En effet, la requérante a son siège dans le canton de Vaud. En outre, on peut admettre que l'acte illicite reproché à l'intimée (le refus d'octroyer à la requérante le service après-vente) a été commis dans le canton de Vaud.

b) L'article 14 LCart prévoit que les cantons désignent pour leur territoire un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour restriction à la concurrence (al. 1). Ce tribunal connaît également d'autres actions civiles lorsqu'elles sont intentées en même temps que l'action pour restriction à la concurrence et qu'elles lui sont connexes (al. 2).

Dans le canton de Vaud, c'est la Cour civile qui statue dans les causes pour lesquelles le droit fédéral prévoit une juridiction cantonale unique (art. 74 al. 3 de la Loi d'organisation judiciaire [LOJV; RSV 173.01]).

c) La compétence de la cour de céans est donc donnée en relation avec la violation de la LCart alléguée par la requérante.

II. En droit de la concurrence, les mesures provisionnelles sont régies par le droit fédéral. L'article 17 LCart renvoie aux articles 28c à 28f CC qui sont applicables par analogie.

Selon l'article 28c alinéa 1er CC, celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles.

Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable, mais non pas établir, les faits justifiant sa requête et, en conséquence, l'apparence du droit dont il requiert la protection; quant au juge, il doit se limiter à un examen *prima facie* ou sommaire, sans préjuger le fond (ATF 120 II 229 cons. 3b, JT 1996 I 326; POUURET/HALDY/TAPPY, op. cit., n. 1 ad art. 101 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, nn. 2799 et 2815 à 1819, pp. 233 et 235-236).

L'octroi de mesures provisionnelles est soumis à l'exigence de vraisemblance des faits allégués et à l'apparence du droit invoqué. En droit des cartels, le requérant doit donc rendre vraisemblable qu'il est ou risque d'être entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci (autrement dit qu'il est victime ou menacé d'une atteinte actuelle ou imminente) en raison d'une restriction illicite au sens de l'article 5 alinéa 1 ou 3 ou de l'article 7 LCart (REYMOND, op. cit., n. 47 ad art. 17 LCart, p. 707).

Le juge peut notamment interdire l'atteinte ou la faire cesser à titre provisionnel, ou prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves (art. 28c al. 2 CC). Mais il peut également condamner l'intimé à une obligation de faire. Si la procédure porte sur le refus d'entretenir des relations commerciales, il a la possibilité de lui ordonner de continuer à exécuter un contrat passé entre les parties (ATF 125 III 451 cons. 3c, SJ 2000 I 122 [rés.]) ou – comme le requiert la requérante – de conclure provisoirement un contrat (REYMOND, op. cit., n. 98 ad art. 17 LCart, p. 716).

Dans la mesure où la requête tend à une exécution anticipée du droit au fond – comme en l'espèce –, le juge des mesures provisionnelles doit se montrer plus exigeant sur le degré de vraisemblance requis, les mesures provisionnelles ne pouvant être ordonnées que si la requête est à première vue bien fondée (REYMOND, op. cit., nos 56 et 60 ad art. 17 LCart, pp. 709 et 710).

Le juge ne peut en particulier se contenter de vraisemblance quant aux faits mais doit soumettre leur établissement à des conditions de preuve strictes, après une administration des preuves complète. En outre, il doit procéder à un examen approfondi du droit au fond, dont la mesure d'exécution anticipée est l'accessoire (HOHL, op. cit., nos 2868 s.). L'examen sommaire du droit ne suffit donc pas, le juge devant ainsi exiger un degré de vraisemblance élevé, finissant à la certitude, de la prétention au fond (JICC, P. c. C., du 15 août 2002; JICC, F. G. P. SA c. L., 27 avril 2007; cf. JT 2004 III 105).

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé qu'étant particulièrement incisives pour leur destinataire,

les conditions permettant d'allouer des mesures provisionnelles ayant pour objet une obligation de faire devaient être examinées avec une rigueur particulière, la rupture des liens de confiance étant de nature à empêcher la poursuite de la collaboration, même temporaire du contrat. A cet égard, il y a lieu de procéder à une balance des intérêts en présence (ATF 133 III 360 cons. 9.2.2. et 9.2.3).

III. La requérante soutient que l'intimée ne peut pas refuser de lui octroyer la qualité de réparateur agréé de la marque BMW dans la mesure où elle remplit tous les critères qualitatifs fixés par l'importateur de la marque. Elle invoque l'article 5 LCart et la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile du 21 octobre 2002.

a) Aux termes de l'article 5 alinéa 1er LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

Un accord est réputé justifié pour des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 let. a). En vertu de l'article 5 alinéa 2 lettre b LCart, l'accord ne doit permettre en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

L'article 6 LCart donne à la Comco la compétence de fixer par voie d'ordonnances ou de communications les conditions auxquelles des accords sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique (FF 1995 p. 558).

Les communications ne font toutefois que préciser à quelles conditions certains accords sont en règle générale licites (REYMOND, op. cit., n. 43 ad art. 6 LCart, p. 317). Elles ne contiennent que des "déclarations explicatives de principe" (REYMOND, op. cit., n. 44 ad art. 6 LCart, p. 317).

Un accord qui n'est pas prévu par la communication ou une clause contractuelle qui ne répond pas aux conditions de licéité posées par elle n'est pas illicite *ipso iure*. Même si l'accord tombe dans la catégorie de ceux qui sont "en règle générale illicite[s]" en vertu de la communication, la Commission peut décider, au terme d'une enquête (art. 27 et 30 LCart), que le contrat est licite vu les circonstances particulières du cas (REYMOND, op. cit., n. 48 ad art. 6 LCart, p. 318).

Le juge civil n'est pas tenu par les règles contenues dans une communication – même s'il devrait, en principe, s'y référer (art. 15 LCart; REYMOND, op. cit., n. 45 ad art. 6 LCart, p. 317).

b) Le 21 octobre 2002, la Comco a édicté une "Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile" (publiée in DPC 2002 p. 778). A titre de préambule, la Comco précise que cette communication a été inspirée par le règlement (CE)

N°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile qui est entré en vigueur dans l'Espace Economique Européen (ci-après: EEE) le 1er octobre 2002 (ci-après: règlement d'exemption); qu'elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse, la Comco souhaitant éviter le cloisonnement du marché suisse, favoriser la concurrence intramarque et stimuler la concurrence sur le marché du service après-vente.

Le chiffre 11 de la Communication prévoit que les accords de distribution qui contiennent l'une des clauses figurant aux chiffres 12 à 17 affectent de manière notable la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart et ne peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

Le chiffre 15 de la Communication pose le principe de la suppression de l'obligation pour un même acteur de se charger à la fois de la vente et du service après-vente (cf. note explicative ad chiffre 15 let. a et b).

S'agissant du service après-vente, la note explicative mentionne, sous chiffre 6, que les fournisseurs d'automobiles doivent organiser leurs réseaux de réparateurs agréés sur la base d'un système de distribution sélective s'appuyant uniquement sur des critères qualitatifs, ce qui a pour conséquence qu'ils doivent accepter en qualité de réparateurs agréés tous ceux qui sont en mesure de remplir ces critères (obligation de contracter), y compris notamment les revendeurs agréés dont le contrat a été résilié, mais qui souhaiteraient poursuivre leur activité comme réparateurs agréés (cf. aussi ROHN/VON ARX, *Neue Wettbewerbsregeln im Automobilsektor*, in sic! 2005 p. 838, spéc., pp. 841-842).

c) En l'espèce, l'obligation de contracter sur laquelle se fonde la requérante est énoncée sous le chiffre 6 de la Note explicative relative à la Communication. Les règles contenues dans une communication ne lient pas le juge civil. Au demeurant, la question de savoir si une Note explicative relative à la Communication de la Comco, destinée à fixer les conditions dans lesquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés pour des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart peut fonder une obligation de contracter apparaît délicate et ne saurait être sans autre admise au stade des mesures provisionnelles.

En outre, l'intimée refuse l'agrégation de la requérante principalement pour un problème de confiance et de risque résultant d'une relation entre Speedy Garage SA et une autre marque. Or, on ne saurait exclure, à ce stade, que les circonstances particulières du cas d'espèce permettent de s'écarter de l'obligation de contracter prévue par la Communication. La Comco ne l'exclut pas; dans un courrier du 6 novembre 2007, elle a écrit à la requérante que "si un tel argument n'est pas expressément prévu dans la communication, il pourrait, compte tenu de son importance, être pris en compte comme justificatif d'un tel refus".

d) Quoi qu'il en soit, l'application de l'article 5 LCart pré suppose l'existence d'une coordination entre deux ou

plusieurs entreprises (accord), ce qui exclut les actes unilatéraux, qui ne sont appréhendés que par l'article 7 LCart (XOUDIS, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, thèse, Zurich, Bâle, Genève 2002, p. 308). Or, un accord au sens de cette disposition n'est pas rendu vraisemblable en l'espèce. En particulier, la requérante n'établit pas - au degré de vraisemblance élevé exigé s'agissant de conclusions provisionnelles tendant à une obligation de faire (cf. cons. II. ci-dessus) - que l'intimée obligerait ses concessionnaires à cumuler la vente et le service après-vente des véhicules BMW, ce qui serait contraire au chiffre 15 de la Communication du 21 octobre 2002. Dès lors, le caractère licite ou illicite du refus de contracter de l'intimée, en tant qu'acte unilatéral, peut-être examiné sous l'angle de l'article 7 LCart aussi (cf. cons. IV. ci-dessous).

e) En définitive, la requérante ne rend pas hautement vraisemblable une violation de l'article 5 LCart par l'intimée.

IV. Il convient d'examiner si le comportement de l'intimée constitue un acte illicite au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart.

L'article 7 alinéa 2 lettre a LCart prévoit qu'est réputé illicite le refus d'entretenir des relations commerciales. Cette interdiction suppose que l'entreprise dispose d'une position dominante sur le marché (A) et que le refus d'accès soit abusif et ne repose sur aucune raison commerciale légitime (B) (CLERC, *Commentaire romand*, n. 122 ad art. 7 LCart, p. 398).

A) Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart), notamment lorsque ceux-ci n'ont raisonnablement aucune autre alternative que d'avoir des relations commerciales avec cette entreprise (ATF 129 II 497 cons. 6.3.1 et les références citées).

Le test de la position dominante sur le marché est effectué en deux étapes. Dans un premier temps, il faut définir quel est le marché pertinent (a). Dans une seconde phase, il faut déterminer si la position que l'entreprise en cause détient sur le marché peut être qualifiée de dominante (b), c'est-à-dire si l'entreprise peut se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (CLERC, *op. cit.*, n. 8 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 164).

a) Pour établir la position dominante d'une entreprise sur le marché, il convient de définir préalablement le marché en cause, appelé marché pertinent ou marché concerné (CLERC, *op. cit.*, n. 54 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 180).

Le marché concerné est délimité selon deux critères principaux : le marché du produit et le marché géographique. S'ajoute encore le critère secondaire du marché temporel (CLERC, *op. cit.*, n. 55 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 181).

i) Le marché de produits ou services est défini sur la base de critères objectifs, en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier, des spécificités du secteur et des produits et /ou services concernés ainsi

que de leur nature. Il faut toutefois également prendre en considération les conditions de concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché afin d'évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité d'entraver la concurrence et de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport à ses concurrents, clients et consommateurs. Selon la jurisprudence et la doctrine, le juge doit en pareil cas restreindre son pouvoir d'examen et laisser à l'autorité une certaine latitude de jugement (Félix Service SA/Minolta (Schweiz) AG, publié in DPC 2000 p. 716, cons. 5 pp. 731-732).

La notion de marché se fonde essentiellement sur la substituabilité suffisante du côté de la demande. Il s'agit de se demander si la victime du comportement prétendument abusif (cocontractant ou consommateur) peut se soustraire aisément aux conséquences de celui-ci en se tournant vers des fournisseurs de biens ou de services équivalents (CLERC, op. cit., n. 60 ad art. 4 al. 2 LCart). Le marché déterminant comprend tous les produits ou services qui ont pour objet de satisfaire une demande déterminée, c'est-à-dire non seulement ceux vendus par l'entreprise elle-même, mais aussi tous ceux que les partenaires commerciaux et/ou les consommateurs considèrent comme suffisamment substituables ou interchangeables en raison de leurs caractéristiques objectives, de leur prix, de l'usage auquel ils sont destinés et des préférences des consommateurs (CLERC, op. cit., n. 62 ad art. 4 al. 2 LCart et les références citées). En plus de la substituabilité au niveau de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre peut être utilisée comme critère supplémentaire de définition du marché en cause, pour autant qu'elle produise des effets de discipline équivalents à ceux de la substituabilité du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité (CLERC, op. cit., n. 64 ad art. 4 al. 2 LCart).

Une entreprise peut disposer d'une position dominante très forte, voire d'un monopole sur un marché secondaire par rapport à son activité principale, c'est-à-dire un marché de produits ou services (par exemple des pièces de rechange ou des services d'entretien) dont l'achat fait suite à l'achat des produits primaires et qui sont utilisés en liaison avec ces derniers produits, et pour lesquels il n'existe guère de substituts outre les pièces ou services fournis par le fournisseur du produit primaire, en particulier pour des raisons de compatibilité technique entre les produits secondaire et primaire ou pour des raisons liées à des aspects de propriété intellectuelle. Tel est notamment le cas des cartouches de toner ou d'encre pour les imprimantes, des pièces détachées pour véhicules automobiles ou encore des services de maintenance pour des logiciels et systèmes informatiques. La question se pose de savoir si l'entreprise non dominante sur le marché primaire peut être considérée comme dominante sur le marché de produits ou services secondaires assez réduit. La réponse dépend de la définition du marché pertinent, qui peut soit consister en un "marché-système" portant sur un produit composé (par exemple le marché de la vente initiale du produit primaire et celui du service après-vente), soit être limité au seul marché du produit ou service dérivé (par exemple le service après-vente). Une position dominante serait niée dans la première hypothèse alors qu'elle serait reconnue dans le second cas. Les comportements abusifs allégués en relation

avec de possibles marchés-systèmes sont le plus souvent des refus abusifs d'entretenir des relations commerciales (art. 7 al. 2 LCart) ou des affaires liées (CLERC, op. cit., n. 67 ad art. 4 al. 2 LCart, pp. 187-188).

ii) Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits (XOUDIS, op. cit., p. 304).

iii) Toute position dominante doit être évaluée dans une perspective temporelle. Par définition, la domination sur le marché est un pouvoir économique exercé sur la durée, et non une position de force temporaire (CLERC, op. cit., n. 79 p. 194 et n. 81 p. 195 ad art. 4 al. 2 LCart).

b) La définition de la position dominante figurant à l'article 4 alinéa 2 LCart correspond à celle dégagée, en droit communautaire, par la Cour de justice. Dans une jurisprudence bien établie, la CJCE définit la position dominante visée à l'article 82 TCE comme "une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (CLERC, op. cit., n. 95 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 201).

c) La Comco a notamment reconnu l'existence d'un marché-système regroupant la vente des appareils de photo Minolta et la réparation ultérieure de ces appareils (par le fabricant ou par des réparateurs indépendants). Elle a considéré que le comportement de Minolta sur le marché en aval (réparation) était préventivement discipliné, Minolta renonçant logiquement à pratiquer pour ses réparations des prix excessifs supérieurs à ceux des autres marques, afin d'éviter que les consommateurs ne diminuent leurs achats d'appareils photo Minolta au profit de marques concurrentes. Selon la Comco, Minolta ne disposant que d'une part de 24 % du marché de la vente d'appareils photo en Suisse et faisant face à un nombre important de concurrents, elle n'a pas une position dominante sur le marché-système (Minolta, DPC 1999 p. 247 et DPC 2000 p. 716).

La Comco n'a pas jugé que Kyocera occupe une position dominante sur le marché des fournitures destinées à ses propres imprimantes, en dépit de la part importante qu'elle détient sur ce marché, au motif qu'elle subit une concurrence intensive sur le marché primaire - celui des imprimantes, où les conditions sont telles que cette concurrence a également pour effet de limiter sa liberté d'action sur le marché secondaire, autrement dit celui des fournitures pour imprimantes. Elle a ainsi également tenu compte du fait que les acquéreurs d'imprimantes sont bien informés du prix demandé pour ces fournitures, que cet élément semble entrer en ligne de compte dans leur décision d'achat, ainsi que de la durée d'utilisation des imprimantes (Rapport 1995 sur l'application des règles de concurrence dans l'Union européenne, partie II, p. 148). Dans le même sens, la Commission des cartels (in Publication de la Commission des cartels [PubICC] 1977, p. 55) n'a pas jugé utile d'examiner plus avant des contrats de service pour appareils à copier relevant au passage que l'on considère en général les appareils à

copier avec les services et les pièces de rechange ensemble comme un seul produit.

d) Selon Xoudis (op. cit., pp. 306-307), de manière générale, il n'est pas possible d'affirmer que les produits de marque constituent d'emblée des marchés séparés en raison de leur différenciation. S'agissant du marché automobile, en retenant que chaque marque de voiture constituait un marché pertinent – tant au niveau des importateurs et des détaillants qu'à celui des pièces de rechanges – la Commission des cartels fait abstraction de la concurrence existant entre les marques. Une analyse de la contrainte concurrentielle exercée entre les différentes marques eût été indispensable avant de conclure que les importateurs disposaient d'un "quasi-monopole". Les accords de distribution exclusive confèrent certes un "monopole" à l'intérieur de la marque, mais les parties ne peuvent faire abstraction de la concurrence d'autres marques. Le pouvoir de marché des parties aux accords de distribution doit donc être déterminé en tenant compte de la concurrence qui existe entre les structures verticales, et, en fin de compte, sur le marché final.

e) En l'espèce, l'intimée fait valoir que le marché concerné ne doit pas être limité à la marque "BMW" mais doit inclure l'ensemble des véhicules sportifs et hauts de gamme concurrents, le "segment plus", qui inclut les marques concurrentes Audi et Mercedes. Elle allègue que sa part sur ce "segment plus" représente environ 20 %, ce qui ne permet pas de conclure qu'elle dispose d'une position dominante.

La requérante soutient que le marché pertinent est celui du service après-vente des véhicules BMW. Sur ce marché pertinent, l'intimée disposerait, selon les témoins, d'environ 50 % des parts de marché dans la mesure où les propriétaires d'automobiles de la marque BMW ne se rendent pas tous dans des garages agréés BMW pour le service et la réparation de leur véhicule. En effet, les garages indépendants ou multimarques peuvent procéder aux réparations et à l'entretien des véhicules BMW. La requérante estime qu'avec environ 50 % de part sur ce marché, l'intimée dispose d'une position dominante.

Ces deux thèses ne sont pas dépourvues de toute justification. A ce stade, point n'est toutefois besoin de trancher la question. En effet, la requête de mesures provisionnelles doit de toute manière être rejetée pour les motifs exposés ci-dessous.

B) Le simple fait qu'une entreprise dominante le marché entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence et son exercice n'est pas illicite. Encore faut-il que l'entreprise dominante le marché limite de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents (FF 1995 I 564).

a) En vertu de l'article 7 alinéa 1er LCart, une entreprise abuse de sa position dominante lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées :

- soit elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, soit elle exploite sa position dominante au détriment de ses partenaires commerciaux,

- et cela, sans que son comportement repose sur des considérations commerciales légitimes (CLERC, op. cit., n. 61 ad art. 7 LCart, p. 378).

Les pratiques d'entrave limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises, qui sont soit des concurrents actuels ou potentiels, soit des partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante. Il s'agit de freiner la concurrence notamment par le refus de vente (art. 7 al. 2 let. a LCart).

L'article 7 alinéa 2 lettre a LCart ne confère pas aux concurrents d'une entreprise dominante un droit d'accès au marché en cause et il n'impose pas une obligation générale de contracter à charge de l'entreprise dominante. Ce n'est qu'en cas d'abus qu'une obligation de contracter peut être mise à charge de l'entreprise dominante (CLERC, op. cit., n. 118 ad art. 7 LCart p. 397).

b) Un refus discriminatoire de contracter n'est abusif qu'en l'absence d'un motif justificatif. Tel est le cas lorsque l'entreprise dominante refuse d'entretenir des relations commerciales avec un partenaire commercial, alors qu'elle a conclu ou qu'elle poursuit des contrats similaires dans des conditions comparables avec d'autres entreprises, et lorsque le produit ou le service en cause est indispensable à l'exercice des activités de l'entreprise requérante, de sorte que celle-ci risque d'être exclue de la concurrence (CLERC, op. cit., n. 144 ad art. 7 LCart, p. 408).

Une entreprise peut refuser d'entretenir des relations commerciales avec un partenaire pour des motifs objectifs d'ordre commercial (FF 1995 I 566), soit pour des raisons d'efficacité au niveau de l'entreprise, ou encore pour obtenir une prestation ayant le meilleur rapport qualité/prix pour le consommateur (ATF 129 II 497 cons. 6.5.4 et les références citées).

En l'espèce, l'intimée fonde principalement son refus de contracter sur la réputation commerciale de la requérante. Elle fait valoir qu'elle est préoccupée par des informations recueillies à propos de la rupture des relations contractuelles entre la requérante et Maserati (Suisse) SA; l'intimée a été informée du fait que Maserati aurait résilié avec effet immédiat le contrat par lequel la requérante s'était vu octroyer le statut de réparateur agréé de cette marque et une procédure judiciaire serait pendante entre ces parties. Elle reproche à la requérante de refuser de lui donner des indications précises à ce sujet. A l'audience, la requérante a admis que la procédure judiciaire à l'encontre de Maserati (Suisse) SA, à la suite de la résiliation pour justes motifs par cette dernière du contrat de réparateur agréé, était toujours pendante et que ses mesures provisionnelles tendant à l'exécution provisoire du contrat avaient été rejetées. Elle a par ailleurs confirmé son refus de soumettre à l'intimée toutes pièces relatives à ce litige.

La réputation commerciale pourrait être un argument permettant de justifier le refus d'entretenir des relations avec un partenaire commercial (SCHLOSSER/VILLA, Les contrats de distribution sélective, Cedidac no 38, Lausanne 1998, p. 127). La Comco elle-même ne l'exclut pas. En effet, comme déjà dit (cf. cons. III/c ci-dessus), par courrier du 6 novembre 2007 à la requérante, la Comco a précisé que "si un tel argument n'est pas expressément prévu dans la communication, il pourrait, compte tenu de son importance, être pris en compte comme justificatif d'un tel refus". Il n'est pas exclu, à ce stade, que les circonstances de la résiliation soient de

nature à entacher la réputation commerciale de la requérante. Le refus de cette dernière de montrer toute pièce en relation avec ce litige est à cet égard de nature à inquiéter légitimement l'intimée et à constituer un motif non abusif de refus de contracter. Au demeurant, la question de savoir si la requérante remplit les critères qualitatifs d'agrégation est, en l'état, encore ouverte.

Il s'ensuit que la requérante ne rend pas hautement vraisemblable (cf. cons. II.) un comportement illicite de l'intimée au sens de l'article 7 LCart non plus.

V. Par surabondance, les conditions de l'urgence et du dommage difficilement réparable ne sont pas non plus remplies.

Le juge ne peut ordonner des mesures provisionnelles que si le requérant rend vraisemblable que l'entrave illicite qu'il subit ou qui le menace risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, c'est-à-dire un dommage que même un jugement favorable sur le fond ne pourrait pas (ou pas complètement) compenser et que seule une décision rapide est de nature à prévenir ou à faire cesser (REYMOND, op. cit., n. 59 ad art. 17 LCart, p. 710). Un dommage exclusivement pécuniaire doit être considéré comme difficilement réparable lorsqu'il ne pourra pas être compensé (ou ne l'être que difficilement) par des dommages-intérêts. Tel sera en particulier le cas lorsqu'il risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, notamment lorsque l'entrave subie par le requérant est de nature à lui faire perdre des clients ou à affaiblir sa position sur le marché; lorsque la solvabilité de l'intimé est douteuse; lorsque l'entrave met en danger l'existence même du requérant; lorsque le requérant risque de ne pas pouvoir obtenir la réparation de son dommage, en particulier dans les litiges à caractère international (REYMOND, op. cit., nos 68 à 73 ad art. 17 LCart, pp. 711-712; JICC, S. Sàrl c/ T. S. AG, du 1er novembre 2004, publié in DPC 2005 p. 200; ATF 130 II 149).

La mesure requise doit en outre être urgente et répondre au principe de proportionnalité (ATF 130 II 149 cons. 2.3).

En l'espèce, la requérante fait valoir un dommage exclusivement pécuniaire. Or, la solvabilité de l'intimée n'est pas douteuse et rien d'indique qu'un éventuel dommage ne pourrait être établi, cas échéant en application de l'article 42 CO.

En outre, il ressort de la déposition du témoin Jankovic que seule une vingtaine de clients possèdent un véhicule

BMW et le confient à la requérante et un seul client n'est plus revenu chez elle en raison des inconvénients liés au fait qu'elle n'est pas réparateur agréé de la marque BMW (la requérante doit s'organiser pour amener le véhicule chez un réparateur agréé afin de procéder au service gratuit, ce qui peut prolonger les délais d'attente pour le client).

Par ailleurs, la survie économique de la requérante n'est pas menacée par le refus de l'intimée de lui octroyer le statut de réparateur agréé de la marque BMW. Celle-ci ne l'allègue du reste pas. Au contraire, son chiffre d'affaires aurait sensiblement progressé ces dernières années.

Enfin, même les réparateurs non agréés, comme la requérante, peuvent procéder aux réparations et à l'entretien des véhicules de la marque BMW et ont accès au marché des pièces détachées de cette marque. La requérante n'établit donc pas que la condition de l'urgence serait remplie.

Pour ces motifs aussi, la requête de mesures provisionnelles doit être rejetée.

VI. En définitive, la requête de mesures provisionnelles déposée par Speedy Garage SA est rejetée.

Point n'est donc besoin d'examiner les conclusions de l'intimée visant à l'octroi de sûretés en sa faveur, qui sont sans objet.

VII. Compte tenu de la complexité de la cause et de l'audition des témoins, les frais de la procédure provisionnelle sont arrêtés à [...] francs (art. 170a al. 3 TFJC).

Obtenant ainsi gain de cause, l'intimée BMW (Suisse) SA a droit à des dépens, qu'il convient d'arrêter à [...] francs, à titre de participation aux honoraires et débours de son conseil.

Par ces motifs, le juge instructeur, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles :

I. Rejette les conclusions provisionnelles prises par la requérante Speedy Garage SA le 21 décembre 2007 telles que modifiées le 23 février 2008.

II. Arrête les frais de la procédure provisionnelles à [...] fr. pour la requérante.

III. Condamne la requérante à verser à l'intimée BMW (Suisse) Sale montant de [...] fr. à titre de dépens de la procédure provisionnelle.



C 2

**Bundesgericht**  
**Tribunal fédéral**  
**Tribunale federale**

C 2

**1. Almonte SA/Air Mercury AG**

*Urteil des Bundesgericht vom 12. Juni 2008, I. zivilrechtliche Abteilung Almonte SA gegen Air Mercury AG. Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 9. November 2007*

**SACHVERHALT**

A.

Die Almonte SA, Zug (Beklagte, Beschwerdeführerin) und die Air Mercury AG, Bettwil/AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) sind beide im Bereich der industriellen Abfallentsorgung tätig. Sie vermitteln inländischen Abfallproduzenten oder Abfallabnehmern ausländische Entsorger und beschaffen die notwendigen Bewilligungen.

A.a Am 19. Mai 2003 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Entsorgung von Abfällen aus der Automobilindustrie, welche in dieser Branche als "Resh" bezeichnet werden. Sie vereinbarten, zwecks "Sicherstellung von langfristigen und konkurrenzfähigen Dienstleistungen" für die Entsorgung von Resh aus den Schweizer Schredderbetrieben in Form eines Konsortiums zusammenzuarbeiten. Danach wolle das Konsortium mit dem Vertrag die Marktführerschaft in der Entsorgung von Resh ausbauen. Zu diesem Zweck werde die Klägerin die Ausführung ihrer Geschäfte an die Beklagte übertragen. Unter Ziffer 5 des Vertrages bestimmten die Parteien, dass die Klägerin von der Beklagten für die den Kunden in Rechnung gestellten Resh-Abfälle Fr. 20.- pro Tonne exklusive Mehrwertsteuer erhalten werde. Die Auszahlung der Entschädigung sollte monatlich per Ende jedes Folgemonats erfolgen.

A.b Am 1. September 2004 befasste die Klägerin das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt insbesondere mit dem Begehren, die Beklagte sei zur Rechnungslegung über die von ihr in der Zeit vom 1. Juni 2003 bis zum 31. Juli 2004 den Kunden in Rechnung gestellten Resh-Abfälle sowie zur Bezahlung von Fr. 20.- pro Tonne zu verpflichten. Die Beklagte verlangte die Abweisung der Begehren mit der Begründung, bei richtiger Auslegung des Konsortialvertrages habe sie die Klägerin nur für die Menge Resh-Abfälle zu entschädigen, welche die Klägerin neu in das Konsortium eingebracht habe. Ausserdem stellte sie sich auf den Standpunkt, der Konsortialvertrag sei als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes (KG; SR 251) zu qualifizieren und aus diesem Grunde nichtig.

A.c Nachdem das Zivilgericht dem Begehren auf Rechnungslegung stattgegeben und entsprechende Unterlagen und Auskünfte eingeholt hatte, beantragte die Klägerin mit modifiziertem Rechtsbegehren, die Beklagte sei für die Zeit vom 1. Juni 2003 bis 31. Juli 2004 zur Zah-

lung von Fr. 310'562.25 Entschädigung zuzüglich 5 % Zins seit Klageeinreichung zu verurteilen.

A.d Mit Urteil vom 15. September 2006 verpflichtete das Zivilgericht Basel-Stadt die Beklagte, der Klägerin Fr. 310'562.25 plus 5 % Zins seit 1. September 2004 zu bezahlen. Das Gericht kam in Auslegung des Konsortialvertrages vom 19. Mai 2003 zum Schluss, dass danach die umstrittene Entschädigung entgegen der Ansicht der Beklagten für sämtliche in Rechnung gestellten Resh-Abfälle geschuldet sei. Es verweigerte sodann der Beklagten die Berufung auf Willensmangel und erwog schliesslich, kartellrechtliche Aspekte seien für den Ausgang des Verfahrens unerheblich, weshalb kein Bericht der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 15 KG eingeholt werden müsse.

B.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt bestätigte mit Urteil vom 9. November 2007 das erstinstanzliche Urteil. Mit dem Zivilgericht legte das Appellationsgericht den Konsortialvertrag im Sinne der Klägerin aus und verneinte die einseitige Unverbindlichkeit wegen Willensmangels der Beklagten. Den Haupteinwand der Beklagten, dass die Klage aus kartellrechtlichen Gründen abgewiesen werden müsse, verwarf das Appellationsgericht ebenfalls. Es liess die Frage offen, ob der Konsortialvertrag eine verbotene wettbewerbsbehindernde Abrede darstelle, da die Beklagte das umstrittene Entgelt selbst dann leisten müsste, wenn die Wettbewerbskommission den Vertrag als kartellrechtswidrig erachten sollte. Das Gericht hielt zwar dafür, dass der Vertrag in diesem Fall von Anfang an nichtig wäre, schloss jedoch, der umstrittene Entgeltsanspruch sei für den erfüllten oder teilerfüllten Vertrag geschuldet.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen stellt die Beschwerdeführerin die Anträge, das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 9. November 2007 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen, eventualiter sei die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie verlangt zunächst die Ergänzung des Sachverhalts mit der Begründung, die Höhe des von der Beschwerdegegnerin beanspruchten Entgelts betrage für 27'556 Tonnen Resh à Fr. 20.- insgesamt Fr. 593'026.-, wovon die Beschwerdegegnerin bereits Fr. 282'464.- direkt bei Kunden der Beschwerdeführerin eingezogen habe; ausserdem will sie den Sachverhalt durch eine Feststellung ergänzt haben, wonach sie schon im Mai 2004 gegenüber der Beschwerdegegnerin auch die Kartellrechtswidrigkeit des Konsortialvertrags geltend gemacht habe. Sie hält sodann daran fest, der Vertrag verstosse gegen das Kartellgesetz und sei nichtig.

D.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Antwort, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

E.

Mit Verfügung vom 6. Februar 2008 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Ein Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin vom 21. Februar 2008, zu dem sich die Beschwerdegegnerin am 10. März 2008 vernehmen liess, blieb unbehandelt. Es wird mit dem Entscheid über die Beschwerde gegenstandslos.

## ERWÄGUNGEN

1.

Die Beschwerde hat eine Zivilsache zum Gegenstand (Art. 72 BGG). Sie richtet sich gegen einen Entscheid einer letzten kantonalen Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG), mit dem die Forderung der Beschwerdegegnerin über Fr. 310'562.25 (Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG) zugesprochen wird (Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin, die mit ihren Anträgen auf Abweisung der Klage vor der Vorinstanz unterlegen ist (Art. 76 BGG), hat die Beschwerde rechtzeitig eingereicht (Art. 100 und Art. 44 BGG).

1.1 Nach Art. 105 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Es kann diese Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Abs. 2). Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsrüge nach Art. 97 Abs. 1 BGG und für eine Berichtigung des Sachverhalts von Amtes wegen nach Art. 105 Abs. 2 BGG stimmen im Wesentlichen überein. Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder unter verfassungswidriger Verletzung einer kantonalen Verfahrensregel ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen. Demzufolge genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Vielmehr ist in der Beschwerdeschrift nach den erwähnten gesetzlichen Erfordernissen darzulegen, inwiefern diese Feststellungen willkürlich bzw. unter Verletzung einer verfahrensrechtlichen Verfassungsvorschrift zustande gekommen sind. Ausserdem kann die Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Andernfalls können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

1.2 Die Beschwerdeführerin will den im angefochtenen Entscheid festgestellten Sachverhalt durch zwei Elemente ergänzen und insbesondere beifügen, dass es sich bei der umstrittenen Forderung um einen Restbetrag handelt, während die Beschwerdegegnerin einen Teil des vertraglich vereinbarten Entgelts direkt bei Kunden der Beschwerdeführerin einkassiert habe; ausserdem legt sie

Wert auf die Feststellung, dass sie schon von Anfang an nicht nur die Auslegung des Konsortialvertrags bestritten und sich auf Willensmängel berufen, sondern auch die Nichtigkeit wegen Verstosses gegen Kartellrecht behauptet habe. Inwiefern diese zusätzlichen Feststellungen für die Entscheidung erheblich sein könnten, ist weder erkennbar noch lässt sich dazu der Beschwerde etwas entnehmen. Nach Art. 97 Abs. 1 BGG kann die unrichtige Feststellung des Sachverhalts nur gerügt werden, wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Diese Voraussetzung fehlt hier. Der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt ist dem vorliegenden Beschwerdeverfahren als verbindlich zugrunde zu legen.

2.

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid offen gelassen, ob der Konsortialvertrag vom 19. Mai 2003 gegen das Kartellgesetz verstösst; sie hat mit der ersten Instanz insbesondere darauf verzichtet, gemäss Art. 15 KG einen Bericht der Wettbewerbskommission einzuholen. Sie hat angenommen, die Forderung auf die Gegenleistung für den von der Beschwerdegegnerin während der Zeit vom 1. Juni 2003 bis zum 31. Juli 2004 erfüllten Vertrag sei auch für den Fall zuzusprechen, dass der Vertrag gegen das Kartellgesetz verstossen sollte. Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Beschwerde daran fest, dass sie aus dem widerrechtlichen Vertrag nicht zur Zahlung verpflichtet werden könne.

2.1 Die zivilrechtlichen Folgen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz sind zunächst in Art. 12 f. KG geregelt. Danach kann das Gericht insbesondere zur Durchsetzung des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind (Art. 13 Bst. a KG). Aus dieser Bestimmung wird von einem Teil der Lehre abgeleitet, dass ein Verstoß gegen die Art. 5 ff. KG nicht ohne weiteres zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, sondern dass es der gerichtlichen Anordnung dieser Rechtsfolge bedarf (vgl. REGULA WALTER, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N. 12 zu Art. 13 KG; FRANZ HOFFET, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a.a.O., N. 144 zu Art. 5 KG; BRECHBÜHL/DJALALI, Die zivilrechtliche Folge einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 1997 S. 107), wobei teilweise angenommen wird, die Gestaltungsklage beziehe sich allein auf das kartellwidrige Zustandekommen des Vertrages (HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999, Rz. 793). Für den Fall, dass ein Vertrag inhaltlich als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren ist, vertritt die herrschende Lehre dagegen die Ansicht, dass Art. 20 OR Anwendung findet (vgl. TERCIER, Les voies de droit, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 359 f.; STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: SIWR, Bd. V/2, a.a.O., S. 82 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, N. 2 zu Art. 13 KG sowie N. 4 ff. der Vorbemerkungen zum zivilrechtlichen Verfahren [Art. 12 - 17 KG]; STÖCKLI, a.a.O., Rz. 793; SVEN NAGEL, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Diss. Zürich 2007, Rz. 401; ANNE-CATHERINE HAHN, in: Baker & McKenzie

[Hrsg.], Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N. 24 f. zu Art. 12 KG).

2.2 Widerrechtlich im Sinne von Art. 20 OR ist ein Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn sein Gegenstand, sein Abschluss mit dem vereinbarten Inhalt oder sein mittelbarer Zweck gegen objektives schweizerisches Recht verstösst. Voraussetzung der Nichtigkeit ist dabei stets, dass diese Rechtsfolge ausdrücklich im betreffenden Gesetz vorgesehen ist oder sich aus Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt (BGE 134 III 52 E. 1.1 S. 54; 129 III 209 E. 2.2 S. 213; 123 III 60 E. 3b S. 62). Das Kartellrecht bezweckt, den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG); Vertragsabreden, die den Wettbewerb unzulässig beschränken, sollen nicht durchgesetzt werden können (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 854 ff.). Es ergibt sich aus diesem Zweck, dass rechtswidrige vertragliche Abreden insoweit nichtig sind, als das vertragsgemässe Verhalten den wirksamen Wettbewerb unzulässig beschränkt (ZÄCH, a.a.O., Rz. 862 f.; REYMOND, Commentaire Romand, N. 45 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 12 - 17 KG sowie N. 24 zu Art. 13 KG). Wenn die Verpflichtungen nach dem Konsortialvertrag vom 19. Mai 2003 als unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG zu qualifizieren sein sollten, wären sie widerrechtlich und damit gemäss Art. 20 OR nichtig.

2.3 Der nichtige Vertrag entfaltet keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen, d.h. er vermag keine vertragliche Rechtsgrundlage für die eingeklagten Ansprüche abzugeben (KRAMER, Berner Kommentar, N. 309 zu Art. 19 - 20 OR; HUGUENIN, Basler Kommentar, N. 53 f. zu Art. 19/20 OR; GUILLOD/STEFFEN, Commentaire Romand, N. 90 ff. zu Art. 19 und 20 OR). Diese Rechtsfolge setzt immerhin voraus, dass der Schutzzweck der Norm die Ungültigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts verlangt. Denn nach dem allgemeinen Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion soll die Nichtigkeit nur so weit reichen, als es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt (BGE 131 III 467 E. 1.3 S. 470; 123 III 292 E. 2e/aa S. 298 f.). Die Nichtigkeit unzulässiger Wettbewerbsabreden hat vornehmlich die Nicht-Durchsetzbarkeit wettbewerbswidriger Abreden als solche zum Ziel und soll einen Ausstieg aus einem unzulässigen Kartellvertrag jederzeit ermöglichen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 859 ff. und 865); die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen wird damit nicht geregelt (STOFFEL, a.a.O., S. 83 f.).

2.4 Leidet ein Vertrag an einem Mangel der Entstehung, sind bereits erbrachte Leistungen grundsätzlich nach den Regeln der Vindikation und der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten (BGE 129 III 320 E. 7.1.1 S. 327 mit Hinweisen; 132 III 242 E. 4 S. 244 f.; vgl. auch STEPHAN HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern 2005, Rz. 12 und 26). Die Rückabwicklung stösst jedoch an Grenzen, wenn in vollständiger oder teilweiser Erfüllung des Vertrages Dienste erbracht oder Unterlassungen beachtet worden sind, die in natura nicht zurückerstattet werden können (BGE 129 III 320 E. 7.1.2 S. 328). Denkbar wäre hier zwar, den entsprechenden Wert der Bereicherung (objektiv) zu schätzen, die in einer Vermehrung der Aktiven, einer Abnahme der Passiven oder einer Ersparnis bestehen kann (BGE 133 V

205 E. 4.7 S. 212 f.; vgl. HARTMANN, a.a.O., Rz. 86 sowie 243 ff., vgl. auch Rz. 342 ff.). Nach der Rechtsprechung werden ganz oder teilweise erfüllte Dauerschuldverhältnisse jedoch insbesondere bei Anfechtung wegen Willensmängeln jedenfalls dann nach der privatautonomen Vereinbarung abgewickelt, wenn der Mangel das Synallagma nicht betrifft (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.2 ff. S. 328 ff.; vgl. auch HUBERT/STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Habil. Freiburg 2008, Rz. 563 ff.). Unter dieser Voraussetzung rechtfertigt es sich auch im Fall der inhaltlichen Vertragsnichtigkeit gemäss Art. 20 OR, die Rückabwicklung nach der subjektiven Bewertung der Parteien vorzunehmen. Denn wenn der Mangel das wechselseitige Vergütungsinteresse der Parteien nicht berührt, erscheint es gerechtfertigt, die privatautonome Bewertung auch für die Rückleistung von Dienstleistungen und Unterlassungen zu anerkennen, die regelmässig keinen oder jedenfalls keinen einfach zu bestimmenden Marktwert haben. Die Parteien haben vorliegend die von der Beschwerdegegnerin unbestritten tatsächlich erbrachten Leistungen vertraglich so bewertet, dass die Beschwerdeführerin diese bei Gültigkeit des Vertrages mit Fr. 310'562.25 zu entschädigen verpflichtet wäre. Diese privatautonome vorgenommene Bewertung der Leistungen der Beschwerdegegnerin zugunsten der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegt und es besteht kein Anlass, davon abzuweichen.

3.

Die Beschwerdeführerin beruft sich freilich auf Art. 66 OR. Nach dieser Bestimmung kann nicht zurückgefordert werden, was in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.

3.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst Art. 66 OR die Rückforderung nicht bloss dessen aus, was zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns des Gegners gegeben wurde (Tatbestände des "Gauernerlohnes"), sondern die Rückforderung aller Leistungen, die auf Grund eines rechts- oder sittenwidrigen Vertrages erbracht wurden (BGE 102 II 401 E. 4 S.409). Dieser Rechtsprechung ist in der Literatur verbreitet Kritik erwachsen (Urteil 4C.163/2002 vom 9. Juli 2003 E. 2; vgl. schon BGE 117 IV 139 E. 3d/dd S. 149). Die herrschende Lehre befürwortet die Rückforderung nicht unter der Voraussetzung, dass der Bereicherte bei der Begründung oder Abwicklung des rechts- oder sittenwidrigen Geschäfts die Hauptverantwortung trug oder ein besonderes Eigeninteresse daran hatte, sondern beschränkt Art. 66 OR auf die Fälle eigentlichen Gauernerlohnes (vgl. PETITPIERRE, Commentaire Romand, N. 4 zu Art. 66 OR; SCHULIN, Basler Kommentar, N. 4 f. zu Art. 66 OR; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 678 ff.; DERS., Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, in: ZSR 102/1983 II S. 297 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 1548 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, S. 393 f.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 222; der Rechtsprechung eher zustimmend ENGEL, Traité des

obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 593 ff.).

3.2 Die Einwände der nahezu einhelligen Lehre gegen die bisherige Rechtsprechung überzeugen. Es ist in der Tat bei einem synallagmatischen Vertrag nicht einzusehen, weshalb gleichermassen an einem objektiv widerrechtlichen Rechtsgeschäft beteiligte Parteien ungleich behandelt werden sollen. Der Umstand, dass eine dieser Parteien ihre vertragliche Verpflichtung schon erfüllt hat, erscheint angesichts des Mangels in der Entstehung des Vertrages zufällig. Der eigentliche Zweck von Art. 66 OR, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderung auch privatrechtlich zu sanktionieren, kommt im Wortlaut von Art. 66 OR insofern zum Ausdruck, als für die erfolgte Leistung die "Absicht" verlangt wird, damit einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen ("...donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux moeurs", "...dato intenzionalmente per uno scopo contrario alla legge od ai buoni costumi"). Die in der Lehre vertretene einschränkende Auslegung auf die Fälle des eigentlichen Gaunerlohnes entspricht diesem Wortlaut und verhindert die unbefriedigende Wirkung der bisherigen ausdehnenden Interpretation, dass nämlich die unbilligen Rechtsfolgen verhältnismässig häufig aufgrund des allgemeinen Verbots offenbaren Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 ZGB dennoch nicht durchgesetzt werden (vgl. BGE 76 II 346 E. 5 S. 370 f.; 75 II 293 E. 2 S. 295). Mit der herrschenden Lehre ist daher die Rückforderung nach Art. 66 OR nur ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten (Gaunerlohn). Sofern der Zweck der verletzten Norm nicht eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen erfordert (PETITPIERRE, a.a.O., N. 4 zu Art. 66 OR), sind diese daher im Falle der Vertragsnichtigkeit zurückzuerstatten. Dass sich aus dem Schutzzweck kartellrechtlicher Verbote eindeutig der Ausschluss der Rückforderung von Leistungen ergibt, ist nicht anzunehmen. Zwar wird teilweise die Ansicht vertreten, die Wirksamkeit entsprechender Verbote liesse sich durch den Ausschluss der Rückerstattung verstärken (vgl. ZÄCH, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen, Bern 1977, S. 103 f. und S. 150). Diese Rechtsfolge ist jedoch weder ausdrücklich angeordnet

noch ergibt sie sich mit der erforderlichen Eindeutigkeit aus dem Normzweck. Aufgrund der entsprechenden nichtigen Verträge erbrachte Leistungen sind vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen zurückzuerstatten; für die Rückleistung bleibt der privatautonom bestimmte Wert für die erbrachten Leistungen massgebend (vgl. TERCIER, a.a.O., S. 362; vgl. auch STOFFEL, a.a.O., S. 84; HAHN, a.a.O., N. 25 zu Art. 12 KG).

3.3 Die Vorinstanz hat keine Bundesrechtsnormen verletzt mit dem Schluss, dass die Beschwerdeführerin zur Bezahlung der von der Beschwerdegegnerin in der Zeit vom 1. Juni 2003 bis 31. Juli 2004 erbrachten Leistungen verpflichtet ist unbesehen darum, ob der Konsortialvertrag vom 19. Mai 2003 gegen Art. 5 KG verstösst. Sie hat daher zutreffend die Klage geschützt, ohne einen Bericht der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 15 KG einzuholen und abschliessend über die Gültigkeit des Vertrages zu entscheiden.

4.

Die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen. Die Gerichtskosten sind bei diesem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin deren Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von [...] werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit [...] zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.

---

D 2

**Bibliografie**  
Bibliographie  
Tribunale federale

---

**SCHWEIZ**

PATRIK DUCREY, ROLAND VON BÜREN, EUGEN MARBACH:  
Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht – 3. Aufl. 2008;  
Stämpfli Bern

---

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

<b>A</b>			
AF	Arrêté fédéral		
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GU	Gemeinschaftsunternehmen
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	<b>H</b>	
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HGer	Handelsgericht
		HMG	Heilmittelgesetz
<b>B</b>		<b>I</b>	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	<b>J</b>	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	<b>K</b>	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	<b>L</b>	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
<b>C</b>		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
<b>D</b>		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	<b>M</b>	
DG	Direction Générale (UE)	<b>N</b>	
<b>E</b>		<b>O</b>	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
<b>F</b>		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
FMG	Fernmeldegesetz		
<b>G</b>			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	<b>T</b>	
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		
<b>P</b>		<b>U</b>	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	<b>V</b>	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
<b>Q</b>		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
<b>R</b>		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	<b>W</b>	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>X</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>Y</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>Z</b>	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
		ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
<b>S</b>			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)		
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)		
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch		
StR	Ständerat		
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 383
- Abrede 382ff., 390, 407, 416, 426, 440f., 458, 465, 506, 513, 515f., 535ff.
- Acquiring -
- Anhörung 476, 483
- Apotheker/innen 386
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 387, 441, 469
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 477
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 390, 396, 406, 408, 410
- Erheblichkeit -
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 389
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 413, 425, 450f., 453, 455ff., 477f., 498ff.
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 393, 417, 480
- Koppelungsgeschäft 404
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 388
- Kreditkarten 394, 498, 502, 508
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 498
- L**
- legitimate business reasons 397, 400
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 390, 393, 396f., 404ff., 410, 412, 415, 418, 421, 427, 450, 458f., 461, 464, 467, 474, 480, 498, 506
- Marktgegenseite 393, 395ff., 409, 413, 418f., 428f., 431, 451, 457f., 461f., 467ff., 480, 485, 498, 502
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 393, 448, 453, 471f., 478
- Marktzutrittsschranken 502
- Meldepflicht 417f., 426, 460f., 466, 480
- Missbrauch 385, 389, 393, 397, 405ff., 410, 473, 508, 510, 538
- N**
- Netzwerk 418, 421f.
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 395, 444, 447, 449
- Preisabrede 514, 516
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 440
- R**
- Rabatte 384, 399
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 406ff., 413, 506, 511, 516
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 513, 515
- Tarifvertrag -
- Tierärzte/innen -
- Transparenzmassnahmen -



---

<b>U</b>	vorbehaltene Vorschriften 382, 390, 392, 406, 417, 426, 460, 466, 480
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 383, 385, 387ff., 397, 399, 402, 405f., 408ff., 478, 491, 508, 510f., 513ff.	vorgezogene Recyclinggebühren -
unzulässige Wettbewerbsabrede 383, 441, 535ff.	<b>W</b>
	Wettbewerb um den Markt 396
<b>V</b>	<b>X</b>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	<b>Y</b>
Veröffentlichung 386, 389, 391, 394ff., 402f., 426	<b>Z</b>
Verschulden 407	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte 394

---